



ESPAGNE : PHASE 2

RAPPORT SUR L'APPLICATION DE LA CONVENTION ET DE LA RECOMMANDATION DE 1997 SUR LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS DANS LE CADRE DES TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES

Ce rapport a été approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales le 24 mars 2006.

TABLE DES MATIÈRES

SYNTHÈSE.....	5
A. INTRODUCTION.....	7
1. Contexte économique et relations commerciales internationales.....	7
2. Aperçu des tendances en matière de corruption.....	7
3. Préparation de la mission sur place.....	8
B. PRÉVENTION ET DÉTECTION.....	9
1. Prévention de la corruption transnationale et des infractions connexes.....	9
a) Gouvernement et organismes publics en général.....	9
b) Efforts du gouvernement en matière de sensibilisation et de prévention dans le secteur privé.....	10
i) Organismes de crédit à l'exportation et de promotion du commerce extérieur.....	10
ii) Organismes d'aide au développement.....	12
c) Secteur privé et société civile.....	12
i) Entreprises, organisations patronales et professions libérales.....	12
ii) ONG et presse.....	14
2. Détection et signalement des faits de corruption transnationale et des infractions connexes.....	15
a) Détection et signalement par des personnes physiques ou morales, y compris la protection des dénonciateurs.....	15
b) Détection et signalement par les organismes publics en général.....	16
c) Détection et signalement par les contrôleurs des impôts.....	17
d) Détection et signalement par les comptables et les vérificateurs aux comptes.....	18
e) Détection et signalement dans le cadre du système de déclaration des actes de blanchiment de capitaux.....	21
C. ENQUÊTES ET POURSUITES.....	23
1. Organismes chargés des poursuites et des enquêtes.....	23
a) Ministère public, Fiscalía Anticorrupción et police.....	23
b) Pouvoirs d'enquête du ministère public et de la police, y compris l'obtention de renseignements bancaires et fiscaux.....	23
c) Attribution des affaires de corruption transnationale aux procureurs : recours au critère de « l'importance particulière » pour fonder la compétence de la <i>Fiscalía Anticorrupción</i>	25
2. Introduction et conduite d'une instance.....	28
a) Incertitude entourant les procédures applicables aux affaires de corruption transnationale.....	28
b) Engagement de l'instance.....	29
c) Enquête initiale du ministère public.....	30
d) Phase judiciaire.....	31

3.	Entraide judiciaire et extradition	33
a)	Entraide judiciaire.....	33
b)	Extradition	36
4.	Traitement des allégations tombées dans le domaine public.....	36
5.	Compétence	37
a)	Compétence territoriale.....	37
b)	Compétence fondée sur la nationalité.....	37
c)	Personnes morales et compétence.....	37
6.	Prescription.....	38
7.	Statistiques.....	39
D.	CORRUPTION TRANSNATIONALE : INFRACTIONS CONNEXES ET SANCTIONS	39
1.	L'infraction de corruption transnationale.....	39
a)	Aperçu des dispositions pertinentes et incertitude entourant les dispositions applicables	40
b)	Éléments de l'infraction.....	41
i)	Définition de l'agent public étranger	41
ii)	Actes et omissions escomptés des agents publics étrangers et autonomie de l'infraction.....	42
iii)	Nature de l'avantage indu versé à l'agent public	44
iv)	Moyens de défense.....	45
2.	Responsabilité des personnes morales.....	46
a)	Conditions de la responsabilité des personnes morales au titre de l'article 445 paragraphe 2 du Code pénal.....	46
b)	Conditions de la responsabilité des personnes morales au titre de l'article 31 du Code pénal	46
3.	Sanctions pour corruption transnationale	48
a)	Sanctions pénales.....	48
i)	Personnes physiques	48
	<u>Sanctions applicables et détermination de la peine</u>	48
	<u>Sanctions obligatoires réduites dans les affaires de sollicitation</u>	50
ii)	Personnes morales.....	51
	<u>Sanctions en vertu des articles 445 et 129 du Code pénal</u>	52
	<u>Sanctions en vertu de l'article 31 du Code pénal</u>	52
b)	Sanctions non pénales.....	53
c)	Confiscation et saisie conservatoire.....	54
4.	Infractions et obligations connexes	55
a)	Interdiction de la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers et application de cette interdiction	55
b)	Comptabilité et vérification des comptes.....	58
i)	Normes de comptabilité et de vérification des comptes.....	58
ii)	Sanctions et application	59
c)	Blanchiment de capitaux.....	59

E.	RECOMMANDATIONS.....	60
Partie I.	Recommandations.....	60
	Recommandations en vue d’assurer l’efficacité des mesures de prévention et de détection de la corruption d’agents publics étrangers.....	60
	Recommandations en vue d’assurer une enquête et des poursuites efficaces en cas de corruption d’agent public étranger ou d’infraction connexe	61
Partie II.	Suivi par le Groupe de travail	63
ANNEXE 1.	LISTE DES PARTICIPANTS À LA MISSION SUR PLACE.....	64
ANNEXE 2.	EXAMINATEURS AYANT PROCÉDÉ À L’ÉVALUATION DE PHASE 2 DE L’ESPAGNE	66
ANNEXE 3.	PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	67
ANNEXE 4.	EXTRAITS DE LA LÉGISLATION PERTINENTE.....	68
	1. Code pénal [Código penal (CP)].....	68
	2. Loi sur la procédure pénale [Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím)].....	71
	3. Statut organique du ministère public [Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)].....	71
	4. Loi organique relative au pouvoir judiciaire [Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)].....	72
	5. Dispositions fiscales	73
	6. Loi sur les contrats avec l’administration publique (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)	73

SYNTHÈSE

Le rapport de Phase 2 du Groupe de travail sur la corruption consacré à l'Espagne évalue la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Globalement, le Groupe de travail estime que l'Espagne a déployé des efforts significatifs pour mettre la Convention en œuvre, notamment en pérennisant un organisme spécialisé et expérimenté dans la lutte anticorruption. Toutefois, elle devrait accentuer lesdits efforts dans certains domaines essentiels. L'Espagne n'a toujours pas mis en place la responsabilité des personnes morales (entreprises) se livrant à la corruption transnationale et les sanctions correspondantes requises par la Convention. Des mesures devraient aussi être adoptées afin de remédier au manque de sensibilisation à la Convention et à l'infraction de corruption transnationale, à la fois dans les secteurs public et privé. L'Espagne n'a pas encore prononcé de condamnation pour corruption transnationale, mais une enquête en la matière est en cours.

Le rapport estime qu'en dépit de certaines améliorations apportées en 2003, la législation espagnole en matière de mise en cause de la responsabilité des personnes morales pour corruption transnationale et de l'imposition de sanctions correspondantes est incompatible avec les articles 2 et 3 de la Convention en raison de l'absence de responsabilité directe des personnes morales et de sanctions pécuniaires à leur encontre au titre de l'infraction de corruption transnationale. Le rapport relève que l'Espagne a entamé la rédaction d'un projet de loi visant la responsabilité des personnes morales et encourage les autorités espagnoles de procéder aussi rapidement que possible dans ce domaine. Le Groupe de travail fera un examen complémentaire du régime de responsabilité et de sanctions concernant les personnes morales pour corruption transnationale une fois qu'il aura été adopté et lorsqu'il y aura eu suffisamment d'application pratique.

Le rapport recommande aussi que l'Espagne s'assure que l'application des infractions de corruption transnationale en Espagne ne nécessite pas le recours à un droit étranger et que l'infraction sanctionne convenablement l'octroi d'un pot-de-vin en vue d'obtenir un traitement de faveur — tel que l'attribution d'un contrat — d'un agent public étranger jouissant d'un pouvoir discrétionnaire. Le Groupe de travail recommande aussi que les sanctions soient alourdies pour que l'entraide judiciaire et l'extradition soient possibles dans toutes les affaires de corruption transnationale. Le rapport estime également que l'Espagne devrait prendre des mesures pour rendre explicite l'interdiction de la déductibilité fiscale des pots-de-vin, afin de sensibiliser davantage les contrôleurs des impôts et les entreprises à l'infraction et à son traitement fiscal.

Le rapport souligne par ailleurs plusieurs aspects positifs de la lutte des autorités espagnoles contre la corruption transnationale. Il salue la décision de ces autorités de conférer à au parquet spécialisé dans la répression des délits économiques liés à la corruption (*Fiscalía Anticorrupción*) – un organisme qualifié, dans le rapport, de service de poursuite de premier plan spécialisé dans la lutte contre la corruption et doté d'unités de soutien – le pouvoir d'enquêter sur des affaires de corruption transnationale sans devoir solliciter dans chaque instance une autorisation du procureur général de l'État. La législation espagnole relative à la confiscation a été améliorée. Le rapport relève aussi une pratique positive concernant les changements récents apportés au Modèle de convention fiscale de l'OCDE qui ouvre la possibilité de permettre l'utilisation des renseignements fiscaux – obtenus en vertu de conventions fiscales – dans des enquêtes liées à la corruption.

Le rapport reflète les constatations d'experts chiliens et mexicains ; il a été adopté par le Groupe de travail de l'OCDE en même temps que les recommandations. Outre l'examen complémentaire de la responsabilité des entreprises (mentionné plus haut), les procédures ordinaires de suivi au titre de la Phase 2 s'appliqueront : dans un délai d'un an à compter de l'approbation du rapport de Phase 2 par le Groupe de travail, l'Espagne rendra compte au Groupe des mesures prises ou prévues afin de mettre les recommandations en œuvre ; ce compte rendu sera suivi – dans un délai de deux ans à compter de l'approbation du rapport – d'un second rapport écrit. Le présent rapport se fonde sur le texte des lois et règlements et sur les autres documents fournis par les autorités espagnoles, ainsi que sur les informations obtenues par l'équipe d'examineurs pendant sa mission sur place à Madrid. Au cours de cette mission de cinq jours effectuée en octobre 2005, l'équipe d'examineurs a rencontré des représentants d'agences gouvernementales espagnoles, du secteur privé, de la société civile et des médias, dont on trouvera la liste dans l'annexe au présent rapport.

A. INTRODUCTION

1. Le présent rapport évalue l'application de la législation espagnole mettant en œuvre la Convention de l'OCDE, considère son application sur le terrain et vérifie la conformité de l'action de l'Espagne avec la Recommandation révisée de 1997. Il reflète les réponses écrites des autorités espagnoles aux questionnaires général et complémentaire de Phase 2 (ci-après « les Réponses » et « les Réponses complémentaires »), les entretiens avec des experts gouvernementaux, des représentants des milieux d'affaires, des membres des professions juridiques et comptables, des intermédiaires financiers et des représentants de la société civile rencontrés pendant la mission effectuée sur place du 3 au 7 octobre 2005 (voir en annexe 1 la liste des institutions rencontrées), ainsi que l'examen de la législation pertinente et des analyses indépendantes effectuées par les examinateurs principaux et par le Secrétariat. L'équipe d'évaluation est décrite dans l'annexe 2.

2. Le présent rapport s'organise comme suit. L'introduction dans la partie A évalue le rôle de l'Espagne dans l'économie internationale et donne un aperçu des tendances en matière de corruption. La partie B se concentre sur la prévention et la détection de la corruption transnationale et examine les moyens de renforcer leur efficacité. La partie C porte sur les enquêtes et poursuites en cas de corruption transnationale et d'infractions connexes. La partie D examine l'infraction de corruption transnationale, y compris la responsabilité des personnes morales, ainsi que les infractions et sanctions connexes. La partie E énonce les recommandations du Groupe de travail et les questions lui paraissant nécessiter un suivi. Une liste des principaux acronymes et abréviations utilisés dans le rapport figure à l'annexe 3. La traduction des principales lois et autres textes légaux figure à l'annexe 4.

1. Contexte économique et relations commerciales internationales

3. Ces dernières années, l'envergure économique internationale de l'Espagne s'est sensiblement renforcée. Son économie est la cinquième plus grande de l'UE et la huitième de l'OCDE. C'est le seizième plus gros pays exportateur au monde. Les entreprises et les banques espagnoles ont investi près de 100 milliards EUR en Amérique latine au cours des huit dernières années, soit plus qu'aucun autre pays à l'exception des États-Unis. Ces deux dernières années, Le Mexique, le Chili et le Brésil ont tous figuré parmi les dix premières destinations des investissements directs espagnols à l'étranger. Un nombre important d'entreprises et de banques espagnoles sont devenues de grandes multinationales, souvent à la suite de leurs investissements en Amérique latine. Bien que cette région serve de destination à la plupart des investissements directs espagnols à l'étranger, des sommes importantes ont été investies ailleurs, notamment dans des pays de l'UE et aux États-Unis.

4. En 2003, l'aide publique au développement (APD) de l'Espagne représentait 0.23 % du revenu national brut (RNB) (15^e rang des 22 pays de l'OCDE). Plus de 40 % de l'aide bilatérale brute accordée par l'Espagne pendant la période 1996-2000 est allée à l'Amérique latine, l'Afrique se classant au deuxième rang des régions bénéficiaires avec une part de l'APD bilatérale comprise entre 26 et 37 %. En septembre 2005, le gouvernement a annoncé une importante augmentation (37 %) de son budget d'aide au développement.

2. Aperçu des tendances en matière de corruption

5. Comme indiqué par divers participants à la mission sur place, l'Espagne a connu plusieurs scandales importants liés à la corruption dans les années 80 et au début des années 90. Ces scandales ont impliqué plusieurs hauts fonctionnaires et personnalités politiques et ont été régulièrement rapportés par la

presse pendant une longue période. Les scandales ont provoqué la création en 1995 d'un parquet anticorruption spécialisé, que l'on décrira plus loin. On considère généralement que la corruption nationale a fortement diminué en Espagne ces dernières années.

6. L'Espagne est classée 23^e sur 159 dans l'indice 2005 de perception de la corruption établi par *Transparency International*¹. Le classement de ce pays n'a cessé de progresser ces dernières années : alors qu'en 1995, au plus fort d'une série de scandales intérieurs, elle avait obtenu une note de 4.35 sur 10, en 2005 elle a obtenu une note de 7.0. Parmi les pays analysés dans le cadre de la présente étude, l'Espagne est celui dont le classement a le plus fortement progressé ces dernières années. Elle se classe 11^e sur 21 dans l'Indice 2002 de corruption des pays exportateurs établi par *Transparency International*².

7. Le gouvernement espagnol a récemment adopté plusieurs mesures importantes dans la lutte contre la corruption, dont la signature, en 2005, de la Convention des Nations Unies contre la corruption et des Conventions civile et pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption³. La procédure parlementaire requise pour la ratification de ces instruments est en cours. De plus, le gouvernement a pris d'importantes mesures conformes aux Lignes directrices de l'OCDE pour la gestion des conflits d'intérêts dans le secteur public, comme l'adoption d'un Code de bonne conduite à l'intention des membres du gouvernement et des hauts fonctionnaires et la préparation d'une législation sur les conflits d'intérêts.

3. Préparation de la mission sur place

8. Les examinateurs principaux apprécient la coopération et les efforts des autorités espagnoles au cours du processus de Phase 2. Toutefois, ils notent que la préparation de la mission a été compliquée par le retard avec lequel un nombre important de réponses au questionnaire complémentaire lui sont parvenues et par certaines lacunes dans la préparation par l'Espagne d'un ensemble intégré de réponses. De plus, des retards dans la préparation du programme de la mission sur place ont peut-être empêché certains interlocuteurs d'assister aux panels pour rencontrer les examinateurs ou limité les discussions entre ces derniers et les autorités espagnoles. Néanmoins, les examinateurs reconnaissent et apprécient les efforts particuliers déployés par les autorités espagnoles pendant la mission et la période l'ayant immédiatement précédée en vue de garantir la présence de personnes clés et les examinateurs sont convaincus que, globalement, ils ont pu rencontrer un échantillon représentatif des diverses personnes et institutions concernées.

¹ L'indice de perception de la corruption (IPC) fournit des données sur la perception de « l'étendue de la corruption » dans différents pays. Il se concentre sur la corruption nationale et constitue en fait un « sondage des sondages » : un indice composite rassemblant les résultats d'enquêtes internationales soigneusement sélectionnées et de fiches d'experts émanant de diverses institutions. Les données sources utilisées pour générer cet indice composite reflètent les perceptions d'experts non-résidents, de dirigeants économiques non-résidents habitant dans des pays en développement et de dirigeants économiques résidents évaluant leur propre pays. Les questions posées par les sources établissent une corrélation entre « l'étendue de la corruption » et la fréquence ou l'importance des pots-de-vin dans les secteurs public et politique, ce qui permet de classer les pays.

² L'Indice de corruption des pays exportateurs (ICPE) de *Transparency International* classe les principaux pays exportateurs en fonction de la perception du risque de voir des sociétés internationales ayant leur siège social dans un pays donné verser des pots-de-vin à des agents publics de haut niveau dans des économies de marché émergentes. Le L'IPCE 2002 a été réalisé par Gallup International Association sur la base de 835 entretiens réalisées dans 15 économies de marché émergentes.

³ Bien que n'ayant pas encore ratifié les conventions du Conseil de l'Europe, l'Espagne participe activement au processus de suivi du GRECO.

B. PRÉVENTION ET DÉTECTION

1. Prévention de la corruption transnationale et des infractions connexes

9. Le manque de sensibilisation de l'opinion publique à l'interdiction de la corruption transnationale peut constituer l'un des principaux obstacles à la lutte et à l'efficacité des poursuites contre cette infraction. La présente section évalue les efforts menés par l'Espagne pour prévenir la corruption transnationale, y compris en sensibilisant l'opinion à son statut d'infraction pénale et aux moyens de la combattre. L'Espagne est un État décentralisé composé d'un gouvernement central et de communautés autonomes dotées de leurs propres compétences, gouvernement, Parlement et administration. L'évaluation se concentre sur les efforts déployés par le gouvernement central, mais examine aussi, le cas échéant, les efforts menés par les régions.

a) *Gouvernement et organismes publics en général*

10. Les examinateurs principaux considèrent que l'éminence et la réputation du Bureau spécial du procureur général pour la répression des délits économiques liés à la corruption (*Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción*) – à la fois au sein du gouvernement et dans le grand public – met singulièrement en relief la lutte contre la corruption menée de façon générale en Espagne. Le nom abrégé de cet organisme en espagnol – la *Fiscalía Anticorrupción* voire l'*Anticorrupción* tout court – est fréquemment cité dans les médias. Il a été largement reconnu durant la mission sur place comme un organisme central auquel il convient de notifier des allégations importantes de corruption. Toutefois, alors que l'existence même de la *Fiscalía Anticorrupción* contribue largement à sensibiliser l'opinion à la lutte contre la corruption en général, les efforts déployés pour mieux faire connaître la Convention dans l'administration publique sont insuffisants. La *Fiscalía Anticorrupción* élabore des programmes de formation pour le compte d'autres autorités répressives, mais n'a pas abordé la corruption transnationale dans ce contexte. Comme on le verra, les affaires de corruption transnationale n'ont pas paru constituer des affaires d'importance particulière pour la *Fiscalía Anticorrupción*.

11. L'équipe d'examineurs a également trouvé peu d'indices témoignant d'efforts menés jusqu'à présent pour expliquer l'infraction de corruption transnationale au sein du gouvernement. Le ministère des Affaires étrangères ne dispense aucune formation spécifique à ce sujet à ses agents. Il consacre l'essentiel de ses efforts à la prévention de la corruption d'agents espagnols en sensibilisant son personnel à la responsabilité potentielle des agents publics au titre de l'infraction de corruption passive et de diverses autres lois. Les contrôleurs des impôts ne reçoivent pas de formation approfondie sur la corruption : selon certains fonctionnaires, ils reçoivent une formation de quelques heures en début de carrière, mais sans suivi continu. En réponse aux préoccupations concernant la sensibilisation insuffisante des contrôleurs des impôts à la corruption transnationale en tant qu'infraction pénale et compte tenu, notamment, de l'absence d'interdiction expresse de la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents étrangers, un membre de l'administration fiscale a déclaré que les règlements de l'inspection des impôts font actuellement l'objet d'une révision : une proposition vise notamment à y insérer un article détaillant davantage la nécessité de déclarer les soupçons de délit dans trois domaines (obtention ou utilisation frauduleuses de subventions publiques, blanchiment de capitaux et corruption).

12. Le ministère de l'Industrie, du Tourisme et du Commerce (MITC) est le ministère de tutelle de l'ICEX (*Instituto Español de Comercio Exterior*), principal organisme espagnol de promotion du commerce extérieur. Les agents des missions commerciales de l'Espagne à l'étranger (souvent hébergées par les ambassades) représentent eux aussi en général l'ICEX. Selon des représentants du MITC rencontrés pendant la mission sur place, les questions liées à la corruption transnationale sont abordées dans le cadre

de la formation générale desdits agents. Le MITC a imprimé le texte de la Convention et le distribue pendant les sessions ; ce texte a également été envoyé à toutes les missions commerciales espagnoles à l'étranger. Toutefois, en dehors du texte de la Convention, aucune autre documentation n'a été préparée dans ce contexte.

13. Concernant les autorités répressives, un représentant du ministère de la Justice a indiqué que les juges et les procureurs sont supposés connaître la loi. Le ministère de la Justice a inclus des références aux modifications de l'article 445 du Code pénal relatif à la corruption transnationale dans un cours de formation continue destiné aux procureurs et consacrée à la réforme du Code pénal adoptée en 2003. La formation initiale des procureurs se penche sur la déontologie des agents publics, mais ne semble pas évoquer la corruption transnationale. Les cours destinés aux juges n'ont jusqu'à présent pas porté spécifiquement sur la corruption transnationale et un juge de rang élevé a suggéré que le Conseil supérieur de la magistrature (*Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ) pourrait introduire un volet consacré à cette question dans son programme de formation des juges. Un juge d'un tribunal local, par exemple, semblait ignorer l'existence de la compétence fondée sur la nationalité dans les affaires de corruption transnationale⁴.

14. La formation initiale et continue des policiers de haut rang traite des principaux délits économiques mais l'importance accordée à la corruption transnationale dans ce contexte est incertaine. L'existence et la nature de la corruption transnationale en tant qu'infraction distincte n'ont pas toujours semblé bien comprises par les représentants de la police y compris par ceux appartenant à la *Fiscalía Anticorrupción*. De même, la police régionale a semblé parfois avoir une idée assez imprécise de son rôle dans ce domaine. Les représentants de la police ont d'ailleurs reconnu que l'on pourrait intensifier les efforts de sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent aux autorités espagnoles de sensibiliser le personnel des organismes publics à la corruption transnationale. De plus, les examinateurs principaux recommandent de dispenser aux juges, procureurs et policiers une formation portant spécifiquement sur l'infraction de corruption transnationale dans le cadre de la formation globale consacrée à la lutte contre la corruption et les délits économiques. Les examinateurs principaux encouragent les autorités espagnoles à exploiter la notoriété et les succès de la Fiscalía Anticorrupción dans la lutte contre la corruption nationale pour renforcer également la lutte menée en Espagne contre la corruption transnationale.

b) Efforts du gouvernement en matière de sensibilisation et de prévention dans le secteur privé

i) Organismes de crédit à l'exportation et de promotion du commerce extérieur

15. Les organismes publics chargés de promouvoir ou de soutenir le commerce extérieur et les investissements à l'étranger sont bien placés pour conseiller les entreprises sur les implications de la loi relative à la corruption transnationale et sur la manière d'aborder les risques de corruption. L'organisme espagnol de crédit à l'exportation, la CESCE, est membre du Groupe de travail de l'OCDE sur les crédits

⁴ Cette perception pourrait être liée au rôle dominant de la Cour nationale [*Audiencia Nacional*] dans les affaires relevant de la compétence fondée sur la nationalité comme nous le verrons plus bas. Toutefois, les examinateurs principaux notent que, selon les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción*, les affaires de corruption transnationale échappent normalement à la juridiction de ladite Cour et sont tranchées par les tribunaux locaux. Cette analyse révèle le risque de voir les différents tribunaux considérer chacun que ces infractions relèvent de la compétence de l'autre.

et garanties de crédit à l'exportation. La CESCE met actuellement en œuvre la « Déclaration d'action concernant la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public » et, conformément à un décret ministériel de février 2003, a entrepris des actions en vue de combattre la corruption sur deux fronts : la publicité de la Convention et la modification des contrats et des normes juridiques. Les efforts de publicité incluent des cours internes destinés au personnel et l'information des entreprises, notamment par le biais d'un bulletin et d'une page Web. Des articles généraux consacrés à la Convention et aux discussions du Groupe de travail de l'OCDE sur les crédits et garanties de crédit à l'exportation sont également publiés dans le magazine de la CESCE.

16. Les demandes de soutien adressées à la CESCE doivent inclure une déclaration dans laquelle le demandeur reconnaît avoir pris connaissance de la Convention et s'engage à ne pas se livrer à des actes de corruption. Les contrats de soutien incluent également des clauses anticorruption. Cependant, la « Déclaration d'action » (paragraphe 4) prévoit que : « Le demandeur et/ou l'exportateur, conformément aux pratiques suivies par chaque système de crédit à l'exportation des Membres du Groupe de travail sur les crédits et garanties de crédits à l'exportation, seront invités à prendre l'engagement que ni eux-mêmes, ni aucune personne agissant pour leur compte, ne se sont livrés ou se livreront à des actes de corruption à l'occasion de la transaction. ». Ce texte élargit donc expressément la portée de la déclaration aux agents travaillant pour le compte du demandeur. La déclaration type communiquée à l'équipe d'évaluation mentionnait cependant uniquement l'entité sollicitant le soutien, et ne mentionne pas les agents, sous-traitants ou autres tiers⁵. Les représentants de la CESCE ont indiqué que cet organisme n'accorde son soutien qu'à des projets dans lesquels les commissions d'agent ne dépassent pas 5 %.

17. Les représentants du MITC ont indiqué que l'ICEX se tient à la disposition des entreprises confrontées à des situations de corruption transnationale pour les conseiller. Toutefois, ni le MITC ni l'ICEX n'ont rédigé des lignes directrices, documents ou brochures à cette fin et, selon les représentants du MITC, l'ICEX n'a en fait jamais reçu de demande d'aide émanant d'une entreprise. Un représentant du MITC a précisé que cet organisme fait référence, le cas échéant, à la partie des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales mentionnant la Convention. La pratique des organismes régionaux de promotion du commerce extérieur varie : certains imposent des clauses anticorruption, tandis que d'autres n'ont encore adopté aucune mesure spécifique de lutte contre la corruption.

18. Le MITC est aussi chargé de superviser les 38 chambres de commerce étrangères. En août 2005, ce ministère a envoyé une lettre au Conseil supérieur des chambres de commerce et à la plus importante association patronale — la *Confederación española de organizaciones empresariales* (CEOE) — pour les encourager à sensibiliser leurs membres à la Convention. Toutefois, ladite lettre ne décrit pas le droit national pertinent et propose uniquement de faire parvenir des exemplaires supplémentaires de la Convention. Les examinateurs principaux n'ont pas été en mesure de déterminer si la CEOE avait lancé une action dans ce domaine. Lors de la mission sur place, les représentants du Conseil supérieur des chambres de commerce n'ont pas mentionné la lettre ou la distribution du texte de la Convention, mais ont indiqué qu'ils travaillaient sur des questions plus générales relevant des codes de conduite.

19. Les examinateurs principaux considèrent que les efforts menés par le gouvernement en matière de sensibilisation et de prévention au sein du secteur privé pourraient bénéficier d'une meilleure coopération entre les ministères et organismes concernés, particulièrement ceux chargés de questions juridiques et économiques. Cette coordination accrue permettrait, concernant la corruption transnationale, de mener avec les entreprises un dialogue accordant une plus grande place à l'explication de l'application des règles juridiques à des situations commerciales concrètes.

⁵ La page Web en anglais (mais pas celle en espagnol) de la CESCE mentionne un engagement liant le demandeur « ou quiconque agissant en son nom », conformément à la Déclaration d'action.

ii) *Organismes d'aide au développement*

20. Le Fonds d'aide au développement (*Fondo de Ayuda al Desarrollo*, FAD) accorde surtout des aides liées aux exportations espagnoles. Selon son représentant, le FAD a introduit des clauses anticorruption dans ses contrats et étoffé le questionnaire envoyé aux contractants potentiels, conformément à une loi adoptée en 2003. Il a aussi élaboré un code facultatif de pratiques exemplaires en février 2005. La COFIDES (*Compañía Española de Financiación del Desarrollo*) est une société dont les actionnaires proviennent aussi bien du secteur public que du secteur privé et qui finance des projets de développement sur une base lucrative. Elle a publié un code de déontologie en septembre 2005 et compte modifier ses contrats afin d'y inclure une mention spécifique de la Convention, ainsi qu'une déclaration par laquelle le contractant reconnaît avoir reçu une copie de cet instrument et s'engage à ne pas se livrer à la corruption au sens prêté à ce mot par la Convention. L'AECI (*Agencia Española para la Cooperación Internacional*) — qui est financée par le ministère des Affaires étrangères — a surtout affaire à des ONG sans but lucratif et à des gouvernements étrangers sollicitant des aides. Elle ne dispose pas de règles portant spécifiquement sur la lutte contre la corruption mais, selon les autorités espagnoles, devrait adopter une politique anticorruption dans le cadre de réformes juridiques plus générales prévues en 2007. Elle a déjà adopté des règles plus précises en matière de sélection des ONG partenaires. Les examinateurs n'ont pas eu l'occasion d'examiner les politiques des organismes régionaux de développement, mais les autorités espagnoles ont indiqué que tous les organismes de développement étaient assujettis au même plan quadriennal 2004-08. La coopération décentralisée via les régions autonomes et les collectivités locales constitue une caractéristique notable de la coopération espagnole pour le développement et représentait 25 % de l'APD bilatérale en 2000.

c) *Secteur privé et société civile*

i) *Entreprises, organisations patronales et professions libérales*

21. Pour la plupart des très grosses entreprises espagnoles — dont plusieurs sont cotées sur des bourses étrangères — la politique de lutte contre la corruption vise surtout à répondre aux obligations imposées par des pays tiers, au risque de voir engagée la responsabilité pénale ou civile de leurs instances exécutives dans lesdits pays, à l'impact potentiel d'une affaire de corruption sur leur réputation et aux pressions exercées par leurs principaux investisseurs. Pour mettre en œuvre leur politique de prévention, ces entreprises adoptent généralement des normes uniformes à l'échelle du groupe sans tenter de définir des règles spécialement adaptées à la législation de chaque pays où elles exercent leurs activités. Des grandes entreprises ont indiqué avoir renoncé à travailler dans certains pays en raison des risques apparents de corruption.

22. Les grandes entreprises ont aussi adopté des contrôles internes. Les sociétés cotées en bourse sont tenues de disposer d'un comité d'audit en vertu d'une loi de 2003 bien que, selon un rapport de 2004, 12 % d'entre elles ne se soient pas encore dotés d'une telle structure⁶. Certaines ont établi un service interne d'assistance téléphonique afin de faciliter le signalement par les salariés de comportements irréguliers. Toutefois, les systèmes d'audit élaborés — et notamment l'envoi de déclarations à un comité d'audit — dont disposent les grosses entreprises ne semblent pas permettre de détecter beaucoup d'affaires concrètes. Par exemple, une très grande entreprise comptant plusieurs milliers de salariés — dont un bon nombre exercent leurs fonctions sur des marchés très exposés aux risques de corruption — n'a pas récemment obtenu la moindre déclaration de cas par le biais de ses systèmes internes. Son représentant a noté qu'elle ne cherche à dépister que les cas concrets de corruption et non les hypothèses telles que le rejet d'une sollicitation.

⁶ Voir « *El 12% de las sociedades cotizadas no tiene aún comité de auditoría* », *Europa Press* (15 novembre 2004) (mentionnant une étude réalisée par un gros cabinet d'audit et disponible à l'adresse <http://labolsa.com/canales/1018/>).

23. Les examinateurs principaux ont moins eu l'occasion d'évaluer la situation sous l'angle des moyennes entreprises. Les représentants d'entreprises actives sur des marchés sensibles ont indiqué être régulièrement confrontés à des sollicitations de pots-de-vin, y compris des requêtes visant à obtenir le recrutement de proches comme salariés. Lesdites entreprises ne disposent généralement pas d'un code formel de déontologie, car leurs salariés sont peu nombreux.

24. Les organisations patronales ont joué jusqu'à ce jour un rôle très limité en matière de prévention de la corruption transnationale. Aucune information sur d'éventuelles activités n'a été communiquée par la CEOE, la plus grosse confédération patronale. L'ICC a traduit en espagnol sa publication relative à la corruption transnationale. Toutefois, son représentant a noté que le comité national n'entretient pas de contact suivi avec les entreprises (hormis pour aborder certains sujets spécifiques dont la corruption ne fait pas partie). Généralement, la sensibilisation des organisations patronales à la corruption transnationale paraît faible. En dehors de l'ICC, aucune des organisations rencontrées pendant la mission sur place n'a déployé d'efforts pour sensibiliser les entreprises ou pour aider celles confrontées à des risques de corruption transnationale. Aucune n'a reçu la moindre question à ce sujet de la part d'une entreprise.

25. La question de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) donne lieu en Espagne à un vif débat et à une activité considérable qui se concentrent cependant principalement sur des risques autres que la corruption, par exemple les problèmes environnementaux. Les sociétés cotées en bourse doivent disposer d'un code déontologique, pratique qui a également gagné les entreprises plus modestes. Le représentant d'une organisation patronale a cependant indiqué que les dispositions prévoyant l'application de ces codes sont souvent vagues. Une étude réalisée en 2005 par un gros cabinet d'audit révèle que le nombre d'entreprises publiant des rapports publics consacrés à la RSE a sensiblement augmenté depuis 2002 : sur les 100 plus grosses sociétés, 11 % ont produit un tel document en 2002 et 25 % en 2005, soit l'une des augmentations les plus fortes enregistrées dans les pays étudiés⁷. Un parlementaire a informé les examinateurs que le gouvernement s'interroge sur l'opportunité de diverses actions, y compris la promulgation d'une loi, en matière de RSE. Par ailleurs, cette question suscite un vif intérêt dans les milieux universitaires espagnols.

26. L'introduction récente d'une forme limitée et étroite de responsabilité pénale des personnes morales ne semble avoir suscité que peu de commentaires dans le secteur des entreprises. Comme on le verra, les examinateurs principaux considèrent que la loi concernée devrait être renforcée et, à ce propos, invitent les autorités espagnoles à entreprendre des actions de sensibilisation à la question de la responsabilité des personnes morales en matière de corruption transnationale.

27. Les avocats et les comptables/vérificateurs aux comptes peuvent également jouer un rôle déterminant dans la prévention et la sensibilisation de l'infraction de corruption transnationale et à la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin. Les avocats ne sont pas, pour l'instant, tenus de réussir un examen pour s'inscrire au barreau, de sorte que nombre d'entre eux disposent uniquement d'une formation universitaire ; un représentant du barreau a reconnu que la question de la corruption transnationale ne fait pas l'objet d'une attention particulière, même si elle est parfois étudiée dans le cadre des cours généraux de droit pénal. Les avocats ont indiqué n'être que rarement consultés par leurs clients concernant les risques associés à cette forme de corruption. L'un d'entre eux a noté que les entreprises étaient de plus en plus conscientes de l'intolérance envers la corruption, mais que ce constat se traduisait le plus souvent uniquement par une analyse coûts-avantages. Les avocats estiment que les coûts ont quelque peu augmenté et aussi que, loin de pratiquer ouvertement la corruption transnationale comme c'était le cas auparavant, les personnes se livrant encore à des actes de corruption cherchent désormais à dissimuler leurs agissements.

⁷ Voir l'étude intitulée « *KPMG International Survey of Corporate Responsibility Reporting 2005* » (juin 2005), disponible à l'adresse suivante : http://www.kpmg.com/Rut2000_prod/Documents/9/Survey2005.pdf

Les organisations professionnelles de comptables et de vérificateurs aux comptes ne dispensent aucune formation portant spécifiquement sur la détection de la corruption transnationale.

ii) *ONG et presse*

28. L'Espagne est dotée d'un ensemble d'ONG actives dont un bon nombre s'intéressent aux questions liées au développement ; rares sont cependant les ONG qui semblent concentrer des efforts sur la corruption transnationale. Après une période d'inactivité, le chapitre espagnol de *Transparency International* a été récemment réorganisé sous l'égide de la *Fundación Ortega y Gasset* et a fait paraître dans la presse des articles sur la corruption internationale. Les universitaires espagnols commencent à s'intéresser au sujet. Les examinateurs ont eu le plaisir de constater la parution d'un livre traitant en détail de la Convention de l'OCDE, de la loi espagnole de 2000 mettant en œuvre cet instrument et, surtout, de l'évaluation de Phase 1⁸.

29. Les journaux espagnols rapportent et commentent activement les allégations de corruption nationale et ils n'hésitent pas à lancer des enquêtes et à faire preuve de combativité, surtout dans les affaires comprenant des ramifications politiques ; ils rapportent et critiquent aussi fréquemment des allégations d'ingérence politique dans le système judiciaire. Pendant la mission sur place, les examinateurs principaux ont interrogé les représentants des principaux quotidiens ou journaux économiques sur le nombre relativement modeste d'articles rendant compte d'allégations de corruption transnationale par des entreprises espagnoles, en faisant valoir que lesdites entreprises opèrent sur de nombreux marchés étrangers. Ces représentants ont indiqué qu'en règle générale l'entretien d'un réseau de correspondants étrangers est onéreux. Ils ont précisé que la presse avait largement rendu compte d'allégations de corruption par des entreprises espagnoles lorsque ces allégations étaient remontées à la surface dans un passé récent, il y a 10-12 ans. Toutefois, ils ont aussi fait valoir que la presse applique des normes extrêmement sévères en matière de vérification des allégations, notamment pour ne pas s'exposer à des poursuites. Un journaliste expérimenté a estimé que « moins de la moitié » des allégations dont la presse a vent sont publiées.

Commentaire :

Les examinateurs principaux notent les initiatives récentes des autorités espagnoles en vue de sensibiliser davantage l'opinion à la Convention et à la législation nationale sur la corruption transnationale, mais estiment que l'Espagne devrait accroître ses efforts dans ce domaine. Ils recommandent à l'Espagne de prendre des mesures visant spécifiquement la sensibilisation du secteur des entreprises commerciales à la corruption transnationale et de continuer à rechercher les moyens d'associer les organisations patronales à ces efforts. Les examinateurs principaux considèrent que ces efforts bénéficieraient d'une meilleure coopération entre les divers ministères et organismes publics à vocation juridique ou économique.

Les examinateurs principaux recommandent en particulier à l'Espagne d'envisager la publication d'une brochure ou autre guide décrivant la corruption transnationale et les infractions connexes en recourant à des exemples concrets pour expliquer leur mode de fonctionnement aux personnes physiques et morales concernées, y compris les entreprises. Les examinateurs principaux saluent les efforts importants visant à renforcer la RSE en Espagne et encouragent les autorités espagnoles à inclure la corruption transnationale dans les

⁸ Eduardo A. Fabián Caparrós, « *La Corrupción de Agente Público Extranjero e Internacional* » (Tirant lo branch 2003). Cet ouvrage a été écrit avant l'adoption, en 2003, de modifications de l'article 445 du Code pénal.

mesures de promotion de la RSE, notamment celles incitant les entreprises à consacrer une partie de leurs rapports annuels à cette question.

Les examinateurs principaux relèvent les efforts de la CESCE en vue de former son personnel et d'informer ses clients sur les risques de corruption, ainsi que la décision de cette organisation d'imposer une limite de 5 % aux commissions d'agent. Ils recommandent aux autorités espagnoles de veiller à ce que les déclarations exigées des personnes sollicitant un soutien public – et plus particulièrement les formulaires utilisés par la CESCE – contiennent un engagement anticorruption qui s'applique également aux personnes agissant pour le compte du demandeur et/ou de l'exportateur. Les examinateurs prennent également note des mesures anticorruption récemment adoptées par certains organismes espagnols d'aide au développement et de l'introduction prévue d'une politique anticorruption par l'AECl. Ils invitent les autorités espagnoles à assurer la mise en œuvre effective de ces mesures. Les examinateurs recommandent au Groupe de travail de procéder à un suivi des mesures anticorruption adoptées par les organismes d'aide au développement, y compris les organismes établis au niveau des régions.

2. Détection et signalement des faits de corruption transnationale et des infractions connexes

a) Détection et signalement par des personnes physiques ou morales, y compris la protection des dénonciateurs

30. Les salariés des entreprises et autres particuliers peuvent se révéler des sources importantes d'information concernant les actes de corruption. L'article 262 de la Loi sur la procédure pénale (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, LECrim) prévoit que les personnes qui, en raison de leur charge, de leurs fonctions ou de leur profession, ont connaissance d'un délit public doivent immédiatement signaler celui-ci aux autorités judiciaires ou répressives compétentes. L'article 262 de la LECrim ne s'applique donc qu'aux personnes occupant certaines fonctions⁹. Son texte ne précise pas non plus si les personnes intéressées sont tenues de signaler les soupçons raisonnables de corruption ou uniquement les délits dont elles détiennent une preuve tangible. Les autorités espagnoles retiennent la première interprétation : l'obligation de signalement porte aussi sur les soupçons raisonnables et ne requiert pas une preuve tangible, même si le signalement ne saurait porter sur de simples conjectures infondées. Ces autorités ont aussi indiqué que les personnes qui signalent un délit sont protégées lorsqu'elles agissent de bonne foi, sans pour autant fournir des exemples de mesures concrètes de protection. La Loi sur la procédure pénale ne prévoit aucune sanction significative en cas de violation de l'article 262 (amende inférieure à 2 EUR). Les examinateurs principaux sont préoccupés par l'efficacité limitée de cette loi concernant les particuliers et les salariés des entreprises privées.

31. Les examinateurs ont en outre compris qu'aucune garantie spécifique ne protège les dénonciateurs pendant les phases antérieure et postérieure à l'instruction d'une affaire. Les représentants des ONG ont souligné que la dénonciation est très peu passée dans les mœurs. Quant aux représentants des syndicats, ils ont reconnu la nécessité d'améliorer la protection accordée aux dénonciateurs.

Commentaire :

Les examinateurs principaux encouragent les autorités espagnoles à envisager des mesures de nature à faciliter le signalement de soupçons de corruption transnationale par des particuliers, y compris une meilleure application des obligations énoncées à l'article 262 de la LECrim. Les

⁹ Une deuxième disposition, celle de l'article 259 de la LECrim, semble s'appliquer uniquement aux témoins de la commission d'une infraction et assez peu concerner les affaires de corruption transnationale.

examineurs principaux recommandent aussi à l'Espagne de déterminer si le droit du travail et les autres dispositions pertinentes en vigueur protègent suffisamment les personnes relevant du secteur privé contre les risques de représailles et d'envisager la mise en place d'une protection des dénonciateurs salariés signalant de bonne foi des soupçons de corruption transnationale.

b) Détection et signalement par les organismes publics en général

32. En l'absence de toute disposition visant spécifiquement les agents publics, les dispositions générales valables pour l'ensemble des particuliers semblent s'appliquer, à savoir celles de l'article 262 de la LECrim. Outre l'amende très modeste mentionnée plus haut, cet article prévoit aussi que l'absence de signalement par un agent public doit être portée à la connaissance du supérieur de l'intéressé afin que des mesures administratives puissent être prises. Tout manquement à l'obligation de signalement est soumis aux sanctions prévues à l'article 14 du Règlement sur le régime disciplinaire des agents publics de l'administration centrale qui prévoit des sanctions pouvant aller jusqu'au licenciement; les agents publics travaillant pour une région sont aussi passibles de sanctions disciplinaires en cas de violation de l'article 262 de la LECrim. Les autorités espagnoles ont indiqué que, jusqu'à présent, elles n'avaient eu connaissance d'aucun enregistrement d'une affaire de ce type, dans la mesure où ces informations sont confidentielles et ne sont pas rendues publiques par l'appareil judiciaire. Tout en reconnaissant l'importance de la confidentialité des données à caractère personnel, les examineurs considèrent qu'il serait vraisemblablement possible de tenir des statistiques globales sans porter atteinte à cette confidentialité. Les représentants de la CESCE ont indiqué être astreints à l'obligation de signalement de leurs soupçons, même s'ils n'ont pas encore eu l'occasion de s'y conformer jusqu'à présent.

33. Les autorités espagnoles indiquent ne pas être en mesure de fournir aux examineurs des données sur les sanctions disciplinaires et ne pas prévoir la collecte de telles données à l'avenir. Devant l'absence de sanctions claires ou d'exemples concrets de signalement, les examineurs se déclarent préoccupés par le niveau d'application de l'obligation de signalement. Concernant les garanties accordées aux agents publics dénonciateurs, les autorités espagnoles ont expliqué que ces agents sont protégés du simple fait qu'ils ne sauraient être arbitrairement sanctionnés ou révoqués sans l'un des motifs énumérés par la loi. Toutefois, aucune protection spécifique aux dénonciateurs n'est prévue.

Commentaire :

Les examineurs principaux invitent les autorités espagnoles à envisager l'adoption de mesures visant à améliorer la détection et le signalement d'allégations de corruption transnationale par des agents ou des autorités publiques, y compris une meilleure publicité et une application plus effective de l'obligation énoncée à l'article 262 de la LECrim, ainsi que la collecte de statistiques pertinentes. Les examineurs principaux recommandent aussi aux autorités espagnoles de prendre des mesures appropriées pour garantir la détection et le signalement effectifs des soupçons de corruption transnationale par les salariés des entités jouant un rôle important dans la lutte contre la corruption, y compris les organismes de crédit, de promotion du commerce extérieur et d'aide au développement. Ils encouragent également les autorités espagnoles à publier une brochure décrivant l'infraction de corruption transnationale, comme indiqué plus haut, à l'usage desdits salariés¹⁰.

¹⁰

Voir aussi plus loin la section consacrée au traitement des allégations tombées dans le domaine public.

c) *Détection et signalement par les contrôleurs des impôts*

34. L'administration fiscale peut être une source importante d'information sur la corruption transnationale. En particulier, l'obligation ou le pouvoir, pour les contrôleurs des impôts, de faire part spontanément de leurs soupçons aux autorités répressives peut conduire à l'ouverture d'enquêtes. Concernant l'obligation de signaler les soupçons de corruption transnationale, l'article 95 paragraphe 3 de la Loi 58/2003 semble conférer aux contrôleurs des impôts une option mal définie : ils sont tenus soit de signaler les soupçons aux autorités compétentes, soit de « déterminer le degré de culpabilité »¹¹. Les contrôleurs des impôts ont indiqué que le concept de *deducir el tanto de culpa* est difficile à traduire et qu'en fait ils sont tenus de signaler les soupçons détectés dans le cadre de leur travail. Toutefois, les examinateurs principaux estiment que cette obligation devrait être clarifiée.

35. L'article 7.4 du Règlement général relatif aux contrôles fiscaux approuvé par le Décret royal 939/1986 du 25 avril (*Reglamento General de la Inspección de los Tributos*) oblige les agents des impôts à informer les autorités répressives relevant de l'appareil pénal des soupçons visant d'éventuelles opérations criminelles. Contrairement à la loi de 2003, ce règlement énonce en termes clairs une obligation de signalement. Interrogés sur la relation entre les deux textes, les agents des impôts ont fait valoir que le règlement avait été adopté en vertu d'une loi fiscale antérieure datant des années 60 et remplacée depuis par la loi de 2003. Toutefois, tous les règlements d'application de la nouvelle loi n'ont pas encore été promulgués. Les autorités espagnoles ont fait savoir que lesdits règlements d'application seraient prochainement adoptés et prévoiraient l'obligation pour les agents des impôts de signaler leurs soupçons de corruption transnationale et délits similaires.

36. Les représentants de l'administration des impôts ont indiqué que les contrôleurs des impôts signalent régulièrement des soupçons d'infraction non fiscale aux procureurs. D'autres participants aux panels ont fait savoir que les renseignements d'ordre fiscal sont bien organisés et fréquemment utilisés dans des affaires pénales. Les autorités fiscales ont détecté quelques affaires potentielles de corruption nationale et transmis leurs soupçons aux procureurs, mais n'ont pas encore eu l'occasion d'agir de même concernant la corruption transnationale. Aucune statistique n'est disponible concernant les signalements effectués.

37. La pratique espagnole concernant les changements récemment apportés au Modèle de convention fiscale de l'OCDE et à ses commentaires est impressionnante. Les autorités fiscales ont informé les examinateurs qu'elles avaient décidé d'inclure systématiquement la proposition de disposition complémentaire — suggérée dans le Commentaire de l'article 26 du Modèle de convention — afin de permettre l'utilisation des renseignements reçus par un État contractant à des fins non fiscales, notamment dans le cadre d'enquêtes visant des actes de corruption¹². La nouvelle version est utilisée depuis deux ans dans les négociations de conventions fiscales et figure dans les instruments récemment conclus tels que la

¹¹ Voir l'article 95 paragraphe 3 (lorsqu'il existe des soupçons concernant la commission d'un délit, l'administration fiscale est tenue de « *deducir[] el tanto de culpa o remitir[] al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito* »).

¹² Le paragraphe 12.3 du commentaire de l'article 26 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE se lit comme suit : « ... les États contractants peuvent souhaiter autoriser le partage de renseignements fiscaux par les autorités fiscales avec d'autres organismes chargés de l'application de la loi et autorités judiciaires, sur certaines questions hautement prioritaires (par exemple la lutte contre le blanchiment de capitaux, la corruption, le financement du terrorisme). Les États contractants désireux d'élargir les fins auxquelles ils peuvent utiliser les renseignements échangés en vertu de cet article peuvent le faire en ajoutant le texte suivant à la fin du paragraphe 2 : 'Nonobstant ce qui précède, les renseignements reçus par un État contractant peuvent être utilisés à d'autres fins lorsque cette possibilité résulte des lois des deux États et lorsque l'autorité compétente de l'État qui fournit les renseignements autorise cette utilisation.' ».

convention avec la Colombie. L'Espagne a proposé de supprimer l'obligation d'obtenir une autorisation spécifique de l'État fournissant les renseignements pour pouvoir les utiliser à des fins non fiscales et elle fait observer que la convention récemment conclue avec le Nigeria reprend cette version modifiée de l'article 26 paragraphe 2. De plus, la politique de l'Espagne consiste à exiger l'insertion de dispositions relatives à l'échange de renseignements dans toutes les conventions fiscales auxquelles elle est partie et d'exclure la possibilité d'invoquer le secret bancaire pour refuser de communiquer des renseignements fiscaux. L'Espagne a aussi conclu des accords prévoyant l'échange automatique de renseignements fiscaux avec plusieurs pays dont l'Argentine, la Belgique, le Chili, la France, les Pays-Bas et la Suède.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent aux autorités espagnoles de continuer à s'assurer que les règlements applicables énoncent des règles claires en matière de signalement de soupçons de corruption transnationale par les contrôleurs des impôts.

Les examinateurs principaux se félicitent de la pratique espagnole concernant les changements récemment apportés au Modèle de convention fiscale de l'OCDE et en particulier l'élargissement des dispositions relatives à l'échange de renseignements afin de permettre leur utilisation dans des procédures liées à la corruption. Ils recommandent de faire connaître ces dispositions par les moyens appropriés tels que le matériel de formation destiné aux procureurs de la Fiscalía Anticorrupción et autres agents participant aux enquêtes du ministère public.

d) Détection et signalement par les comptables et les vérificateurs aux comptes

38. Les comptables et les vérificateurs aux comptes peuvent jouer un rôle crucial dans la détection et la déclaration des paiements suspects figurant dans les registres et comptes d'une société et alerter la direction, d'autres organes de contrôle internes et/ou des instances externes, afin que des mesures préventives ou punitives puissent être prises. Les Normes internationales d'audit (NIA) élaborées par la profession comptable – et plus particulièrement la NIA 240 – sont particulièrement importantes concernant la détection des actes de corruption. Dans sa dernière version révisée en 2004, la norme NIA 240 exige du vérificateur aux comptes de concentrer davantage ses efforts sur les domaines où les états financiers risquent de comprendre des inexactitudes matérielles dues à des fraudes (y compris celles commises par la direction). Les vérificateurs aux comptes doivent concevoir et appliquer des procédures de vérification adaptées aux risques identifiés d'inexactitude matérielle frauduleuse, y compris des procédures tenant compte d'une possible neutralisation des contrôles par la direction. L'Institut de la comptabilité et de la vérification des comptes (*Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas*, ICAC) a adopté la NIA 240 dans le cadre des ses Normes techniques adoptées en 2000 et en 2001¹³. Les autorités espagnoles ont indiqué que les modifications de 2004 apportées à la NIA 240 seraient adoptées dans le cadre des changements prévus dans le cadre de la transposition des dispositions comptables de l'UE.

39. Concernant l'obligation des vérificateurs aux comptes d'informer la direction et les organes de contrôle internes de l'entité vérifiée de leurs soupçons, la Norme technique pertinente prévoit qu'en cas de violation réelle (*incumplimientos*) de règles applicables — et notamment d'actes de corruption — par la société, le vérificateur aux comptes doit alerter le conseil d'administration, la direction générale ou, si un tel organe existe, le comité d'audit¹⁴. Toutefois, cette obligation ne concerne généralement pas les cas où

¹³ L'ICAC est un organisme autonome de l'administration publique rattaché au ministère de l'Économie et des Finances. Les Normes techniques sont préparées par les organisations représentant les vérificateurs aux comptes, puis officiellement approuvées et publiées par l'ICAC.

¹⁴ Voir la Norme technique de l'ICAC relative au respect des règles légales applicables à l'entité vérifiée (*Norma Técnica de Auditoría sobre cumplimiento de la normativa aplicable a la entidad auditada*),

« les violations sont insignifiantes et n'affectent pas l'opinion du vérificateur quant aux états financiers »¹⁵. Une exception à cette exception prévoit que les irrégularités – définies en substance comme les manipulations intentionnelles ayant une incidence sur les états financiers – doivent être révélées. En somme, dans tous les cas une incidence sur les états financiers semble être exigée. De même, dans la section exigeant le signalement des soupçons (*eventuales incumplimientos*) à la direction, seuls les soupçons susceptibles d'avoir un effet important sur les états financiers annuels doivent être signalés (voir la Norme technique, paragraphe 26). Les lois que la Norme technique met en œuvre reprennent également cette condition d'un effet sur les états financiers¹⁶. Les examinateurs craignent que ces exigences puissent être interprétées comme limitant le signalement de tous les soupçons de corruption transnationale à la direction et aux organes de contrôle internes.

40. La situation en Espagne concernant l'obligation pour les vérificateurs aux comptes de signaler leurs soupçons à des organismes extérieurs – et notamment aux autorités répressives – est floue. L'article 13 de la Loi sur la vérification des comptes prévoit que les vérificateurs aux comptes sont généralement tenus de respecter le caractère confidentiel des informations obtenues dans le cadre de leur travail. La violation de cette disposition est considérée comme une infraction « très grave » passible d'une amende très lourde ou bien de la radiation du vérificateur, de la société d'audit concernée, ou des deux, du registre des vérificateurs aux comptes. En revanche, hormis pour les rapports destinés aux instances de contrôle de certaines entités réglementées (comme le rapport fourni à la Banque d'Espagne par les institutions financières), le fait de ne pas signaler des soupçons ne constitue pas une infraction spécifique. Les autorités espagnoles ont expliqué qu'un manquement à l'obligation de signalement pourrait être indirectement assimilé à une infraction dès lors qu'il implique un non-respect de la Norme technique. L'article 16 paragraphe 3(2) de la Loi sur la vérification des comptes prévoit que la violation de normes de vérification susceptibles de produire un effet important sur le résultat du travail et du rapport du vérificateur constitue une infraction grave ; l'article 16 paragraphe 4 (a) prévoit que les autres violations des règles de vérification constituent une infraction mineure.

41. La Norme technique mentionne spécifiquement l'obligation générale de l'article 13 en matière de secret, mais ne prévoit aucune exception à ladite obligation concernant les signalements par les vérificateurs d'une société ordinaire ou une quelconque possibilité pour un vérificateur de signaler des soupçons à un procureur ou aux autorités répressives. La Norme technique reflète essentiellement la NIA 240 qui n'exige un signalement par les vérificateurs aux autorités réglementaires et répressives que si le droit national en dispose ainsi¹⁷.

42. Bien qu'un lecteur de la Norme technique conclurait que le signalement à un organisme extérieur n'est pas permis – sauf en ce qui concerne quelques organes de contrôle chargés de surveiller des entités réglementées –, les autorités espagnoles ont indiqué considérer que l'article 262 de la LECrim (analysé

adoptée par la résolution de l'ICAC datée du 26 juillet 2001 (la « Norme technique »). La Norme technique a été adoptée en vertu du règlement (Décret royal 1636/1990) d'application de la Loi sur la vérification des comptes (Loi 19/1988 du 12 juillet 1988) et de l'article 209.1 de la Loi sur les sociétés anonymes (*Ley de Sociedades Anónimas*, approuvée par le Décret royal 1564/1989 du 22 décembre 1989).

¹⁵ Voir la Norme technique, paragraphe 32.

¹⁶ Voir, par exemple, le Décret royal 1636/1990, article 5(e) (prévoyant que le vérificateur aux comptes doit exprimer dans le rapport son opinion sur les violations possibles des lois et règlements applicables « susceptibles d'affecter l'image réelle » des comptes annuels).

¹⁷ Voir NIA 240 — Responsabilité du vérificateur aux comptes de prendre en considération les fraudes et les erreurs dans un audit des états financiers, paragraphe 68 (déclarant que l'obligation professionnelle de confidentialité pesant sur un vérificateur aux comptes « empêche normalement le signalement de fraudes ou d'erreurs à une partie extérieure à l'entité du client », sauf dans les cas prévus par le droit national).

plus haut dans la section consacrée à la détection et au signalement par des particuliers et des entreprises) impose généralement aux vérificateurs de signaler aux procureurs leurs soupçons relatifs à n'importe quelle entreprise. Rares sont cependant les preuves attestant d'une interprétation aussi large de cette obligation par les vérificateurs. La Norme technique ne mentionne pas l'article 262 ou les signalements aux procureurs dans sa longue description des obligations de signalement. Il en va de même pour les autres règles visant spécifiquement les vérificateurs aux comptes. Le représentant d'un gros cabinet d'audit ayant participé à la mission sur place a déclaré que les vérificateurs extérieurs ne sont pas tenus d'informer les autorités, surtout en présence d'un simple soupçon de délit, et il a souligné qu'il est rare qu'un vérificateur nourrisse plus qu'un soupçon et soit confronté à des preuves incontestables. Pour ce professionnel, un cabinet d'audit prenant l'initiative de signaler des soupçons hors de la société vérifiée courrait un très gros risque. Les autorités espagnoles ont indiqué depuis la mission sur place qu'elles envisagent d'exclure le signalement de soupçons par un vérificateur aux comptes du champ d'application de l'obligation de secret de l'article 13, en vertu de l'article 262 de la LECrim, et de prévoir une exception – en faveur des divulgations exigées par la loi – à l'obligation de l'article 14 de la Loi sur la vérification des comptes. Toutefois, l'article 14 de la Loi sur la vérification des comptes concernant l'accès par des tiers – tels que des membres de l'ICAC ou des personnes habilitées par une ordonnance judiciaire – aux renseignements détenus par un vérificateur prévoit certaines exemptions de l'obligation de secret dans ce contexte ; il ne semble pas envisager la divulgation spontanée de soupçons par un vérificateur à des tiers. Les participants aux panels ont signalé qu'il n'existe pas de statistiques sur l'utilisation de l'article 262 de la LECrim par les vérificateurs aux comptes et qu'ils ne connaissaient pas d'exemple de signalement aux procureurs par des vérificateurs.

43. Alors que l'article 262 de la LECrim semble avoir peu d'incidence pratique pour le moment dans ce contexte, les examinateurs relèvent que, dans d'autres pays, les vérificateurs aux comptes sont depuis peu assujettis à des obligations en matière de prévention du blanchiment de capitaux (voir plus bas la section suivante). Les infractions de corruption transnationale constituant (ou étant sur le point de devenir) des infractions sous-jacentes à cette fin en Espagne, cette évolution est une excellente occasion d'élargir le rôle des vérificateurs aux comptes dans le signalement des soupçons de corruption transnationale aux autorités extérieures compétentes.

44. Le représentant d'un gros cabinet d'audit a également indiqué que le processus de sélection des clients appliqué par ses collègues contribue à réduire la fraude. Lorsqu'ils examinent chaque année leur portefeuille de clients, lesdits cabinets rejettent en effet les sociétés semblant présenter un risque trop important pour eux. Il a aussi indiqué que, dans certains cas, les cabinets d'audit peuvent résilier un contrat en cours et doivent alors immédiatement informer l'ICAC. Les autorités espagnoles ont précisé qu'en pareil cas, l'ICAC analyse les causes de la résiliation du contrat pour déterminer si une infraction a été commise.

Commentaire :

Les examinateurs recommandent aux autorités espagnoles de prendre des mesures pour améliorer la détection de la corruption transnationale par les comptables et les vérificateurs aux comptes, notamment en sensibilisant ces professions au fait que la corruption transnationale est une infraction sous-jacente au blanchiment de capitaux et à leur rôle dans la lutte contre la corruption.

Les examinateurs recommandent aussi à l'Espagne de continuer à améliorer les mesures applicables en vue de garantir que les vérificateurs aux comptes sont tenus d'informer les dirigeants et, le cas échéant, les organes de contrôle de la société vérifiée, de tous leurs soupçons de corruption transnationale sans faire dépendre cette obligation de l'appréciation de l'impact escompté de l'infraction subodorée sur les états financiers.

Les examinateurs principaux estiment que l'application aux vérificateurs aux comptes de l'article 262 de la LECrim n'est pas bien comprise des intéressés. Ils invitent les autorités espagnoles à clarifier et à faire connaître les obligations de cette profession en matière de signalement de soupçons de corruption transnationale aux autorités compétentes.

e) Détection et signalement dans le cadre du système de déclaration des actes de blanchiment de capitaux

45. L'Espagne a établi une cellule de renseignements financiers (le SEPBLAC) qui reçoit les déclarations d'opérations suspectes (DOS) émanant d'entreprises ou bien d'autorités publiques nationales ou étrangères à vocation essentiellement financière. La législation et la réglementation relatives à la prévention du blanchiment d'argent – notamment la Loi 19/1993 et le Règlement 925/1995 – ont été récemment modifiées à la lumière de l'évolution de la question aux niveaux européen et mondial et la liste des personnes physiques et morales tenues de transmettre des DOS a considérablement augmenté pour inclure notamment les avocats et les vérificateurs aux comptes. Les sanctions prévues pour manquement à l'obligation de déclaration de soupçons de blanchiment d'argent sont généralement lourdes.

46. Il existe des divergences entre les définitions respectives du blanchiment de capitaux du Code pénal (CP) et de la Loi 19/1993. Dans le Code pénal, tous les délits sont considérés comme des infractions sous-jacentes au blanchiment, alors que dans la Loi 19/1993 seuls les délits passibles d'une peine d'emprisonnement supérieure à trois ans sont considérés comme tels. La loi en vigueur sur la prévention ne couvre donc pas certaines infractions possibles de corruption transnationale, telles que celles passibles des sanctions énumérées aux articles 421, 425 ou 426 du Code pénal, ou bien à l'article 420 du même Code lorsque l'acte injuste n'est pas commis par l'agent public¹⁸. Il semblerait également que ladite loi ne s'applique pas non plus aux situations de sollicitation de la part d'un agent public étranger en raison des peines plus légères infligées dans ce cas en vertu de l'article 423 paragraphe 2. Toutefois, la Loi 19/1993 sera prochainement modifiée dans le cadre de la mise en œuvre de la Troisième directive communautaire relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (Directive 2005/60/CE). En vertu des articles 1 et 3 de la directive — qui doit être mise en œuvre par les États membres de l'UE avant le 15 décembre 2007 – toutes les infractions de corruption doivent constituer des infractions sous-jacentes.

47. Le rapport 2004 du SEPBLAC indique qu'entre 2001 et 2004 le nombre de DOS est passé de 1 064 à 2 414, soit une augmentation de 127 %. Le nombre d'entités soumises à l'obligation de déclaration est passé de 5 075 à 8 519. De plus, le SEPBLAC reçoit des rapports mensuels systématiques (115 630 en 2001, 334 452 en 2004). Selon le rapport annuel du SEPBLAC, le nombre d'enquêtes ouvertes en 2004 par cet organisme a augmenté de 46.14 % : le taux d'accroissement le plus rapide enregistré ces dernières années (de 2 228 en 2003 à 3 256 en 2004). Le nombre des affaires menées à terme s'est accru de 36.37 % (2 106 en 2003 et 2 872 en 2004) et celui des affaires en cours de 36.36 % (1 056 en 2003 et 1 440 en 2004). Le nombre d'enquêtes a dépassé celui des DOS, peut-être parce que certaines ont été déclenchées sur la base des rapports mensuels systématiques envoyés au SEPBLAC.

48. L'élargissement rapide des obligations de déclaration soulève des questions sur les ressources allouées aux organismes de lutte contre le blanchiment de capitaux. Depuis fin 2005, le SEPBLAC compte 81 agents, y compris des policiers et des fonctionnaires de la Banque d'Espagne et de l'administration fiscale. En plus des ressources nécessaires au traitement des DOS, une forte demande se fait sentir dans le

¹⁸ Voir plus bas les sections consacrées à l'infraction de corruption transnationale et aux sanctions qu'elle entraîne. Comme indiqué plus bas, il est difficile de savoir si l'infraction de corruption transnationale s'applique aux cas de figure prévus aux articles 425-26 du PC ; ces derniers sont donc mentionnés ici dans un souci d'exhaustivité.

domaine des conseils relatifs aux modalités d'application des nouvelles règles de déclaration. Le SEPBLAC a indiqué dispenser ses conseils par le biais de divers mécanismes dont un retour d'information sur la qualité des rapports à leurs auteurs, des réponses aux demandes individuelles, des réunions sectorielles et des informations pertinentes sur son site Web. Le SEPBLAC a inspecté 148 groupes d'entités déclarantes entre 2001 et 2005. Lesdits groupes inspectés représentent approximativement 70 % du total des opérations effectuées par l'ensemble des entités déclarantes.

49. En septembre 2005, le ministère de l'Économie et des Finances a publié, à l'intention des établissements de crédit, des Lignes directrices sur le blanchiment de capitaux qui mentionnent spécifiquement les paiements à des personnalités politiquement exposées (PEP) et leurs parents proches¹⁹. Les examinateurs saluent l'attention portée à la question des PEP. Ils notent cependant que la discussion de ce sujet dans les Lignes directrices (paragraphe 7) se limite à un seul paragraphe et une liste assez courte d'opérations possibles, au lieu d'exiger des mécanismes d'identification des PEP et un contrôle plus étroit des opérations effectuées par ces derniers, notamment en menant des enquêtes raisonnables sur l'origine des fonds. De plus, les Lignes directrices se concentrent sur les PEP des pays non démocratiques et mentionnent – sous la rubrique « Personnel politique de régions à risques » – des « personnes occupant des postes politiques de premier plan, de hautes fonctions publiques ou des postes similaires... généralement dans des pays non démocratiques... ». Les examinateurs reconnaissent que ces pays sont parfois dépourvus de certaines garanties existant dans les démocraties, mais ils considèrent, d'après l'expérience accumulée ces dernières années, que les agents publics et les PEP corrompus ne sont pas l'apanage de ces pays. Les représentants des principaux syndicats du secteur de la banque et du crédit ont indiqué, pendant la mission sur place, avoir mis en place des mécanismes conçus pour identifier les paiements impliquant des PEP, mais les examinateurs considèrent que les lignes directrices consacrées à cette question revêtent probablement une importance majeure pour les établissements de crédit de taille modeste et pour les entités non financières.

Commentaire :

Les examinateurs principaux saluent l'introduction récente d'exigences élargies en matière de déclaration de blanchiment de capitaux et recommandent à l'Espagne de veiller à doter les autorités chargées de lutter contre le blanchiment de ressources suffisantes pour s'acquitter efficacement de leurs tâches. Ils encouragent les autorités espagnoles à mettre en œuvre sans délai les modifications prévues afin que toutes les infractions de corruption transnationale soient considérées comme sous-jacentes aux fins de prévention du blanchiment de capitaux. Les examinateurs principaux relèvent que l'existence de lignes directrices en matière de blanchiment devrait contribuer à la prévention efficace de cette infraction, mais recommandent aux autorités de modifier et d'élargir le traitement des PEP dans les lignes directrices en vigueur destinées aux établissements de crédit, ainsi que dans les autres lignes directrices pertinentes.

¹⁹ Voir *Catálogo Ejemplativo de Operaciones de Riesgo para Entidades de Crédito*. Des lignes directrices supplémentaires existent pour les autres secteurs réglementés.

C. ENQUÊTES ET POURSUITES

1. Organismes chargés des poursuites et des enquêtes

a) *Ministère public, Fiscalía Anticorrupción et police*

50. Le ministère public (*Fiscalía General del Estado*) est organisé par la Loi 50/1981 du 30 décembre 1981. Il se compose de parquets attachés aux divers tribunaux, ainsi que de parquets spécialisés et d'un parquet général. Le directeur du ministère public est le procureur de l'État (*Fiscal General del Estado*, FGE) nommé par le gouvernement. Les services du ministère public sont structurés hiérarchiquement et tenus d'exécuter les instructions émanant des instances supérieures.

51. La *Fiscalía Anticorrupción* est un parquet spécialisé dans les délits économiques et les affaires de corruption. Bien que faisant partie intégrante du ministère public, la *Fiscalía Anticorrupción* diffère des autres services dans la mesure où elle dispose en permanence de ses propres unités de soutien. La *Fiscalía Anticorrupción* compte neuf procureurs (chacun ayant plus de dix ans d'expérience professionnelle) et un procureur en chef adjoint placés sous la direction d'un procureur en chef. Des unités spéciales sont affectées à la *Fiscalía Anticorrupción* par l'administration fiscale (neuf inspecteurs et inspecteurs adjoints), par l'unité de soutien de l'inspection générale de la fonction publique (deux inspecteurs et trois administrateurs) et par les deux principaux organismes répressifs, à savoir la garde civile et la police nationale (vingt-et-un fonctionnaires)²⁰. Le procureur en chef de la *Fiscalía Anticorrupción* est choisi par le Gouvernement sur proposition du FGE, après consultation du Conseil des Procureurs (*Consejo Fiscal*).

52. Outre la garde civile et la police nationale, des forces de police ont été mises sur pied par certaines régions telles que la Catalogne ou le Pays basque. La garde civile et la police nationale disposent d'unités spécialement affectées à la *Fiscalía Anticorrupción* et spécialisées dans la lutte contre la corruption.

b) *Pouvoirs d'enquête du ministère public et de la police, y compris l'obtention de renseignements bancaires et fiscaux*

53. Le ministère public dispose de pouvoirs d'enquête étendus, y compris celui de s'assurer de la présence d'un suspect, au besoin en le plaçant en détention, ou de témoins pour répondre à des questions et celui d'ordonner à la police ou aux autorités publiques de lui remettre des rapports²¹. Les procureurs ne peuvent pas porter atteinte aux droits fondamentaux ou ordonner des mesures provisoires (à l'exception de la détention) sans mandat judiciaire. Si, comme nous l'avons vu, la *Fiscalía Anticorrupción* dispose d'unités de soutien spéciales, elle ne dispose d'aucune prérogative légale particulière par rapport aux pouvoirs conférés aux procureurs ordinaires.

54. Les examinateurs ont noté que, sur le papier, la *Fiscalía Anticorrupción* dispose de moins de pouvoirs pour enquêter sur la situation économique d'un suspect, y compris les renseignements bancaires, qu'un autre parquet spécialisé, le Bureau spécial du Procureur de l'État pour la prévention et la répression du trafic de stupéfiants (ADPO). L'article 18 bis de la Loi 50/1981 du 30 décembre 1981, adoptant le statut organique du ministère public (*Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, EOMF), confère expressément à

²⁰ Un représentant de la *Fiscalía Anticorrupción* a indiqué que des procureurs supplémentaires avaient été récemment nommés comme « délégués » de cet organisme dans des bureaux ordinaires du ministère public répartis dans diverses régions et villes, y compris les Baléares, Alicante et Málaga.

²¹ Voir *Vicente Gimeno Sendra, Derecho Procesal Penal* (Colex 2004) p. 286.

l'ADPO le pouvoir d'enquêter sur la situation économique du suspect en exigeant la production de renseignements en provenance d'organisations et d'entreprises publiques et privées, tandis que l'article 18 ter de la même EOMF — qui s'applique à la *Fiscalía Anticorrupción* — ne contient aucune disposition similaire. Un rapport du GRECO a soulevé cette question et recommandé de conférer à la *Fiscalía Anticorrupción* des pouvoirs analogues à ceux de l'ADPO ; un rapport postérieur de conformité du GRECO estime que cette recommandation a été convenablement traitée par l'Espagne, car la *Fiscalía Anticorrupción* est parvenue à exercer effectivement lesdits pouvoirs — bien que ceux-ci ne lui aient pas été formellement conférés — en tirant partie de la présence en son sein d'un personnel originaire de divers organismes²². En outre, les juges peuvent obtenir des renseignements auprès des institutions financières.

55. Les représentants des banques et ceux de la police ont indiqué qu'en pratique les banques invoquent le plus souvent des dispositions constitutionnelles pour justifier leur refus de communiquer des renseignements bancaires aux procureurs. Les banques se fondent fréquemment sur l'article 18 de la Constitution qui reconnaît le droit à la vie privée. Cependant, ledit droit n'est pas absolu, puisque la Constitution autorise la rédaction de lois remettant en cause le droit au respect de la vie privée lorsqu'une telle ingérence va dans l'intérêt public. Les examinateurs relèvent aussi que de nouveaux textes de loi aux effets encore incertains continuent à être adoptés dans le domaine du secret bancaire. Par exemple, les Réponses (paragraphe 17) indiquent que le secret bancaire a été « introduit en Espagne par la Loi du 22 novembre 2002 sur les mesures réformant le système financier (*Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*) ». Cette loi ajoute au texte de la Loi sur la discipline et l'intervention des établissements de crédit (*Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*) une disposition exigeant des établissements concernés qu'ils respectent le caractère confidentiel des renseignements relatifs à leurs clients²³. En dehors du consentement du client lui-même, la seule exception expresse concerne les cas où la loi exige la divulgation, sans que le ministère public et la *Fiscalía Anticorrupción* ne soient spécifiquement mentionnés.

56. Il semble donc que plusieurs dispositions d'une portée incertaine puissent être invoquées par les banques pour s'opposer à la communication de renseignements. Les Réponses (paragraphe 7.2) mentionnent généralement des difficultés liées au délai requis pour obtenir des renseignements auprès des banques. Interrogé sur la pratique réelle dans le contexte des diverses règles en vigueur, un représentant de rang élevé du ministère public a précisé pendant la mission sur place que la loi ne distingue pas entre la *Fiscalía Anticorrupción* et les procureurs ordinaires concernant le secret bancaire, mais qu'en pratique les banques coopèrent plus facilement avec la première tandis qu'elles exigent des seconds une ordonnance judiciaire. Ce constat a été confirmé par la police et les procureurs ordinaires. En règle générale, les représentants de la police ont indiqué qu'à condition de faire l'objet d'un suivi actif les demandes de renseignements adressées aux banques sont satisfaites dans un délai de trois semaines à un mois. Le caractère incertain des textes applicables provoque aussi des négociations quant à la portée des renseignements devant être communiqués. Les examinateurs principaux ont relevé que les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción*, durant la mission sur place, se sont déclarés généralement satisfaits de l'étendue de leurs pouvoirs d'enquête y compris ceux visant l'obtention de renseignements bancaires.

57. Concernant les renseignements fiscaux, l'article 95 de la Loi 58/2003 pose le principe fondamental que les renseignements fiscaux sont confidentiels et peuvent uniquement être utilisés à des

²² Voir GRECO, Premier cycle d'évaluation sur l'Espagne, 11-15 juin 2001, GRECO Eval I Rep (2001) 1E (Final) paragraphe 91-91, 140(x) ; GRECO, Premier cycle d'évaluation, Rapport de conformité sur l'Espagne, 17 octobre 2003, GRECO RC-I (2003) 7E, paragraphes 46 à 49.

²³ Voir la Loi 26/1988, première Disposition supplémentaire, introduite par la Loi 44/2002. En outre, la Loi organique 15/99 du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel est pertinente, même si elle prévoit une exemption expresse en faveur, notamment, du ministère public et des juges.

fins fiscales. Des exceptions autorisent la coopération avec des juges ou le ministère public (une fois l’instruction ouverte), d’autres organismes fiscaux et la cellule de renseignements financiers (SEPBLAC). En règle générale, toutefois, seuls les agents des impôts peuvent avoir accès aux renseignements fiscaux en l’absence d’une enquête judiciaire en cours. Toutefois, la *Fiscalía Anticorrupción* dispose d’une liaison directe – par le biais de l’unité de contrôleurs des impôts qui lui est affectée – à la base de données nationale du contrôle des impôts qui contient des détails sur les déclarations d’impôt de toutes les personnes physiques et morales résidant en Espagne remplies au cours des six dernières années. Les procureurs ont relevé que la quasi-totalité des affaires traitées par la *Fiscalía Anticorrupción* requiert un accès aux renseignements fiscaux dans le cadre de l’enquête ; au cours de la phase préliminaire de cette enquête, les agents des impôts travaillant pour la *Fiscalía Anticorrupción* peuvent obtenir les renseignements requis. En revanche, pour accéder à ces renseignements, les procureurs ordinaires doivent attendre l’ouverture d’une action judiciaire. Le ministère public étudie donc actuellement la possibilité de garantir à ses autres unités un accès aux renseignements fiscaux.

58. Les autorités répressives espagnoles semblent avoir très peu recours à la protection des témoins dans les affaires de corruption. Il semble que certains progrès aient été enregistrés dans ce domaine en ce sens que les témoins peuvent témoigner anonymement devant les tribunaux dans certaines circonstances et que les prétoires ont été aménagés à cette fin. Toutefois, le représentant d’une ONG a indiqué que la nouvelle loi relative à cette question n’est en fait utilisée que dans les affaires de terrorisme et de drogue. Les représentants de la police ont reconnu ne recourir que rarement à des informateurs, notamment parce que les intéressés désirent généralement conserver l’anonymat. Le rapport GRECO I, daté de 2000, relève lui aussi que la *Fiscalía Anticorrupción* n’a jamais utilisé les mécanismes de protection des témoins.

Commentaire :

Les examinateurs considèrent qu’une approche centrée sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique – reposant notamment sur un parquet et des unités de soutien spécialisés – comporte de nombreux avantages. Les examinateurs principaux relèvent qu’en pratique, la Fiscalía Anticorrupción dispose de plusieurs avantages importants, par rapport aux procureurs ordinaires, concernant des ressources et des pouvoirs d’enquête particulièrement utiles dans les affaires de corruption transnationale.

Les examinateurs principaux considèrent que l’accès aux renseignements financiers est capital pour pouvoir enquêter efficacement sur des affaires de corruption transnationale. Les examinateurs relèvent que des différences existent entre les articles 18 bis et 18 ter de l’EOMF et que de nouveaux textes de loi continuent à être adoptés dans le domaine du secret bancaire. Ils notent que la Fiscalía Anticorrupción semble généralement satisfaite de son accès officieux – mais non officiellement consacré par la loi – aux renseignements bancaires et économiques relatifs aux suspects ; ils relèvent également que les juges peuvent requérir la production de renseignements financiers.

Les examinateurs recommandent à l’Espagne d’explorer le recours aux programmes de protection de témoins dans le contexte des affaires de corruption transnationale.

c) *Attribution des affaires de corruption transnationale aux procureurs : recours au critère de « l’importance particulière » pour fonder la compétence de la Fiscalía Anticorrupción*

59. Comme on l’a vu, les examinateurs principaux estiment que la *Fiscalía Anticorrupción* jouit d’avantages considérables par rapport aux procureurs ordinaires dans le cadre des poursuites des infractions de corruption transnationale. Parallèlement, ils relèvent que la plupart des enquêtes visant des affaires de corruption nationale sont menées par des procureurs ordinaires et non par la *Fiscalía*

Anticorrupción, cette dernière n'intervenant en règle générale que dans les affaires les plus importantes. Par exemple, en 2003 la *Fiscalía Anticorrupción* a enquêté sur cinq affaires de corruption nationale et les procureurs ordinaires sur quatre-vingts²⁴. Les examinateurs ont donc étudié les critères d'attribution des affaires de corruption transnationale aux procureurs et plus particulièrement à ceux de la *Fiscalía Anticorrupción*.

60. L'article 18 ter de l'EOMF établit une liste d'infractions dont la *Fiscalía Anticorrupción* peut avoir la compétence d'enquête et de poursuites. Cette liste inclut à la fois les délits économiques et les infractions de corruption suivants : corruption (*cohecho*) et exercice d'une influence indue, fraude et extorsion. Les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont confirmé que la référence à la corruption englobe la corruption transnationale. Toutefois, l'article 18 ter de l'EOMF prévoit aussi que les infractions concernées doivent non seulement figurer dans la liste de l'article 18 ter, mais aussi revêtir une « importance particulière » au sens conféré à ce terme par le FGE.

61. Le FGE a publié en 1996 une Instruction relative au critère de l'importance particulière et à l'application de l'article 18 ter²⁵. Le paragraphe III.a de ce document définit certain type d'affaires revêtant *prima facie* une importance particulière et dont la *Fiscalía Anticorrupción* peut se saisir sans autorisation spéciale du FGE. Pour les autres affaires répertoriées dans la liste de l'article 18 ter de l'EOMF, le FGE doit décider au cas par cas si elles revêtent une importance particulière avant que la *Fiscalía Anticorrupción* puisse ouvrir une enquête. Les éléments d'appréciation mentionnés dans l'Instruction sont purement indicatifs et le FGE peut discrétionnairement estimer qu'une affaire doit (ou ne doit pas) faire l'objet d'une enquête ou de poursuites menées par la *Fiscalía Anticorrupción*. Le FGE et la *Fiscalía Anticorrupción* appliquent également un seuil informel d'environ 600 000 EUR pour déterminer si une affaire donnée revêt une importance particulière. Toutefois, les procureurs ont souligné que ce seuil de valeur constitue uniquement une indication sommaire et que des affaires portant sur une somme plus petite peuvent également être considérées comme particulièrement importantes.

62. Il semble que la plupart des affaires de corruption transnationale requièrent pour le moment une décision individuelle du FGE concernant leur importance particulière avant de tomber sous la compétence de la *Fiscalía Anticorrupción*. A l'exception d'une référence aux fraudes portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE, aucune des catégories définies dans l'Instruction ne semble nécessairement englober les affaires de corruption transnationale et aucune consigne spéciale n'a été donnée concernant cette infraction depuis l'adoption de la Loi relative à la corruption transnationale en 2000²⁶.

63. Les examinateurs principaux notent que la référence générale à la corruption dans l'article 18 ter de l'EOMF devrait permettre au FGE de désigner, dans une instruction, les affaires de corruption transnationale (en dehors des affaires mineures) comme revêtant une importance particulière, ce qui entraînerait un traitement prioritaire et contribuerait à la sensibilisation à cette infraction. Une telle

²⁴ Voir GRECO, Deuxième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation sur l'Espagne, 17-20 mai 2005 (GRECO EVAL II Rep (2004) 7E) paragraphe 21.

²⁵ Voir l'Instruction n° 1/1996 du FGE en date du 15 janvier 1996.

²⁶ L'Instruction ne mentionne pas les affaires concernant la corruption d'agents publics étrangers. Elle prévoit qu'une affaire portant sur un délit prétendument commis par un haut fonctionnaire espagnol (« *alto cargo* » au sens prêté à ce terme par une loi séparée de 1995) constituerait *prima facie* une affaire revêtant une importance particulière. Toutefois, l'Instruction se limite aux infractions commises par ces fonctionnaires et ne mentionne pas la corruption active de ces fonctionnaires par des tiers. Elle englobe certaines fraudes sans mentionner spécifiquement la corruption. Il est permis de penser que la corruption active d'agents de l'UE ferait partie des fraudes portant atteinte aux intérêts économiques de l'Union européenne qui constituent une catégorie d'affaires revêtant une importance particulière (à moins qu'elles ne visent une affaire mineure).

initiative permettrait aussi à la *Fiscalía Anticorrupción* d'ouvrir une instruction sans décision individuelle du FGE, limitant ainsi le risque que l'on prenne en considération des facteurs interdits par l'article 5 de la Convention. Les examinateurs principaux estiment que le personnel des autorités répressives est conscient de la nécessité de signaler les faits ayant trait à des affaires de corruption nationale importantes à la *Fiscalía Anticorrupción* en raison notamment de la notoriété et du prestige dont jouit ce parquet. Ils estiment qu'en donnant des indications plus précises – au moyen d'une instruction appropriée – sur l'importance particulière des affaires de corruption transnationale, le FGE pourrait s'assurer que toutes les affaires importantes de corruption transnationale sont, elles aussi, transmises pour examen à la *Fiscalía Anticorrupción*.

64. Les examinateurs notent que, depuis 1996, plusieurs propositions ont été formulées en vue d'élargir la compétence de la *Fiscalía Anticorrupción*. Par exemple, en 2003, le gouvernement a suggéré d'étendre cette compétence à toute une série d'infractions relevant de la criminalité organisée, mais cette proposition controversée n'a pas été retenue et la liste de l'article 18 ter est demeurée inchangée. Un procureur de la *Fiscalía Anticorrupción* a indiqué que la compétence de ce parquet avait été récemment étendue aux affaires de blanchiment de capitaux par une décision du FGE n'ayant pas encore été reprise dans une instruction.

65. Après la mission sur place, l'Espagne a indiqué que le FGE publierait très bientôt une nouvelle instruction devant remplacer celle de 1996 et conférant à la *Fiscalía Anticorrupción* le pouvoir d'enquêter sur les affaires de corruption transnationale sans décision individuelle préalable du FGE. Les examinateurs saluent ce changement important qui devrait contribuer à garantir des enquêtes et des poursuites efficaces dans ce type d'affaires. Ils encouragent aussi le gouvernement à saisir cette occasion pour présenter la corruption transnationale comme une infraction revêtant une importance particulière et pour annoncer son intention d'appliquer la loi.

66. La *Fiscalía Anticorrupción* peut se saisir ou se dessaisir à tout instant d'une affaire. Pendant la mission sur place, par exemple, son procureur en chef a ordonné que tous les rapports faisant état de certaines allégations de corruption nationale soient transmis à son parquet pour que celui-ci décide de l'opportunité d'ouvrir une enquête. Dans les instances où la *Fiscalía Anticorrupción* n'est pas compétente ou ne désire pas exercer sa compétence, l'affaire est confiée au procureur géographiquement compétent.

Commentaire :

Les examinateurs principaux saluent la décision des autorités espagnoles conférant à la Fiscalía Anticorrupción le pouvoir d'enquêter sur toute affaire de corruption transnationale (en dehors des affaires mineures) sans devoir obtenir au préalable et au cas par cas une décision du FGE. Les examinateurs principaux prient instamment le gouvernement d'affecter à la Fiscalía Anticorrupción les ressources supplémentaires requises par l'élargissement de sa compétence. En outre, tout en reconnaissant le besoin de conférer une certaine souplesse aux règles de répartition des affaires entre les divers parquets, ils encouragent vivement le gouvernement à s'assurer que la Fiscalía Anticorrupción continue à porter une attention particulière à la corruption. Les examinateurs recommandent au Groupe de travail de procéder à un suivi de la question de la compétence en matière d'enquêtes et de poursuites portant sur des cas de corruption transnationale.

2. Introduction et conduite d'une instance

a) *Incertitude entourant les procédures applicables aux affaires de corruption transnationale*

67. L'Espagne a introduit les procès devant jury pour certaines infractions en 1995 ; selon certains commentateurs, les instances concernées sont soumises à nombre de procédures échappant au droit commun, ce qui provoque de sérieux retards judiciaires²⁷. En réponse aux questions posées lors de la mission sur place, plusieurs participants au panel, y compris un juge expérimenté, ont reconnu qu'on ne pouvait pas savoir avec certitude si les affaires de corruption transnationale – telle que cette infraction est définie à l'article 445 du Code pénal – feraient l'objet d'un procès devant jury en vertu de la Loi organique sur les procès devant jury pertinente ; par ailleurs, ce thème ne paraît pas avoir encore été abordé par la doctrine.

68. La liste des infractions devant faire l'objet d'un procès devant jury – telle qu'elle figure à l'article 1.2 de la Loi organique sur les procès devant jury – a suscité de vifs débats avant l'adoption de ladite loi en 1995 ; l'article 1.2 mentionne spécifiquement les affaires « de corruption (articles 419 à 426 du Code pénal) », à savoir la corruption nationale active ou passive, mais pas les délits économiques tels que la fraude ou le détournement de fonds. La liste des infractions devant faire l'objet d'un procès devant jury n'a pas été modifiée lors de l'introduction de l'infraction de corruption transnationale (article 445 du Code pénal) en 2000 et, comme certains participants au panel l'ont noté, ce type d'affaires ne semblerait donc pas devoir être jugé par un jury. Toutefois, l'article 445 du Code pénal prévoit que la corruption transnationale est passible des sanctions prévues à l'article 423 du même Code (relatif à l'infraction de corruption nationale active) qui figure, lui, sur la liste de la Loi organique. Comme certains participants aux panels l'ont reconnu, on ne sait pas vraiment si ce lien entre les deux articles suffit à imposer l'organisation d'un procès avec jury dans les affaires de corruption transnationale en dépit de l'absence de toute mention spécifique de l'article 445. Après la mission sur place, les autorités espagnoles ont soutenu que les affaires de corruption transnationale ne doivent pas faire l'objet d'un procès devant jury, dans la mesure où l'article 1.2 de la Loi organique ne mentionne pas explicitement l'article 445 : c'est une interprétation certes raisonnable, mais qui ne permet pas – selon divers participants au panel – d'écarter d'autres interprétations apparemment tout aussi raisonnables.

69. Certains participants au panel ont indiqué qu'une erreur judiciaire initiale concernant la question de savoir si une infraction mérite un procès devant jury n'aurait pas nécessairement de conséquences trop graves, dans la mesure où elle pourrait être réparée dans un sens ou dans l'autre sans trop de difficultés à l'issue de la décision rendue en appel. Toutefois, l'incertitude entourant les procédures applicables crée un fardeau supplémentaire pour le procureur. En vue d'éviter d'entrer dans des complications superflues, la discussion qui suit décrit en termes généraux les procédures relatives aux affaires n'étant pas jugées par un jury. Les examinateurs principaux se réservent d'exprimer une opinion sur l'opportunité des procès devant jury pour les affaires de corruption transnationale.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent à l'Espagne de préciser sa législation afin de mettre fin à l'incertitude concernant la question de savoir si les affaires de corruption transnationale doivent être jugées par un jury.

²⁷ Voir Sendra, p. 798 à 799.

b) *Engagement de l'instance*

70. La législation espagnole prévoit toute une série de méthodes permettant d'engager une procédure pénale. Une instance commence d'habitude par un simple signalement (*denuncia*) ou une plainte pénale en vertu de laquelle le plaignant se mue en partie (*querrela*). Les signalements peuvent être déposés auprès de la police, d'un procureur ou d'un juge. Un procureur peut également engager une procédure de sa propre initiative et des instances importantes ont notamment débuté à la suite d'une réaction du ministère public ou de la *Fiscalía Anticorrupción* réagissant à des articles parus dans la presse. Les infractions impliquant des actes de corruption ne requièrent pas le dépôt d'une plainte par un particulier (à l'exception possible des affaires devant être jugées par un jury, voir plus loin).

71. L'Espagne applique le principe de la légalité des poursuites, conformément à l'EOMF et aux articles 100 et 105 de la LECrim. Les défauts intentionnels d'engagement de poursuites peuvent être sanctionnés, en vertu de l'article 408 du Code pénal, par une suspension des titulaires d'une charge publique pendant 6 à 24 mois. La législation espagnole autorise aussi les victimes, y compris des personnes physiques ou morales étrangères, à engager une action civile.

72. Nombre de participants à la mission ont souligné que le FGE exerce un contrôle hiérarchique étroit sur le ministère public et notamment sur la *Fiscalía Anticorrupción*. Dans certains cas, cette dernière a apparemment eu du mal à engager une procédure lorsque le FGE ne partageait pas son avis sur la nécessité de poursuivre. A cet égard, il convient de noter que la Constitution espagnole confère un droit étendu aux particuliers d'engager une procédure pénale dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler une *acción popular*. Cette action n'exige pas du plaignant qu'il soit victime de l'infraction alléguée mais uniquement qu'il soit un citoyen espagnol (n'exerçant pas les fonctions de juge) doté de la capacité juridique et n'ayant pas déjà été condamné à deux reprises pour poursuite abusive. Traditionnellement, le droit d'engager une *acción popular* ne s'étend pas aux personnes morales, mais une jurisprudence récente a modifié cette interprétation²⁸. Dans plusieurs affaires retentissantes, des particuliers ou des associations (notamment de consommateurs) ont exercé leur droit d'intenter des poursuites privées, y compris dans une instance où, selon le procureur en chef de la *Fiscalía Anticorrupción* à l'époque, le FGE avait rejeté — sur la base d'une évaluation selon laquelle les faits ne révélaient pas la commission d'un délit — une demande de la *Fiscalía Anticorrupción* d'engager une procédure devant un juge après un important travail d'investigation²⁹. Comme l'a indiqué l'un des participants aux panels, un nombre significatif de poursuites en matière de corruption en Espagne ont débuté par une action judiciaire intentée par des particuliers. Il apparaît que la *Fiscalía Anticorrupción* a été autorisée ensuite à se joindre à ces actions privées, même dans des instances où son propre engagement de la procédure avait été contesté. Le droit d'engager une *acción popular* ne s'étend pas aux ressortissants étrangers ni vraisemblablement aux sociétés étrangères. Toutefois, étant donné la portée de l'*acción popular*, cet obstacle pourrait peut-être être surmonté par les associations ou ONG espagnoles s'intéressant à la corruption transnationale.

²⁸ Voir Sendra, p. 156 et 256.

²⁹ Voir Carlos Jiménez Villarejo, *El Mundo* (5 juillet 2004), p. 22. Le dossier ne contenait aucune allégation de corruption.

73. De plus, un commentateur a noté que l'article 24 paragraphe 1 de la Loi sur les procès devant jury exige dans certains cas que l'instance soit engagée par une « partie »³⁰. Cette condition pourrait apparemment exclure la possibilité pour un procureur ou un juge d'engager d'office une procédure dans les affaires dont il s'avère qu'elles doivent être jugées par un jury : une preuve supplémentaire qu'il conviendrait de clarifier la question de l'applicabilité de ladite loi aux infractions de corruption transnationale.

Commentaire :

Les examinateurs principaux notent que le FGE exerce un contrôle hiérarchique étroit sur la Fiscalía Anticorrupción et les procureurs en général. Ils considèrent que le droit extrêmement étendu d'engager des poursuites privées peut constituer une garantie importante dans ce domaine. Ils recommandent au Groupe de travail de procéder à un suivi de la question des poursuites dans les affaires de corruption transnationale et du rôle du FGE.

c) Enquête initiale du ministère public

74. Avant d'engager une procédure judiciaire, le ministère public peut enquêter dans le cadre d'une phase désignée sous le nom d'enquête du ministère public (*diligencias informativas*). En 2003, l'article 5 de l'EOMF a été modifié en vue de fixer deux limites importantes à ce pouvoir des parquets y compris de la *Fiscalía Anticorrupción*. Premièrement, la durée de l'enquête ne peut pas dépasser six mois à compter de la date de réception de la plainte, à moins qu'une prorogation n'ait été octroyée par un décret et avis du FGE. Ce changement controversé a notamment été qualifié de tentative de limitation des pouvoirs conférés à la *Fiscalía Anticorrupción*³¹. Pendant la mission sur place, un procureur de ce parquet a d'ailleurs indiqué que si une période de six mois est raisonnable et suffit dans les affaires courantes, elle s'avère généralement trop courte dans nombre d'affaires soumises à la *Fiscalía Anticorrupción* et souvent caractérisées par leur complexité et leurs ramifications internationales ; le même procureur a néanmoins fait observer que ce changement n'a pas jusqu'à présent causé de gros problèmes, dans la mesure où il est possible d'obtenir plusieurs prorogations successives et où le FGE a toujours répondu favorablement aux demandes en ce sens.

75. Pendant la mission sur place, les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* se sont déclarés beaucoup plus préoccupés par l'incidence du deuxième changement apporté aux enquêtes du ministère public. L'article 5 de l'EOMF a en effet aussi été modifié afin d'imposer la condition suivante : au cours de l'enquête initiale, le procureur doit enregistrer la déclaration du suspect qui doit être représenté par un conseil et qui a le droit d'exiger la communication du dossier. En vertu de ces nouvelles règles, il n'est donc pas possible pour le procureur de préserver le secret de l'enquête initiale. Les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont reconnu que ces règles peuvent paraître raisonnables dans les autres types d'affaires, mais ont aussi souligné que l'obligation d'informer le suspect – dès la phase d'enquête initiale – dans une affaire de délit économique ou de corruption et de communiquer le dossier complet à l'intéressé pourrait sérieusement porter atteinte à l'efficacité des investigations³². Certains représentants de la police

³⁰ Voir Sendra p. 799 (notant que la formulation de l'article 24.1 de la Loi sur les procès devant jury exige apparemment la constitution d'une partie à l'instance et exclut l'engagement d'office d'une procédure).

³¹ Voir notamment les débats des *Cortes Generales*, session n° 96, 28 avril 2003, p. 23871.

³² Les victimes et les plaignants ne semblent pas bénéficier du moindre droit d'accès au dossier pendant cette phase, même si, comme nous l'avons indiqué, le procureur est tenu – s'il décide de ne pas soumettre l'affaire à un juge – de les informer de leur droit de déposer une plainte directement devant un juge d'instruction (voir Sendra p. 285).

ont relevé que les enquêtes de police ne sont pas assujetties à l'article 5 et peuvent parfois durer très longtemps, particulièrement dans les affaires de corruption ; d'aucuns pourraient craindre par conséquent de voir la police s'abstenir d'informer les procureurs de l'ouverture ou des progrès de certaines enquêtes.

76. A la suite d'une enquête du ministère public, le procureur peut demander à un magistrat d'ouvrir une enquête judiciaire, de lui fournir tous les éléments de preuve obtenus jusque là et de mettre à sa disposition le détenu et les produits éventuels de l'infraction. Une fois la procédure judiciaire engagée (à la demande du ministère public ou d'une partie privée ou bien par un autre moyen), le procureur doit mettre un terme à l'enquête du ministère public. Autre cas de figure, si le procureur, une fois l'enquête du ministère public terminée, estime ne pas disposer de suffisamment de preuves pour établir la commission d'une infraction pénale, il peut classer ou clore le dossier. Dans ce cas, le procureur doit informer de sa décision la ou les personnes qui se sont plaintes d'avoir été victimes de l'infraction afin qu'elles aient la possibilité de réitérer leur accusation devant le juge chargé du dossier [voir l'article 773 paragraphe 2 de la LECrim]. En l'absence d'un plaignant ou d'une victime identifiée, il est théoriquement possible que personne ne puisse être prévenu de l'éventualité du classement sans suite du dossier. Les autorités espagnoles soulignent que de tels cas sont généralement rares, mais peuvent se produire dans des instances portant sur des actes de corruption transnationale introduites sur la base de rapports des médias.

77. Les procureurs, y compris ceux de la *Fiscalía Anticorrupción*, sont tenus de tenir informé le FGE des progrès des affaires les plus importantes et le FGE peut leur donner des instructions concernant telle ou telle instance. Le FGE a comparu devant la Commission de la Justice et de l'Intérieur du Parlement pour expliquer l'action de ses services dans des affaires importantes et ses relations avec la *Fiscalía Anticorrupción*, ainsi que ces interventions, retiennent fréquemment l'attention soutenue de la presse.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent à l'Espagne de réexaminer la règle exigeant que le suspect soit informé pendant l'enquête initiale portant sur des allégations de corruption transnationale, dans la mesure où cette pratique risque de nuire à l'efficacité des enquêtes et notamment de celles menées par la Fiscalía Anticorrupción. Les examinateurs principaux recommandent aussi le suivi de la question du délai de six mois imposé aux enquêtes du ministère public afin de vérifier que celui-ci ne limite pas excessivement les enquêtes visant des cas de corruption transnationale et n'empêche pas le signalement aux procureurs des enquêtes de police dans lesdites affaires.

d) Phase judiciaire

78. En Espagne, la justice est rendue par le pouvoir judiciaire composé de tribunaux (*Juzgados*), comptant un seul juge et de Cours (*Tribunales*) comptant au moins trois magistrats. L'administration de la justice est régie par la Constitution (articles 117 à 127) et par la Loi organique relative au pouvoir judiciaire (*Ley Orgánica del Poder Judicial*, LOPJ)³³. Les Cours provinciales (*Audiencias Provinciales*) sont des juridictions collégiales siégeant dans la capitale de chaque province et chargées de juger les affaires (autres que celles attribuées aux Cours centrales) dans laquelle l'accusé encourt une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans. Ces Cours entendent également les appels formés contre des sentences et des décisions rendues par des juridictions inférieures. Les tribunaux pénaux locaux se

³³ L'appareil judiciaire est dirigé par le Conseil général du pouvoir judiciaire (*Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ) : c'est un organe indépendant responsable du recrutement et de la nomination des juges, de leur formation, de leur carrière et des décisions disciplinaires les concernant sur l'ensemble du territoire espagnol. Le CGPJ n'exerce aucune fonction judiciaire. Il est présidé par le président de la Cour suprême et composé de vingt membres nommés par les chambres haute et basse du Parlement.

composent d'un seul juge habilité à connaître des affaires dans lesquelles l'accusé encourt une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans. La Cour nationale (*Audiencia Nacional*) siège à Madrid et sa compétence s'étend à une série d'infractions passibles de lourdes peines et commises sur le territoire national ou d'infractions graves commises hors d'Espagne (voir plus bas)³⁴.

79. Dès lors qu'un juge intervient, le processus judiciaire pénal espagnol connaît généralement trois étapes : l'enquête judiciaire (*diligencias previas*), la préparation du procès oral et le procès oral. La première étape est supervisée par un juge d'instruction chargé d'enquêter sur le délit, ses circonstances, ses auteurs et d'autres caractéristiques liées à l'infraction. La deuxième étape peut être supervisée par le même magistrat ou par une Cour provinciale de trois juges. Dans les affaires de corruption transnationale, le statut du juge d'instruction peut revêtir une importance particulière et les examinateurs principaux ont donc analysé les règles régissant l'attribution des affaires de corruption transnationale à de tels magistrats. Les dossiers des affaires soumises aux Cours provinciales et aux Cours pénales locales sont tous préparés par un juge d'instruction local (*Juzgado de instrucción*). Les dossiers des affaires soumises à la Cour nationale sont préparés par un juge d'instruction central (*Juzgado central de instrucción*) dont le ressort s'étend à toute l'Espagne³⁵.

80. La compétence *rationae materiae* de la Cour nationale en matière de corruption transnationale s'appuie sur deux fondements principaux. Premièrement, bien que sa compétence n'englobe pas spécifiquement la corruption, cette juridiction a le pouvoir de connaître des délits économiques graves dans le secteur privé ainsi que des questions connexes. Un procureur de la *Fiscalía Anticorrupción* a estimé que, pour se saisir d'une allégation de corruption transnationale, la Cour nationale exigerait que ladite affaire soit liée à d'autres infractions relevant de sa compétence : les affaires concernant uniquement des faits de corruption transnationale doivent être entendues par une Cour pénale locale ou une Cour provinciale et l'enquête judiciaire menée par un juge d'instruction local. Deuxièmement, la compétence de la Cour nationale englobe également « les infractions commises hors du territoire national espagnol lorsque, en vertu de dispositions légales ou d'un traité international, elles doivent être entendues par les tribunaux espagnols » [voir l'article 65 paragraphe 1 (e) de la LOPJ]. La compétence fondée sur la nationalité est établie par l'article 23.2 de la LOPJ (voir plus bas la section consacrée à la compétence).

81. Les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont relevé, lors de la mission sur place, qu'en raison de la nature des affaires dont ils s'occupent, ils confient le plus souvent ces dernières à un juge d'instruction central qui peut préparer le dossier en vue de le soumettre à la Cour nationale. Cependant, ces procureurs n'ont pas exprimé de préférence marquée pour la Cour nationale par rapport aux Cours locales. Questionnés à propos de l'impact potentiel de la compétence des magistrats et des Cours locaux en matière de corruption transnationale, ils ont fait valoir que les juges d'instruction centraux certes très qualifiés et dotés de larges pouvoirs — ne sont qu'au nombre de six et que chacun d'entre eux doit déjà s'occuper d'une pléthore d'affaires de terrorisme et de trafic de stupéfiants. Les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont précisé que, dans certaines affaires, il pouvait s'avérer plus facile d'engager des poursuites devant une Cour locale davantage en mesure que la Cour nationale d'accorder au dossier toute l'attention judiciaire qu'il mérite. Il reste cependant difficile de savoir si le traitement d'une affaire confiée à un procureur et un juge locaux risquerait de pâtir de la portée limitée des pouvoirs de ces acteurs. De plus, il est permis de douter que les Cours locales disposeraient de l'expertise et des ressources requises pour connaître d'une affaire complexe ; un juge d'instruction local travaillant à Madrid a indiqué que chaque juge dans son ressort traite environ 7 000 affaires par an et que, personnellement, il n'avait été saisi

³⁴ Une deuxième Cour dotée d'une compétence nationale, la Cour pénale centrale, est compétente pour juger les mêmes types d'affaires que ceux tombant sous la juridiction de la Cour nationale dès lors que l'infraction concernée est passible d'une peine maximale inférieure à cinq ans. Par commodité, le texte du présent rapport mentionne uniquement la Cour nationale.

³⁵ Voir Sendra p. 122.

jusqu'à présent que d'une seule affaire de corruption. Lorsque les poursuites engagées devant une Cour locale sont confiées à un procureur de la *Fiscalía Anticorrupción*, ce dernier est en mesure – grâce à ses larges pouvoirs et à sa grande expérience – d'aider à pallier ces limites.

82. Les procureurs et les juges ont indiqué qu'en pratique les procureurs jouent encore fréquemment un rôle central pendant l'enquête judiciaire, notamment en raison des ressources judiciaires limitées des Cours. Certains commentateurs, notamment un magistrat nommé par la suite membre de la Cour suprême, ont fait valoir que le déclin du rôle du juge d'instruction et l'accroissement correspondant de la dépendance à l'égard des procureurs soulèvent des préoccupations d'ordre général quant aux poursuites dans les affaires politiquement sensibles, en raison de la subordination du ministère public et de la *Fiscalía Anticorrupción* au FGE.³⁶

83. Lorsqu'il a terminé son enquête préliminaire (*diligencias previas*), le juge peut décider entre autres : (1) de classer l'affaire (*sobreseimiento*) pour manque de preuves ou parce que les faits ne révèlent pas la commission d'un délit ; ou (2) de rendre une décision formelle ouvrant la phase intermédiaire de la procédure (préparation de la phase orale). La phase intermédiaire peut, elle aussi, déboucher sur le déferrement du dossier à la juridiction compétente en vue de la phase orale ou sur le classement de l'affaire par le juge (ces procédures pouvant différer lorsque l'affaire est supposée être jugée par un jury).

84. La procédure pénale espagnole prévoit une forme de procédure de transaction connue sous le nom de *conformidad*. Elle s'applique généralement aux situations dans lesquelles l'accusé et l'avocat de la défense acceptent la sanction la plus lourde réclamée par le procureur (que celui-ci soit membre du ministère public ou de la *Fiscalía Anticorrupción* ou simple procureur ordinaire). Le règlement résulte parfois d'un acte unilatéral de la défense, mais diverses dispositions autorisent une certaine forme de négociation concernant la sanction maximale réclamée avant l'acceptation de cette dernière. (Voir Sendra p. 620-21.) Le juge a généralement le pouvoir de refuser un règlement et d'ordonner la poursuite de la procédure.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent aux autorités espagnoles de poursuivre leurs efforts en vue d'affecter des ressources permettant d'instruire et de faire juger efficacement les affaires de corruption transnationale par les tribunaux compétents.

3. Entraide judiciaire et extradition

a) Entraide judiciaire

85. En Espagne, l'entraide judiciaire est principalement régie par des traités et les dispositions générales de la LECrim et des articles 276-78 de la LOPJ. L'Espagne est partie à plusieurs conventions multilatérales d'entraide judiciaire, y compris la Convention européenne de 1959 et son Protocole additionnel de 1978³⁷ et la Convention du 19 juin 1990 mettant en œuvre l'Accord de Schengen du 14 juin 1985. L'Espagne a aussi conclu des traités bilatéraux avec divers pays. Les traités d'entraide

³⁶ Voir Perfecto Andrés Ibañez, « L'Espagne : Les organes centralisés de poursuite pénale. Analyse d'un problème », disponible à l'adresse <http://www.cidadevirtual.pt/asjp/medel/perfecto.html#>. L'auteur relève que la tendance générale à la réduction du rôle des juges d'instruction au profit des procureurs est masquée par le rôle des six juges d'instruction centraux près la Cour nationale qui ont la responsabilité d'un grand nombre d'affaires très médiatisées à la fois au niveau national et international.

³⁷ Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959 et son Protocole additionnel du 17 mars 1978.

judiciaire en vigueur en Espagne sont directement applicables et ne requièrent pas une loi ou d'autres mesures de mise en œuvre. Un certain nombre de décisions cadre adoptées par le Conseil de l'Union européenne revêtent également une grande importance concernant l'entraide judiciaire en Espagne – comme dans les autres pays membres de l'UE – notamment en ce qui concerne les saisies et confiscations. En l'absence d'un traité, l'entraide judiciaire est soumise à une condition de réciprocité évaluée par le ministère de la Justice en vertu de l'article 278 de la LOPJ.

86. Les principales institutions concernées par l'entraide judiciaire incluent le ministère de la Justice, le ministère public (y compris la *Fiscalía Anticorrupción*), les tribunaux et la police. Le ministère de la Justice, le Conseil général du pouvoir judiciaire (CGPJ) et le ministère public ont récemment publié un guide de 100 pages (*Prontuario*) en la matière. Cet ouvrage décrit le fonctionnement du système et l'application dans ce domaine des nombreux traités pertinents. Il commente à la fois les traités spécifiques à l'entraide judiciaire et d'autres instruments — tels que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée — incluant des dispositions en la matière. Au moment de la mission sur place, la Convention de l'OCDE n'était pas mentionnée, mais le *Prontuario* a depuis lors été actualisé et cette lacune réparée.

87. Les procureurs et en particulier ceux de la *Fiscalía Anticorrupción* peuvent à la fois formuler et exécuter de nombreuses demandes d'entraide judiciaire. Tout procureur peut répondre à une demande dans les limites légales de ses compétences en matière d'enquête, à savoir dans des domaines n'impliquant aucune interférence avec des droits fondamentaux. Dans les domaines impliquant une telle interférence, par contre, l'intervention d'un juge d'instruction est requise. Une récente instruction a permis de préciser que les actions des procureurs en matière d'entraide judiciaire passive ne sont pas soumises au délai de six mois applicables aux enquêtes du ministère public (voir l'Instruction 2/2003 du FGE.)

88. Bien qu'une bonne part des demandes d'entraide judiciaire soient désormais reçues directement par des procureurs ou des tribunaux, le ministère de la Justice continue à recevoir nombre de demandes concernant des affaires où cette communication directe n'est pas possible. Le ministère examine lesdites demandes pour s'assurer qu'elles sont exemptes de vice de forme avant de les faire parvenir, par le biais d'un registre, à l'une des 17 Hautes Cours régionales qui la défère ensuite à l'organe judiciaire compétent. La réponse à la demande doit, elle aussi, être transmise au ministère de la Justice par la Cour régionale avant d'être expédiée au pays requérant. Des représentants du ministère de la Justice ont fait remarquer que ce système, conçu pour conférer aux Cours régionales un rôle de surveillance, peut entraîner des retards. Actuellement, aucune statistique n'est disponible concernant les délais de réponse à une demande d'entraide judiciaire, mais les représentants du ministère de la Justice ont indiqué que les systèmes informatiques étaient en cours de révision et que des statistiques plus détaillées seraient bientôt disponibles.

89. La *Fiscalía Anticorrupción* peut répondre à des demandes d'entraide judiciaire dans de nombreuses affaires de corruption et elle est compétente pour agir sur l'ensemble du territoire espagnol. Les renseignements bancaires et financiers sont disponibles dans les mêmes conditions que pour une enquête nationale, ce qui soulève des préoccupations identiques à celles exprimées plus haut (dans la section consacrée aux pouvoirs d'enquête) concernant les pouvoirs d'enquête de ce parquet spécialisé. Les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont indiqué avoir récemment fourni des renseignements bancaires en réponse à une demande d'entraide judiciaire émanant d'un membre du Groupe de travail et visant des allégations de corruption (nationale) et de blanchiment de capitaux. La demande avait été transmise à la *Fiscalía Anticorrupción* par l'ambassade du pays concerné et, bien qu'aucune convention d'entraide judiciaire ne lie ce dernier à l'Espagne, la *Fiscalía Anticorrupción* a fourni les renseignements sur la base de la réciprocité et d'un accord passé entre le ministère public espagnol et son homologue étranger. La *Fiscalía Anticorrupción* envoie aussi régulièrement des demandes d'entraide judiciaire à l'étranger. Dans une affaire visant des allégations de versement de gros montants à un homme politique latino-américain

par une banque espagnole (à une époque antérieure à l'introduction de l'article 445 du Code pénal), la *Fiscalía Anticorrupción* a ainsi réussi à retrouver la trace de paiements ayant transité par divers pays avant d'arriver sur des comptes ouverts dans un territoire d'outremer d'un membre du Groupe du travail ; cependant, les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont avoué s'être alors heurtés à « la barrière insurmontable d'un paradis fiscal » et ne pas avoir pu obtenir les renseignements nécessaires de la juridiction concernée.

90. Comme le note le rapport de Phase 1, l'entraide judiciaire n'est généralement pas assujettie à une condition de double incrimination. Toutefois, au moment de la ratification de la Convention de 1959, l'Espagne a formulé une réserve dans laquelle elle exige, lorsqu'une saisie ou une confiscation est requise, que l'infraction puisse donner lieu à extradition dans les deux juridictions. Les infractions de corruption visées aux articles 421 et 425-26 du Code pénal sont passibles uniquement d'une amende, de sorte que la saisie et la confiscation ne seraient pas envisageables pour ces infractions dans le cadre des demandes formulées en vertu de cette convention. L'Espagne a indiqué qu'elle mettrait probablement en œuvre en 2006 une décision cadre de l'Union européenne relative aux saisies, ce qui pourrait contribuer à corriger le problème concernant les demandes formulées par des États membres de l'UE (voir aussi plus bas l'analyse et les commentaires relatifs à l'extradition).

91. De plus, la double incrimination est généralement exigée pour appliquer des mesures coercitives en vertu d'un traité applicable [voir les Réponses, paragraphe 13.1(d)]. Comme on le verra, l'Espagne n'a pas encore complètement établi la responsabilité pénale des personnes morales. En conséquence, lorsqu'une double incrimination est exigée, il est difficile de savoir si les autorités espagnoles peuvent intégralement accéder aux demandes d'entraide judiciaire s'agissant d'une procédure engagée à l'encontre de personnes morales pour corruption transnationale. Pendant la Phase 1, l'Espagne avait indiqué pouvoir accéder aux demandes visant des procédures non pénales engagées à l'encontre d'une personne morale, sans pour autant fournir plus de renseignements ou d'exemples dans ce domaine.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent aux autorités espagnoles de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que l'on puisse accorder toute la gamme des mesures d'entraide judiciaire – y compris les saisies et confiscations – dans toutes les procédures pénales engagées pour corruption transnationale à l'encontre d'une personne morale ou physique.

*Les préoccupations des examinateurs principaux concernant l'accès aux renseignements bancaires (telles qu'elles sont décrites plus haut dans la section consacrée aux pouvoirs d'enquête) s'étendent aussi à l'entraide judiciaire. Les examinateurs notent que la *Fiscalía Anticorrupción* a récemment communiqué toute une série de renseignements bancaires en réponse à une demande d'entraide judiciaire visant une affaire de corruption. Même si le système paraît fonctionner correctement à cet égard, ils recommandent au Groupe de travail de procéder à un suivi de la question de l'accessibilité des renseignements bancaires dans le contexte de l'entraide judiciaire.*

*Les examinateurs principaux saluent les efforts visant à élargir le contenu du *Prontuario* afin qu'il mentionne la Convention de l'OCDE et la corruption transnationale. Ils se félicitent également des efforts en cours pour améliorer la collecte de statistiques visant l'entraide judiciaire et prient instamment les autorités de veiller aussi à la collecte de statistiques relatives à la corruption transnationale.*

b) Extradition

92. L'extradition peut être accordée sur la base de conventions d'extradition multilatérales et bilatérales ou, en l'absence de tels instruments, du principe de réciprocité. D'après la plupart des conventions multilatérales et bilatérales d'extradition auxquelles l'Espagne est partie, l'infraction en question doit être passible d'une peine privative de liberté d'une durée maximale d'au moins un an, en vertu de la législation de la Partie requérante et de l'Espagne. Ce seuil d'un an ne serait pas atteint pour toutes les catégories de corruption transnationale, notamment parce que les articles 421 et 425-26 du Code pénal prévoient uniquement des amendes. Concernant les États membres de l'Union européenne, le mandat d'arrêt européen s'est largement substitué à l'extradition et peut être délivré pour toutes les infractions de corruption transnationale. Toutefois, il ne s'applique pas aux pays non européens.

93. La législation espagnole permet de refuser l'extradition dans certains cas en invoquant « toute autre raison en vue de protéger les intérêts fondamentaux de l'Espagne » et la décision du gouvernement à cet égard est sans appel. Les autorités espagnoles ont indiqué que la notion d'intérêt fondamental n'a pas été appliquée au cours des 20 dernières années. La Cour nationale est compétente pour statuer sur toutes les demandes d'extradition passive (demandes adressées à l'Espagne par des pays étrangers) ainsi que sur l'exécution des mandats d'arrêt européens.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent aux autorités espagnoles de prendre des mesures afin de s'assurer que des demandes d'entraide judiciaire et d'extradition visant des affaires de corruption transnationale ne puissent pas être rejetées sur la base d'un niveau des sanctions insuffisant.

4. Traitement des allégations tombées dans le domaine public

94. Les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont indiqué que leur parquet avait ouvert une enquête pour corruption transnationale en 2004 concernant des allégations de corruption d'un haut fonctionnaire par des cadres d'une filiale d'une société espagnole dans un pays d'Amérique. L'enquête du ministère public est en cours et ses résultats n'ont pas encore été présentés au juge. Le délai maximal d'enquête a déjà été prorogé à deux reprises par le FGE, la dernière fois en octobre 2005. Les procureurs ont indiqué pouvoir baser leur compétence soit au titre d'actes commis en Espagne, soit au titre d'actes commis à l'étranger par un citoyen espagnol en vertu de l'article 23 paragraphe 2 de la LOPJ. Ils ont décrit en termes généraux leur travail d'investigation dans cette instance et les autorités espagnoles ont indiqué qu'en février 2006 la *Fiscalía Anticorrupción* continuait d'enquêter sur les faits.

95. Les représentants de la *Fiscalía Anticorrupción*, des autres parquets et de la police ont indiqué, pendant la mission sur place, ne pas avoir connaissance de certaines allégations de corruption par une société espagnole d'un haut fonctionnaire d'un pays africain dans le contexte d'un gros marché public. Les Réponses, elles non plus, n'évoquent pas ces allégations ou une quelconque enquête menée à ce propos en Espagne. Lesdites allégations émanent d'un haut diplomate d'un autre pays de l'OCDE. Les procureurs et la police ont indiqué ne pas dépouiller la presse étrangère à la recherche d'allégations et se fier uniquement aux allégations visant des entreprises espagnoles et formulées en Espagne. Un fonctionnaire du ministère des Affaires étrangères a précisé qu'en théorie le personnel des ambassades espagnoles est supposé signaler les allégations à un service central en vue de leur communication au service juridique du ministère puis à la *Fiscalía Anticorrupción*. L'intéressé a cependant admis que ce système n'avait pas fonctionné dans l'affaire survenue dans un pays d'Amérique, peut-être en raison de la large place accordée à cette affaire dans la presse. Le système semble également ne pas avoir fonctionné concernant les allégations visant le pays africain.

Commentaire :

Les examinateurs principaux notent l'attention portée par la Fiscalía Anticorrupción à l'investigation de certaines allégations, mais s'inquiètent du fait que d'autres allégations importantes n'aient pas été transmises aux procureurs ou examinées par ces derniers jusqu'à présent. Ils recommandent aux autorités espagnoles de rappeler régulièrement au personnel des ambassades et des missions commerciales à l'étranger ses obligations en matière de signalement des allégations de corruption impliquant des entreprises espagnoles et de veiller à l'efficacité de ce système de signalement. Ils recommandent aussi aux autorités espagnoles de prendre des mesures complémentaires pour s'assurer que toutes les allégations portant sur une affaire majeure de corruption transnationale font l'objet d'une enquête.

5. Compétence

a) Compétence territoriale

96. L'article 23.1 de la LOPJ vise la compétence territoriale, mais ne mentionne pas expressément les infractions commises en partie sur le territoire espagnol. Il en va de même des articles 14-18 de la LOPJ qui énoncent des règles de répartition des compétences entre les diverses juridictions espagnoles. Pendant la Phase 1 et dans les Réponses, cependant, les autorités espagnoles ont indiqué que les règles relatives à la compétence territoriale sont interprétées largement afin d'établir la compétence à l'égard des infractions commises pour tout ou partie sur le territoire espagnol et qu'il suffit d'un appel téléphonique ou bien de l'envoi d'une télécopie ou d'un courriel pour établir ladite compétence. Les autorités espagnoles ont même signalé une affaire dans laquelle la compétence territoriale se fondait sur les effets en Espagne d'une infraction commise à l'étranger.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent au Groupe de travail de procéder à un suivi de la question de la compétence territoriale concernant les infractions de corruption transnationale commises partiellement sur le territoire espagnol.

b) Compétence fondée sur la nationalité

97. L'article 23.2 de la LOPJ reconnaît la compétence fondée sur la nationalité qui est soumise à une condition de double incrimination définie en termes larges en prévoyant simplement que « L'acte est passible d'une sanction sur les lieux où il a été commis. ». La LOPJ exige aussi que la victime ou le ministère public dépose une plainte devant les tribunaux espagnols. On ignore qui peut prétendre à la qualité de victime et notamment si une entreprise dont la soumission n'a pas été retenue pourrait répondre à cette définition³⁸.

c) Personnes morales et compétence

98. Comme on le verra, l'Espagne n'a pas complètement établi la responsabilité pénale des personnes morales. Depuis la mission sur place, les autorités espagnoles ont indiqué que les dispositions actuelles visant la répartition des compétences (articles 23.1 et 23.2 de la LOPJ) seront modifiées dans le cadre de l'adoption de règles de fond en matière de responsabilité pénale des personnes morales, conformément aux prescriptions de la Convention.

³⁸ En vertu de l'article 23.4 de la LOPJ, l'Espagne dispose d'une compétence universelle assez large qui, cependant, n'englobe pas la corruption transnationale.

Commentaire :

Les examinateurs principaux sont préoccupés par les dispositions légales relatives à la compétence des tribunaux espagnols concernant les affaires dans lesquelles une personne morale commet des actes de corruption. Ils recommandent aux autorités espagnoles de prendre toutes les mesures requises pour établir clairement une compétence territoriale et une compétence fondée sur la nationalité concernant les personnes morales dans les affaires de corruption transnationale, conformément aux prescriptions de la Convention.

Les examinateurs principaux recommandent aussi au Groupe de travail de procéder à un suivi de la notion de victime dans les affaires relevant de la compétence fondée sur la nationalité.

6. Prescription

99. Les délais de prescription sont fixés par l'article 131 du Code pénal et dépendent des sanctions applicables à l'infraction. Lorsque l'infraction de corruption transnationale est passible d'une peine d'emprisonnement de six ans – comme c'est le cas en vertu de l'article 419 du Code pénal – le délai de prescription est de dix ans. Lorsque la sanction consiste en une peine d'emprisonnement comprise entre un et quatre ans – comme c'est le cas en vertu du premier paragraphe de l'article 420 du Code pénal – le délai de prescription est de cinq ans. Toutefois, ce délai est ramené à trois ans dans les affaires relevant du deuxième paragraphe de l'article 420 du Code pénal ou des articles 421, 425 et 426 de ce Code (voir plus bas les sections consacrées à l'infraction de corruption transnationale et aux sanctions correspondantes). Le délai de prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise.

100. Les autorités espagnoles ont indiqué dans les Réponses (paragraphe 9.2) que les délais de prescription peuvent générer des difficultés au niveau de l'enquête et des poursuites. Malgré l'absence de statistiques relatives au nombre de poursuites pour corruption n'ayant pas fait l'objet d'une enquête ou ayant dû être abandonnées en raison de l'épuisement du délai, la plupart des interlocuteurs espagnols interrogés par l'équipe d'examineurs ont déclaré que le délai de prescription applicable aux poursuites pour corruption est trop court. Un avocat a également soulevé la question pratique suivante : au début de la procédure il n'est pas toujours possible de déterminer la disposition légale pertinente, surtout lorsqu'il faut en outre tenir compte du droit d'un pays tiers.

101. En vertu de l'article 132 paragraphe 2 du Code pénal, l'écoulement du délai de prescription est initialement interrompu dès lors qu'une procédure pénale est engagée contre le suspect. Le délai recommence à courir (à partir de zéro) si la procédure est « paralysée » ou aboutit sans qu'une condamnation soit prononcée. Par conséquent, le délai de prescription peut également expirer au cours de l'enquête et des poursuites menées par un juge. La nature des actes susceptibles de mettre fin à l'état de paralysie (et de faire partir un nouveau délai) est quelque peu obscure. Il semblerait qu'il suffise en règle générale d'un acte concret supposé conduire à une procédure de mise en accusation tel qu'un acte de procédure effectué pour traiter le dossier. Toutefois, une certaine jurisprudence estime apparemment que les actes judiciaires (concrets ou pas) n'étant pas dirigés contre l'accusé ne mettent pas fin à l'état de paralysie. Le délai de prescription peut aussi courir pendant des périodes où l'accusé se cache ou se trouve à l'étranger.

102. Les examinateurs principaux sont préoccupés par le risque de voir une prescription de trois ans gêner sérieusement les poursuites engagées en Espagne. Le recours à de fausses factures, à de nombreux intermédiaires et autres procédés complique considérablement l'identification initiale de l'infraction de corruption. De plus, ces pratiques n'apparaissent souvent qu'après l'ouverture d'une enquête visant d'autres infractions ou l'apparition de témoins coopératifs. En outre, le délai de trois ans risque de gêner la conduite des enquêtes internationales complexes. Les examinateurs principaux notent que le délai de

prescription de trois ans applicable à certaines infractions augmenterait si les sanctions prévues pour ces mêmes infractions augmentaient elles aussi.

Commentaire :

Les examinateurs estiment qu'un délai de prescription de trois ans – tel que celui actuellement applicable à certaines infractions de corruption transnationale – constitue une période trop brève pour détecter ces infractions et mener une enquête. Ledit délai peut porter atteinte à la mise en œuvre efficace de la législation. Pour cette raison, les examinateurs principaux recommandent l'aggravation des sanctions applicables afin de garantir un allongement suffisant du délai de prescription.

7. Statistiques

103. Comme on l'a vu à plusieurs reprises, les examinateurs principaux estiment que l'absence de statistiques pertinentes a gêné leur évaluation de la lutte menée en Espagne contre la corruption nationale ou transnationale dans plusieurs domaines. Le fait de ne pas disposer de statistiques élémentaires sur l'application du droit pénal et sur le système de justice pénale a notamment entravé leurs efforts d'appréciation de l'efficacité de la lutte contre la corruption transnationale ou les comparaisons avec d'autres infractions. Dans certains cas, le manque de statistiques a été attribué au besoin de protéger la confidentialité des données à caractère personnel. Les examinateurs reconnaissent l'importance de cette protection, mais encouragent l'Espagne à produire des statistiques améliorées en recourant à des techniques permettant d'en tenir compte.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent aux autorités espagnoles de prendre des mesures appropriées pour améliorer la collecte et la diffusion d'informations statistiques permettant l'évaluation de la lutte contre la corruption transnationale.

D. CORRUPTION TRANSNATIONALE : INFRACTIONS CONNEXES ET SANCTIONS

1. L'infraction de corruption transnationale

104. Les dispositions relatives à la corruption transnationale applicables aux personnes physiques ont été adoptées en 2000. Deux changements ont été introduits en 2004 : (1) le numéro de l'article pertinent du Code pénal est passé de 445 bis à 445 ; et (2) le titre XIX bis, spécifique à l'infraction de corruption transnationale, a été supprimé, tandis que l'article 445 a été incorporé au titre XIX regroupant notamment l'ensemble des dispositions relatives à la corruption nationale. Les autorités espagnoles ont indiqué qu'aucune interprétation judiciaire n'avait encore été rendue concernant l'application de l'infraction de corruption transnationale.

105. Depuis la mission sur place, les autorités espagnoles ont indiqué qu'elles avaient lancé une initiative visant à réformer en profondeur le Code pénal actuel afin de l'adapter notamment en ce qui concerne la définition des agents publics étrangers, les sanctions applicables et l'établissement de la responsabilité des personnes morales. Le ministère de la Justice a mis sur pied un groupe d'experts chargé d'étudier la question. Les examinateurs principaux se félicitent de cette initiative.

a) *Aperçu des dispositions pertinentes et incertitude entourant les dispositions applicables*

106. L'article 445 du Code pénal établit l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Bien qu'il semble contenir une définition complète de cette infraction, il prévoit que les sanctions applicables sont fixées par analogie avec les sanctions énoncées à l'article 423 du Code pénal (qui vise la corruption active d'agents publics nationaux). L'article 423, quant à lui, prévoit que les auteurs de corruption active sont sanctionnés de la même manière que les agents nationaux reconnus coupables de corruption passive. Il faut donc se référer d'abord à l'article 423 puis aux dispositions relatives à la corruption passive des agents publics nationaux pour pouvoir appliquer l'article 445.

107. Les infractions de corruption nationale passive sont définies aux articles 419-21 et 425-26 du Code pénal. Elles diffèrent principalement sous l'angle de la nature de l'acte ou de l'omission commis par l'agent public. Elles sanctionnent donc la corruption de manière très différente selon que ledit agent commet un acte ou une omission « constitutif d'un crime » (article 419), commet un acte injuste ne constituant pas un crime (article 420), s'abstient de commettre un acte qu'il aurait eu le devoir de commettre (article 421), commet « un acte caractéristique » de sa « mission » (article 425), ou reçoit un paiement au vu de sa position ou afin de commettre un acte n'étant pas interdit par la loi (article 426).

108. L'incertitude entourant les dispositions applicables dans les affaires de corruption transnationale provient de la formulation de l'article 423 du Code pénal. Bien que celui-ci mentionne en termes généraux la punition des auteurs de corruption active dans les mêmes conditions que les agents publics coupables de corruption passive, il ne renvoie à aucun article spécifique parmi les diverses dispositions visant les infractions de corruption passive des articles 419-21 et 425-26. Un débat est en cours en Espagne pour savoir quelles sont les infractions de corruption passive auxquelles l'article 423 renvoie et en particulier s'il renvoie aux articles 425-26. La réponse à cette question affecte directement l'application de l'infraction de corruption transnationale définie à l'article 445, car cette disposition fait explicitement référence à l'article 423.

109. Jusqu'à une période récente, les autorités espagnoles exprimaient devant le Groupe de travail l'opinion suivante : l'article 445 (et par conséquent l'article 423) fait uniquement référence aux infractions des articles 419-21³⁹. En conséquence, ledit article ne s'appliquait pas aux infractions définies aux articles 425-26. Toutefois, la jurisprudence, bien que rare, a toujours reconnu que l'article 423 s'applique aussi bien aux articles 425-26 qu'aux articles 419-21. Par exemple, un arrêt de la Cour suprême rendu en 1999 déclare explicitement que l'article 423 s'applique à l'article 426 et cite à ce propos une série de décisions antérieures⁴⁰. Une analyse publiée récemment par des universitaires parvient à la même conclusion, tout en reconnaissant qu'une partie de la doctrine antérieure (mais pas de la jurisprudence) soutenait plutôt la thèse de l'inapplicabilité de l'article 423 aux articles 425-26⁴¹. Depuis la mission sur place, les autorités espagnoles ont indiqué estimer que l'article 423 (et par conséquent l'article 445) s'applique aux articles 425-26.

110. Les examinateurs principaux reconnaissent que la Convention n'exige pas l'établissement d'un nombre spécifique d'infractions mais plutôt la transposition dans le droit national de l'intégralité de l'infraction énoncée dans son article 1. Toutefois, le débat persistant autour de l'article 423 pose des questions importantes quant aux articles 425-26. En particulier, comme on le verra, il convient de déterminer : (1) si la portée étendue de la définition de l'infraction énoncée à l'article 1 de la Convention

³⁹ Voir par exemple le Rapport de Phase 1, p. 2, note de bas de page 2 et p. 5 et 6 ; ainsi que le paragraphe 8 des Réponses complémentaires.

⁴⁰ Voir la STS 2171/97 du 13 janvier 1999.

⁴¹ Voir Caparrós, p. 107 à 112.

est totalement rendue par les articles 419-21 ; et (2) à supposer que certaines parties de l'infraction définie à l'article 1 soient uniquement couvertes par les articles 425-26, s'il est suffisamment clair que l'article 445 s'applique aux articles 425-26. (D'autres questions relatives aux sanctions applicables notamment en vertu des articles 425-26 sont abordées plus bas dans la section consacrée aux sanctions).

b) *Éléments de l'infraction*

i) Définition de l'agent public étranger

111. L'article 445 du Code pénal s'applique expressément aux pots-de-vin proposés, etc. aux « autorités ou [aux] agents publics, qu'ils soient étrangers ou membres d'organisations internationales ». Toutefois, le Code pénal ne définit pas la notion d'agent public étranger. L'article 24 du Code pénal contient une définition de l'expression « agents publics nationaux », applicable à l'infraction de corruption d'un agent public national en vertu de l'article 423. Il a été interprété largement par les tribunaux dans des affaires nationales – y compris dans une décision récente importante de la Cour suprême rédigée par un juge nommé depuis au poste de FGE⁴² – mais la plupart des commentateurs s'accordent à reconnaître que ladite définition ne saurait s'appliquer directement à la corruption d'agents publics étrangers⁴³. Les autorités espagnoles ont indiqué que la définition du terme « agent public » de l'article 24 paragraphe 2 du Code pénal peut être extrapolée et appliquée directement aux agents publics étrangers (voir le paragraphe 5 des Réponses complémentaires).

112. Dans les Réponses et pendant la Phase 1, les autorités espagnoles ont indiqué qu'elles prévoyaient l'application par les tribunaux de la définition contenue dans la Convention. Ces autorités considèrent en effet que ladite définition est une disposition conventionnelle pouvant s'appliquer directement et relèvent que, selon l'article 96.1 de la Constitution espagnole, « les traités internationaux conclus en bonne et due forme, lorsqu'ils ont été officiellement publiés en Espagne, feront partie du système juridique interne ». Toutefois, divers participants aux panels ont rejeté ou mis en doute l'effet direct de la Convention, surtout dans les cas de figure où cet effet irait à l'encontre des intérêts de l'accusé et où, comme c'est le cas avec la Convention, le Parlement espagnol aurait adopté une loi d'application. Un participant a fait valoir qu'en présence d'une loi d'application, il ne consulte généralement pas le traité original, tandis que d'autres ont exprimé des préoccupations concernant l'impact d'une telle pratique sur le droit de l'accusé de connaître la loi.

113. Les autorités espagnoles n'ont cité aucun cas d'application directe d'une disposition conventionnelle au détriment de l'accusé. Il est également difficile d'imaginer comment des hommes d'affaires, par exemple, pourraient savoir que certaines parties de l'article 1 de la Convention – à l'exclusion apparemment d'autres parties du même article – pourraient produire des effets directs en Espagne. De plus, les examinateurs notent que la théorie de l'application directe pourrait soulever des problèmes supplémentaires dans le contexte de l'intention de l'Espagne de ratifier d'autres conventions internationales liées à la corruption. Un juriste du ministère de la Justice a noté qu'en Espagne la question de l'absence de définition légale de la notion d'agent public étranger a été soulevée à plusieurs reprises et est actuellement à l'étude au sein de son ministère.

⁴² Cour suprême, chambre criminelle, affaire n° 2074/2001 du 22 avril 2004.

⁴³ Voir notamment Caparrós, p. 99 (sauf dans des cas précis visant spécifiquement certains agents publics européens, l'article 24 s'applique uniquement aux agents publics nationaux).

Commentaire :

Les examinateurs saluent les efforts en cours des autorités espagnoles pour revoir la question de la définition de la notion d'agent public étranger applicable dans le cadre des dispositions relatives à la corruption transnationale et recommandent à l'Espagne de clarifier cette définition.

ii) *Actes et omissions escomptés des agents publics étrangers et autonomie de l'infraction*

114. Les examinateurs principaux nourrissent quatre préoccupations concernant les prescriptions des lois relatives à la corruption transnationale sous l'angle des actes ou omissions escomptés des agents publics étrangers : (1) le manque d'autonomie de l'infraction par rapport au droit étranger ; (2) les termes de l'article 445 qui semblent imposer une exigence allant au-delà des prescriptions de la Convention ; (3) la couverture des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers afin d'inciter ces derniers à user de leur pouvoir discrétionnaire dans tel ou tel sens ; et (4) la couverture des pots-de-vin – autres que de petits paiements de facilitation – versés à des agents publics étrangers afin d'inciter ces derniers à agir ou à s'abstenir d'agir conformément à leurs devoirs. Les paragraphes suivants examinent successivement chacun de ces points.

115. Le commentaire de la Convention souligne que l'article 1 de cet instrument exige l'établissement d'une infraction autonome. En d'autres termes, l'infraction de corruption transnationale ne doit pas exiger la preuve du droit du pays de l'agent public étranger concerné. Cette exigence de la Convention est importante, notamment en raison des difficultés pratiques inhérentes à la preuve d'un droit étranger. En raison de la subdivision de la législation anticorruption espagnole en cinq différentes dispositions visant chacune un type différent d'action escomptée de l'agent public, la question de l'autonomie de l'infraction revêt une importance particulière. Durant la mission sur place, nombre de participants aux panels ont reconnu que le système compliqué d'infractions établi par les articles 419-26 du Code pénal requiert une typologie raffinée des actes escomptés des agents publics étrangers, en vue de déterminer la sanction applicable. Comme on l'a vu, les sanctions diffèrent sensiblement selon notamment que l'acte ou l'omission est un crime, un acte injuste, le fait pour l'agent de ne pas commettre un acte qu'il avait le devoir d'effectuer, un acte caractéristique de sa mission ou un acte n'étant pas interdit par la loi.

116. Pendant la mission sur place, la plupart des participants ont estimé que les infractions des articles 419-21 et 425-26 – qui sont incorporées à l'article 445 – ne sont pas autonomes. Par exemple, un juriste du ministère de la Justice a reconnu la nécessité de déterminer la qualification de l'acte dans le pays de l'agent public pour déterminer la catégorie applicable en vertu des articles 419-26. De même, un représentant occupant de hautes fonctions au sein du ministère public et un universitaire ont estimé que la référence au droit étranger pour qualifier l'infraction est inévitable. Les Réponses complémentaires (paragraphe 7) indiquent que « si l'acte n'est pas considéré comme une infraction dans le droit du pays de l'agent public étranger, il ne peut pas faire l'objet de poursuites [à moins qu'il ne soit défini dans un traité comme une infraction relevant de la compétence universelle] ». Toutefois, si la majorité des participants aux panels ont estimé que l'infraction n'était pas autonome, les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont considéré que le droit espagnol s'applique concernant la qualification des actes escomptés de l'agent public étranger quelle que soit par ailleurs la qualification de cet acte en droit étranger⁴⁴. Depuis la mission sur place, les autorités espagnoles ont reconnu que, dans les affaires de corruption transnationale, il est nécessaire d'appliquer le droit étranger pour qualifier les infractions en vertu des articles 419-21 et 425-26.

⁴⁴ D'autres participants aux panels ont considéré que la nécessité de se référer au droit étranger dépendrait en fait de l'infraction concernée, tandis qu'un avocat spécialisé dans les affaires de corruption a exprimé des incertitudes sur l'exigence d'une telle référence et sur les modalités pratiques de la preuve du droit étranger concerné.

117. Concernant la deuxième préoccupation, l'article 1 de la Convention exige uniquement que le pot-de-vin soit proposé à l'agent public pour un acte « dans l'exécution de fonctions officielles ». Si l'article 445 reprend cette formulation, il énonce aussi une autre condition : le pot-de-vin doit être proposé à l'agent public « dans l'exercice de [sa] charge » (*en el ejercicio de su cargo*). Comme l'a indiqué un commentateur espagnol, cette exigence supplémentaire semble plus restrictive⁴⁵. Le gouvernement a affirmé que cette clause additionnelle correspond à une simple répétition superflue, mais des participants au panel ont reconnu qu'en vertu des principes généraux d'interprétation de la loi, les tribunaux cherchent à attribuer une signification à chaque clause⁴⁶.

118. Troisièmement, les dispositions des articles 419-21 ne s'appliquent pas clairement à tous les paiements indus censés affecter des actes discrétionnaires. Un acte discrétionnaire favorable est plutôt généralement considéré comme un « acte caractéristique » de la mission de l'agent public concerné (article 425). Ce type de corruption serait aussi susceptible d'être assimilé à un paiement consenti à l'agent au vu de sa position ou afin de l'inciter à commettre un acte n'étant pas interdit par la loi (article 426). L'application de ces articles semble encore plus probable dans les affaires où le corrupteur est l'entreprise ayant fait l'offre la mieux disante⁴⁷. Pendant la mission sur place, un haut fonctionnaire du ministère public a indiqué que la jurisprudence avait tendance à appliquer l'article 426 aux pots-de-vin visant à obtenir l'exercice favorable d'un pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'un marché public. Dans le même ordre d'idées, un juriste du ministère de la Justice a estimé que les articles 419-21 ne seraient pas appliqués aux affaires impliquant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Bien que les autorités espagnoles aient récemment indiqué qu'elles considèrent l'article 445 comme applicable aux articles 425-26, certaines incertitudes demeurent à cet égard. De plus, comme on le verra dans la section consacrée aux sanctions, les articles 425-26 prévoient uniquement des amendes relativement modestes. Depuis la mission sur place, les autorités espagnoles ont signalé une affaire dans laquelle l'article 420 a été appliqué à un acte discrétionnaire et ont indiqué que les pots-de-vin visant à obtenir l'exercice favorable d'un pouvoir discrétionnaire peuvent tomber sous le coup des articles 419-20 dès lors que l'acte de l'agent public concerné est également criminel ou injuste. Toutefois, l'incertitude demeure quant à la question de savoir si tous les pots-de-vin visant à influencer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire impliquent un acte officiel criminel ou injuste.

119. Quatrièmement, il apparaît également que les articles 419-21 ne s'appliquent pas nécessairement à tous les cas de pots-de-vin – autres que de petits paiements de facilitation – versés à un agent public étranger pour qu'il agisse ou omette d'agir conformément à leurs devoirs. De même que les paiements visant à influencer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ces pots-de-vin pourraient aussi être considérés comme des paiements destinés à obtenir la commission d'un acte caractéristique de la mission de l'agent public (article 425), ou bien versés à ce dernier au vu de sa position ou afin qu'il commette un acte n'étant pas interdit par la loi (article 426). Aucune jurisprudence n'a été citée à cet égard et les participants aux panels se sont montrés hésitants quant à la question de savoir si ces cas de figure sont couverts par les articles 419-21.

Commentaire :

Les examinateurs principaux considèrent que le droit espagnol n'établit pas l'autonomie des infractions de corruption transnationale par rapport au droit étranger. Ils estiment que cette

⁴⁵ Voir Caparrós, p. 103 et 104.

⁴⁶ Les examinateurs notent aussi qu'outre l'article 445, les articles 119 et 120 énoncent eux aussi des prescriptions supplémentaires analogues.

⁴⁷ En vertu de la Convention, la corruption transnationale demeure une infraction que l'entreprise concernée ait fait l'offre la mieux disante ou pas. Voir le paragraphe 4 des commentaires.

question est particulièrement grave, compte tenu de la nécessité d'établir des distinctions subtiles quant à la nature de l'acte escompté de l'agent public afin de déterminer la disposition et la sanction applicables. Ils recommandent aux autorités espagnoles de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'éviter que l'application des infractions de corruption transnationale dépende du recours à un droit étranger.

Les examinateurs principaux recommandent aussi aux autorités espagnoles de prendre des mesures afin de s'assurer que la loi s'appliquera à tous les pots-de-vin proposés, promis ou versés à un agent public étranger « pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles », comme l'exige la Convention. Ils recommandent en particulier aux autorités espagnoles de veiller à ce que l'infraction de corruption transnationale puisse s'appliquer : (a) à tous les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers afin d'influer sur l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire ; et (b) à tous les pots-de-vin – autres que de petits paiements de facilitation – versés à des agents publics étrangers pour qu'ils agissent ou omettent d'agir conformément à leurs devoirs.

iii) *Nature de l'avantage indu versé à l'agent public*

120. L'article 1 de la Convention exige que l'infraction s'applique aux pots-de-vin composés d'avantages pécuniaires ou non pécuniaires. Les autorités espagnoles ont indiqué que, selon elles, l'article 445 s'appliquerait aux pots-de-vin composés d'avantages non pécuniaires tels que des faveurs sexuelles. Toutefois, la doctrine majoritaire semble estimer que les termes utilisés dans la loi sur la corruption s'appliquent uniquement aux pots-de-vin composés d'avantages pécuniaires à l'exclusion des avantages non pécuniaires comme des faveurs sexuelles. La quasi-totalité des participants aux panels interrogés pendant la mission sur place se sont déclarés d'accord avec cette opinion. Par exemple, un juriste du ministère de la Justice a noté l'absence de jurisprudence en la matière mais a considéré que les pots-de-vin non pécuniaires ne seraient pas inclus, car l'expression espagnole pertinente semble uniquement se référer à un pot-de-vin quantifiable. Depuis la mission sur place, l'Espagne a indiqué que cette question pourrait être résolue dans le cadre de l'interprétation jurisprudentielle.

121. Plus généralement, les examinateurs principaux notent que plusieurs participants aux panels ont décrit la terminologie des dispositions relatives à la corruption comme « archaïque » et impropre à décrire la réalité des délits économiques formant la matière de la Convention. Par exemple, le mot *dádiva* – traduit en français par « cadeau » – n'est pas d'un usage courant en espagnol contemporain et certains participants ont relevé qu'il laisse supposer un cadeau de faible valeur. Les examinateurs notent que les mêmes termes sont utilisés dans les dispositions relatives à la corruption nationale, mais invitent les autorités à se demander si ce langage reflète la réalité économique actuelle de la corruption.

122. Les examinateurs notent que l'article 425 s'applique explicitement, entre autres, aux avantages octroyés à l'agent public à titre de récompense pour un acte déjà commis. Cette disposition, si elle s'appliquait à la corruption transnationale, pourrait donc simplifier la preuve dans les affaires où la chronologie des faits demeure obscure.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent aux autorités espagnoles de s'assurer que la loi puisse s'appliquer aux pots-de-vin consistant en avantages non pécuniaires versés à des agents publics étrangers.

iv) *Moyens de défense*

123. L'article 427 exempte de punition toute personne acceptant une sollicitation de pot-de-vin émanant d'un agent public mais la signalant ensuite, dans un délai de dix jours, aux autorités compétentes. La législation n'est pas claire sur le point de savoir si ce moyen de défense prévu à l'art.427 s'applique aussi à l'article 445. L'historique des débats semble conforter la thèse de la non-application de l'article 427 aux affaires de corruption transnationale, dans la mesure où un projet de loi qui prévoyait explicitement cette application a été amendé⁴⁸. Toutefois, les Réponses indiquent que cet historique n'est pas formellement considéré comme une source du droit. Pendant la Phase 1, les autorités espagnoles ont indiqué que l'article 427 ne s'appliquerait pas à l'article 445 dans la mesure où ce dernier (portant à l'époque le numéro 445 bis) figurait dans un autre titre, ce qui n'est plus le cas depuis les amendements de 2003 qui ont éliminé le titre séparé réservé à l'infraction de corruption transnationale. Cet argument en faveur de la non-application n'est donc plus opposable.

124. Bien que la loi soit peu claire sur l'application du moyen de défense prévu à l'article 427 à la corruption transnationale, certains acteurs importants de la lutte contre la corruption soutiennent fermement son application. Pendant la mission sur place, un représentant de la *Fiscalía Anticorrupción* a souligné que, selon lui, l'article 427 du Code pénal s'appliquait sans aucun doute aussi à la corruption transnationale. Tout en admettant l'absence de jurisprudence en ce sens, il a fait valoir qu'une loi doit normalement être interprétée en se basant sur son texte littéral et que le recours aux débats parlementaires s'impose uniquement si un doute subsiste, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. En revanche, comme l'a noté un professeur, l'article 427 semble solliciter la coopération des auteurs de corruption active pour faciliter la répression efficace de l'infraction passive⁴⁹. Compte tenu de l'absence d'une infraction passive correspondante applicable aux agents publics étrangers, l'invocation de ce moyen de défense ne repose sur aucun fondement dans les affaires impliquant de tels agents.

125. Depuis la mission sur place, les autorités espagnoles ont indiqué qu'elles considèrent l'article 427 applicable aux affaires de corruption transnationale et que l'application de cette disposition allait dans le sens des objectifs de l'article 445, dans la mesure où elle facilite les enquêtes. Les examinateurs principaux reconnaissent l'importance des témoins coopératifs dans la poursuite efficace des infractions de corruption étrangère. La coopération, toutefois, n'est pas un moyen de défense reconnu par la Convention ; même si elle peut constituer une circonstance atténuante au moment de la détermination de la peine (à condition que les sanctions demeurent efficaces, proportionnées et dissuasives), elle ne saurait constituer un moyen de défense à part entière susceptible de dégager la responsabilité de l'auteur de l'infraction. Les examinateurs notent que, même si l'on fait abstraction de l'article 427, la coopération peut apparemment constituer une circonstance atténuante dans le cadre de la détermination de la peine en vertu de l'article 21 paragraphe 4 du Code pénal. Ils encouragent les autorités espagnoles à envisager d'autres moyens d'incitation à la coopération, comme la protection des témoins.

Commentaire :

Compte tenu de l'incertitude entourant l'application éventuelle du moyen de défense prévu à l'article 427 pour échapper à la responsabilité au titre des infractions définies à l'article 445, les examinateurs principaux recommandent aux autorités espagnoles de clarifier explicitement que l'article 427 ne s'applique pas aux infractions de corruption étrangère.

⁴⁸ Voir Caparrós p. 122.

⁴⁹ *Idem.*

2. Responsabilité des personnes morales

126. Pendant la Phase 1, le Groupe de travail avait estimé que l'Espagne ne respecte pas les normes de la Convention concernant la responsabilité et les sanctions des personnes morales pour corruption transnationale. En 2003, deux nouvelles dispositions ont été ajoutées au Code pénal afin d'introduire une forme de responsabilité pénale des personnes morales. L'article 445 paragraphe 2 est un nouveau paragraphe qui permet l'application aux personnes morales des sanctions prévues à l'article 129 (à savoir la liquidation judiciaire ou la dissolution de la personne morale ou bien l'interdiction pour celle-ci d'exercer certaines activités) dans les affaires de corruption transnationale. L'article 31 a lui aussi été modifié sous forme d'un nouveau paragraphe (2) qui prévoit l'imposition d'amendes aux personnes morales dans certaines circonstances. Ni l'article 445 paragraphe 2, ni l'article 31 paragraphe 2 n'ont été encore appliqués. La présente section examine les conditions de la responsabilité des personnes morales, les sanctions applicables à celles-ci étant analysées dans la section consacrée aux sanctions. Comme on l'a vu, depuis la mission sur place, l'Espagne a signalé la préparation par un groupe de travail d'une réforme visant à aligner la législation sur les normes de la Convention en matière de responsabilité des personnes morales.

a) *Conditions de la responsabilité des personnes morales au titre de l'article 445 paragraphe 2 du Code pénal*

127. L'article 445 paragraphe 2 du Code pénal prévoit que si une personne coupable de corruption transnationale appartient à une société, organisation ou association, le juge peut imposer à celle-ci les sanctions prévues à l'article 129 du Code pénal. La nécessité qu'il y ait un « coupable » (*culpable*) signifie sans la moindre ambiguïté que la condamnation préalable d'une personne physique est requise pour pouvoir établir la responsabilité de la personne morale, comme l'ont confirmé les participants à la mission sur place et les Réponses complémentaires. Interrogé sur les raisons de cette forme dérivée de responsabilité au titre de l'article 445 paragraphe 2 du Code pénal, un spécialiste de la rédaction des lois du ministère de la Justice (de même que certains autres participants) a reconnu que l'Espagne n'avait pas encore pleinement adopté le principe de la responsabilité pénale des personnes morales et que les poursuites se concentraient encore sur les personnes physiques impliquées.

128. L'article 445 paragraphe 2 exige aussi que le coupable « appartienne » (*perteneciere*) à la personne morale pour pouvoir invoquer la responsabilité de cette dernière. Cette formulation pourrait suggérer que la loi se limite aux actes commis par des organes, des cadres et des salariés sans embrasser les actes de corruption commis par des agents ou des employés temporaires. Un représentant du ministère de la Justice a déclaré espérer que la loi serait interprétée dans le sens d'une application à l'ensemble des personnes agissant dans l'intérêt de la personne morale. Cependant, force est de constater l'absence de toute jurisprudence en la matière.

129. D'aucuns pourraient aussi avancer que la responsabilité des personnes morales en vertu de l'article 445 paragraphe 2 semble aussi requérir que l'entité concernée ait pour objet le versement de pots-de-vin (*se dedicare a la realización de estas actividades*), c'est-à-dire constitue en fait une entreprise criminelle. Selon les Réponses complémentaires, l'article 445 paragraphe 2 est applicable aux entreprises versant occasionnellement des pots-de-vin mais poursuivant un objet légitime.

b) *Conditions de la responsabilité des personnes morales au titre de l'article 31 du Code pénal*

130. Tel qu'il a été introduit en 2003, l'article 31 paragraphe 2 prévoit la responsabilité solidaire des personnes morales concernant le paiement des amendes infligées aux dirigeants condamnés en vertu de l'article 31 paragraphe 1. Par conséquent, pour qu'une personne morale soit responsable au titre de

l'article 31 paragraphe 2, il faut que l'un de ses dirigeants ait été reconnu coupable et condamné en vertu de l'article 31 paragraphe 1. La responsabilité de la personne morale semble automatique dès lors que l'intéressé a été reconnu coupable et condamné à une amende.

131. De hauts magistrats du siège et du parquet ont affirmé à maintes reprises que l'article 31 du Code pénal s'applique seulement à certaines infractions répondant à l'appellation générique d'« infractions personnelles spéciales » (*delitos especiales propios* ou *delitos especiales*). Il s'agit de délits pouvant être uniquement commis par des personnes répondant à certaines caractéristiques précises⁵⁰. La Cour constitutionnelle a déclaré à ce propos que « le but poursuivi est d'empêcher que des actes criminels perpétrés sous le couvert d'une personne morale par des membres parfaitement individualisés de cette dernière demeurent impunis pour la simple raison qu'ils relèvent d'une infraction pénale spéciale, à savoir une infraction dont la responsabilité ne peut être attribuée qu'en présence de certaines caractéristiques et qu'en l'occurrence lesdites caractéristiques sont réunies uniquement par la personne morale et non par les membres individuels qui la composent. »⁵¹. L'article 445 ne définissant pas une infraction personnelle spéciale, l'article 31 n'est pas applicable aux affaires de corruption transnationale.

132. Les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont noté que, dans certaines affaires récentes, des juridictions inférieures avaient appliqué l'article 31 plus largement à certains délits autres que les infractions personnelles spéciales. Toutefois, aucune de ces affaires n'a été communiquée à l'équipe d'évaluation. De plus, comme l'a noté un avocat de la défense, une circulaire du FGE datée de 2004 et relative aux modifications introduites en 2003 dans le Code pénal affirme à plusieurs reprises que l'article 31 « s'applique uniquement aux infractions personnelles spéciales »⁵². Selon des participants au panel rencontrés lors de la mission sur place, la majorité des commentateurs continue aussi à soutenir cette thèse.

133. Les conditions de la responsabilité de la direction au titre de l'article 31 paragraphe 1 – et donc de la responsabilité dérivée des personnes morales au titre de l'article 31 paragraphe 2 – sont complexes, mais l'analyse détaillée dans le cadre du présent rapport paraît superflue compte tenu du champ d'application de ladite responsabilité. Il convient cependant de noter que, même si le texte de l'article 31 paragraphe 1 ne comporte aucune disposition exigeant l'existence d'une initiative de la direction pour engager sa responsabilité, les tribunaux estiment que cette disposition ne crée pas une responsabilité automatique ou objective des dirigeants des entreprises ayant commis des infractions. L'ampleur de l'action fautive de la direction requise pour engager sa responsabilité est cependant imprécise ; plusieurs tribunaux ont estimé que le dirigeant doit avoir « réellement participé aux événements en cause et partagé la culpabilité y afférente » ou « perpétré le délit ».

Commentaire :

Les examinateurs principaux saluent le lancement par l'Espagne d'un processus de modification de sa législation relative à la responsabilité des personnes morales, mais sont extrêmement préoccupés par le non-respect persistant de l'article 2 de la Convention. Ils recommandent que, concernant les affaires de corruption transnationale, l'Espagne veille à

⁵⁰ Voir par exemple : Juan Manuel Fernández Martínez, éditeur, *Diccionario jurídico* (3^e édition 2004), p. 268 (définissant le terme *delito especial* notamment comme « ces infractions pénales qui ne peuvent pas être commises par n'importe qui mais uniquement par les personnes indiquées dans la définition juridique de l'infraction considérée et qui sont potentiellement en mesure de porter atteinte aux intérêts juridiques protégés par la disposition définissant l'infraction... ») (Traduction du Secrétariat)

⁵¹ Voir Cour constitutionnelle, STC 253/1993 du 20 juillet 1993 (citée dans le paragraphe 5.2 des Réponses).

⁵² Voir Fiscal General del Estado, Circular 2/2004 Sobre Aplicación de la Reforma del Código Penal Operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (Primera Parte), (22 décembre 2004), p. 6 et 7.

assurer la possibilité d'invoquer la responsabilité directe de toutes les personnes morales, notamment en éliminant l'exigence de l'établissement préalable de la responsabilité d'un individu ou de la direction ; ils recommandent aussi de clarifier la norme visant la relation requise entre les individus impliqués dans l'infraction et la personne morale, afin de tenir dûment compte du recours fréquent – dans les affaires de corruption transnationale – à des agents ou autres intermédiaires agissant sous la direction de la personne morale.

3. Sanctions pour corruption transnationale

a) Sanctions pénales

134. 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. Elle préconise également un éventail des sanctions applicables englobant, dans le cas des personnes physiques, des peines privatives de liberté suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition. Pendant la Phase 1, le Groupe de travail avait relevé que les sanctions appliquées en Espagne à certaines infractions de corruption transnationale étaient insuffisantes pour permettre l'extradition et certaines formes d'entraide judiciaire et recommandé à ce pays de « réexaminer les niveaux de sanctions lorsque l'emprisonnement n'est pas prévu et que l'entraide judiciaire et l'extradition ne peuvent s'appliquer » (voir le rapport de Phase 1, p. 28).

135. Comme on l'a vu, une certaine incertitude entoure les dispositions applicables à la corruption transnationale et en particulier la question de savoir si les infractions définies aux articles 425-26 du Code pénal s'appliquent aux affaires de corruption transnationale. Les sanctions correspondant à ces infractions sont reprises dans l'analyse qui suit par souci d'exhaustivité.

i) Personnes physiques

Sanctions applicables et détermination de la peine

136. Comme indiqué plus haut, l'article 445 du Code pénal intègre par référence les sanctions de l'article 423. En vertu de l'article 423 paragraphe 1, toute personne qui corrompt ou tente de corrompre un agent public « est passible des mêmes peines d'emprisonnement et amendes que les autorités et les agents publics en question ». Les peines applicables aux agents publics sont quant à elles définies aux articles 419-21 et 425-26 du Code pénal. Il en résulte une typologie comprenant cinq sanctions :

1. Une peine d'emprisonnement comprise entre deux et six ans et une amende dont le montant est compris entre la valeur du pot-de-vin et le triple de cette valeur, lorsque le pot-de-vin est proposé, etc. afin que l'agent public se rende coupable dans l'exercice de ses fonctions, d'un acte ou d'une omission constitutif d'un crime (article 419).
2. Une peine d'emprisonnement comprise entre un et quatre ans et une amende dont le montant est compris entre la valeur du pot-de-vin et le triple de cette valeur, lorsque le pot-de-vin est proposé, etc. afin que l'agent public commette un acte injuste non constitutif d'un crime mais lié à l'exercice de ses fonctions et lorsque ledit agent exécute cet acte. Lorsque l'agent public n'exécute pas l'acte, la durée de la période d'emprisonnement est comprise entre un et deux ans et l'amende reste la même (article 420).

3. Une amende dont le montant est compris entre la valeur du pot-de-vin et le double de cette valeur, lorsque le pot-de-vin est proposé, etc. afin d'empêcher l'exécution d'un acte que l'agent public est tenu d'exécuter dans l'exercice de sa mission (article 421).
4. Une amende dont le montant est compris entre la valeur du pot-de-vin et le triple de cette valeur, lorsque le pot-de-vin est proposé, etc. afin d'inciter l'agent public à commettre un acte caractéristique de sa mission ou de récompenser un acte déjà commis (article 425).
5. Une amende comprise entre 90 et 180 jours-amendes au taux quotidien⁵³ lorsque le pot-de-vin est proposé à l'agent public au vu de sa position ou afin de commettre un acte n'étant pas interdit par la loi (article 426).

137. D'une manière générale, les examinateurs principaux notent que la nature de l'acte escompté de l'agent public est très largement définie dans la Convention – qui exige uniquement qu'il soit commis « dans l'exécution de fonctions officielles » – et qu'elle n'est pas mentionnée comme facteur pertinent sous l'angle des sanctions. Dans ce contexte, les examinateurs sont préoccupés par l'existence d'un système qui impose des sanctions très différentes en cas d'infraction de corruption transnationale selon la nature juridique précise de l'acte escompté de l'agent public, particulièrement lorsque, comme c'est le cas en l'occurrence, la qualification des actes requiert une analyse du droit étranger. La nature exacte de l'acte officiel escompté risque en outre d'être difficile à prouver dans les affaires de corruption transnationale en raison de l'indisponibilité fréquente de l'agent public concerné. De plus, le fait de mettre l'accent sur la nature juridique précise de l'acte officiel escompté peut déboucher sur des sanctions quelque peu imprévisibles.

138. Les articles 421 et 425-26 (tels qu'ils sont appliqués aux auteurs de corruption active) prévoient uniquement des amendes. En dehors des cas énumérés à l'article 426, le montant maximal de l'amende est lié à la valeur du pot-de-vin et ne peut excéder le triple de cette valeur. Ce système soulève plusieurs préoccupations. Premièrement, comme on l'a vu, l'absence de sanctions consistant en peines d'emprisonnement limite les possibilités d'entraide judiciaire et d'extradition. Deuxièmement, une amende liée à la valeur du pot-de-vin est difficilement applicable aux avantages non pécuniaires. Troisièmement, la valeur d'un pot-de-vin versé à un agent public étranger peut s'avérer parfois relativement modeste par rapport à la valeur de l'avantage recherché. Une sanction se limitant à une amende ne pouvant dépasser un faible multiple de la valeur du pot-de-vin paraît peu dissuasive, surtout compte tenu de la difficulté inhérente à la détection et à la poursuite des infractions de corruption transnationale. Ces préoccupations sont d'autant plus vives que certains cas de figure importants relevant de la Convention — comme les pots-de-vin proposés pour influencer sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire — sont uniquement passibles des amendes prévues aux articles 425-26 (voir plus haut la section consacrée à l'infraction de corruption transnationale).

139. L'analyse de la proportionnalité des sanctions est également importante. Alors que les sanctions pour corruption transnationale sont proportionnées à celles imposées pour corruption nationale, elles semblent disproportionnées à celles imposées dans les affaires de grave délit économique. La fraude (*estafa*) particulièrement grave est passible d'un à six ans d'emprisonnement et d'une amende comprise entre 180 et 360 jours-amende au taux journalier et, dans certains cas de fraude aggravée, d'une peine d'emprisonnement pouvant atteindre huit ans (voir les articles 248-50 du Code pénal). La jurisprudence estime généralement que les affaires de fraude portant sur une somme supérieure à 36 060 EUR (six

⁵³

Le taux quotidien varie entre 2 et 400 EUR. Voir l'article 50 paragraphe 4 du CP.

millions ESP) constituent une infraction aggravée⁵⁴. Des sanctions analogues s'appliquent en cas de détournement de fonds (*apropiación indebida*) en vertu de l'article 252 du Code pénal. Ces sanctions semblent par conséquent considérablement plus lourdes que celles appliquées à la corruption transnationale, hormis pour les cas prévus par l'article 419 (à savoir les actes illégaux commis par un agent public étranger). En particulier, alors que la sanction imposée en cas de délit économique augmente rapidement dès lors que l'affaire porte sur un montant relativement modeste, le montant en jeu n'a aucune incidence sur la peine d'emprisonnement maximale (et une incidence limitée sur le montant maximal de l'amende) dans les affaires de corruption transnationale.

140. Les articles 21 et 22 du Code pénal identifient des circonstances atténuantes et aggravantes qui sont appliquées à l'infraction conformément aux règles énoncées à l'article 66. En vertu de l'article 21, une confession antérieure à la découverte d'une infraction constitue une circonstance atténuante, de même que l'élimination partielle ou exige l'application d'une peine inférieure à la moitié de la peine maximale ; par exemple, concernant l'article 420, ce système impose apparemment une peine d'emprisonnement, comprise entre un an et deux ans et demi. En présence de deux circonstances atténuantes, une « peine inférieure d'un ou deux degrés » à celle prévue pour l'infraction ordinaire est appliquée ; comme on le verra, ce système a pour effet d'alléger considérablement les peines applicables. Il semble donc que, dans les affaires impliquant une confession précoce et des tentatives de remédier aux effets de la corruption, les peines appliquées soient très sensiblement allégées.

141. Les juges consultés lors de la mission sur place ont fait remarquer que, pour les peines inférieures à deux ans, ils peuvent imposer des peines avec sursis en vertu des articles 80 et 81 du Code pénal. En outre, en vertu des articles 88 et 49, ils peuvent aussi imposer des peines de substitution sous forme d'amendes ou de travaux d'intérêt collectif (avec l'accord de la personne reconnue coupable) dans les instances où la peine retenue est un emprisonnement d'une durée inférieure à deux ans. Il n'existe pas de statistiques disponibles concernant les peines réellement imposées dans les affaires de corruption.

Sanctions obligatoires réduites dans les affaires de sollicitation

142. En vertu de l'article 423 paragraphe 2 du Code pénal, les peines pour corruption transnationale active sont réduites en cas de sollicitation par l'agent public. Une « peine d'un degré moins sévère que celle » applicable à l'infraction ordinaire est retenue. En pareil cas, l'article 70.1 du Code pénal indique que la peine maximale imposable correspond à la peine minimale ordinaire moins un jour et la peine minimale à la moitié de la peine minimale ordinaire. Par conséquent, dans les affaires relevant de l'article 419 et impliquant une sollicitation, les peines maximale et minimale sont respectivement de trois ans moins un jour et d'un an. Concernant les affaires relevant de l'article 420, les peines maximale et minimale sont respectivement d'un an moins un jour – ce qui soulève des préoccupations concernant la possibilité d'extrader – et de six mois. Les amendes infligées en vertu des articles 421 et 425-26 seraient également réduites en cas de sollicitation.

143. En général, les commentateurs espagnols reconnaissent apparemment que cette réduction de la sanction ne se fonde pas sur une culpabilité atténuée de l'auteur de la corruption active dans les affaires de sollicitation, mais sur des considérations pratiques et notamment sur le désir d'inciter ledit auteur à coopérer avec les enquêteurs⁵⁵. Toutefois, comme l'un des commentateurs l'a fait remarquer, une règle visant apparemment à faciliter la coopération au niveau de la détection et de la poursuite de l'infraction passive perd tout son sens lorsque – comme c'est le cas dans les affaires de corruption transnationale – l'auteur de l'infraction passive (c'est-à-dire l'agent public étranger) n'est pas sanctionné en vertu du droit

⁵⁴ Voir Código penal (Colex, 9^e édition 2004), notes placées sous l'article 250 (mentionnant la STS 238/2003 du 2 février 2003 et la STS 17/2004 du 16 janvier 2004).

⁵⁵ Voir Caparrós, p. 120.

espagnol. La règle pose aussi des problèmes de preuve car, à la différence des affaires de corruption nationale, l'agent concerné est rarement disponible pour réfuter les allégations de sollicitation. Tout en estimant que l'existence d'une sollicitation agressive peut, dans certaines instances, influencer sur la détermination de la peine applicable à l'infraction de corruption transnationale (sans dégager pour autant la responsabilité de l'auteur), les examinateurs principaux considèrent qu'une règle rigide prévoyant des peines sensiblement plus légères dans tous les cas de sollicitation, si faible soit-elle, devrait être sérieusement remise en question. De plus, compte tenu de la légèreté des peines frappant nombre d'infractions ordinaires de corruption transnationale, ladite règle réduit encore davantage le caractère suffisant des sanctions.

Commentaire :

Les examinateurs principaux reconnaissent que l'Espagne s'efforce d'imposer des sanctions proportionnées pour corruption transnationale en alignant les peines concernées sur celles applicables à la corruption nationale, comme l'exige la Convention. Toutefois, ils estiment que les sanctions applicables en cas de corruption transnationale ne répondent pas toujours aux normes prévues par la Convention. Les examinateurs principaux recommandent d'aggraver suffisamment les sanctions pour éviter que leur niveau trop faible ne fasse obstacle aux procédures d'extradition et d'entraide judiciaire, y compris la saisie et la confiscation, dans les affaires de corruption transnationale. Les sanctions applicables à l'infraction de corruption visant à obtenir l'exercice favorable d'un pouvoir discrétionnaire, comme l'attribution d'un contrat, devraient être également sérieusement revues à la hausse. De plus, les examinateurs considèrent que l'Espagne devrait envisager l'aggravation des sanctions disponibles en cas de corruption transnationale grave afin d'assurer la proportionnalité avec les sanctions applicables aux délits économiques graves.

Les examinateurs principaux recommandent aussi aux autorités espagnoles d'éliminer la réduction obligatoire des sanctions pour corruption transnationale : (1) dans les affaires de sollicitation ; et (2) dans les affaires où l'agent public étranger ne commet pas l'acte injuste. Ces autorités devraient en outre veiller à ce que les sanctions applicables dans tous ces cas soient effectives, proportionnées et dissuasives, ainsi qu'à prendre des mesures appropriées pour améliorer la collecte de statistiques en la matière.

Les examinateurs principaux recommandent aussi que, dans le cadre de la modification recommandée pour étendre l'application de la loi aux pots-de-vin composés d'avantages non pécuniaires, les autorités espagnoles modifient la méthode de détermination des sanctions pour corruption transnationale.

ii) *Personnes morales*

144. La Convention exige l'application de sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives » aux personnes morales pour corruption transnationale, y compris des sanctions pécuniaires. Comme on l'a vu, l'Espagne – depuis le rapport de Phase 1 – a introduit une forme de responsabilité pénale des personnes morales dans les articles 445 et 31 du Code pénal. Comme on l'a vu également, les autorités espagnoles ont indiqué, depuis la mission sur place, qu'elles avaient engagé un processus visant à réformer en profondeur les dispositions du Code pénal relatives aux sanctions imposables aux personnes morales.

Sanctions en vertu des articles 445 et 129 du Code pénal

145. Comme on l'a vu, l'article 445 paragraphe 2 du Code pénal est une nouvelle disposition datant de 2003 et prévoyant que, si la personne physique coupable de corruption transnationale appartient à une personne morale, cette dernière peut se voir imposer les sanctions énoncées à l'article 129 du Code pénal. Lesdites sanctions, définies comme accessoires, incluent la fermeture et la dissolution de l'entité concernée ou la suspension de ses activités, ainsi que l'interdiction – permanente ou temporaire (pendant une période pouvant aller jusqu'à cinq ans) – d'exercer des activités analogues à celles ayant donné lieu à la condamnation. Les articles 445 paragraphe 2 et 129 du Code pénal suscitent plusieurs préoccupations chez les examinateurs principaux.

146. Premièrement, l'article 129 du Code pénal ne prévoit pas d'amende ou de sanction pécuniaire à l'encontre des personnes morales. Deuxièmement, les sanctions prévues aux articles 445 et 129 sont discrétionnaires : les deux dispositions indiquent en effet que le tribunal « peut imposer » l'une ou plusieurs des sanctions énumérées à l'article 129 sans exiger pour autant leur imposition. Les critères de décision en la matière ne sont pas précisés. Troisièmement, le but des sanctions de l'article 129 est expressément décrit en ces termes : « prévenir la poursuite de l'activité criminelle et de ses effets », sans la moindre allusion à la dissuasion [voir l'article 129 paragraphe 3 du Code pénal]. Les Réponses complémentaires indiquent qu'une mesure préventive est également dissuasive. Toutefois, des participants aux panels ont reconnu que dans les cas où il n'y a aucune raison de soupçonner que l'entité concernée continuera à violer la loi, aucune peine ne paraît devoir s'imposer au titre de l'article 129. Quatrièmement, comme des sanctions telles que la fermeture de l'entité ou la nomination d'un administrateur judiciaire risquent de s'avérer irréaliste dans la plupart des affaires de corruption transnationale, la seule autre option envisageable est l'interdiction d'exercer certaines activités. Un juge a noté que l'article 129 peut remplir un rôle utile en tant que sanction dans certaines affaires, tout en estimant la nécessité d'élargir les options disponibles pour les juges en matière de peines.

Sanctions en vertu de l'article 31 du Code pénal

147. Comme nous l'avons vu, l'article 31 paragraphe 2 du Code pénal est une nouvelle disposition établissant la responsabilité solidaire des personnes morales concernant le paiement des amendes infligées aux dirigeants condamnés en vertu de l'article 31 paragraphe 1 du Code pénal. Comme l'indique plus haut la section consacrée à la responsabilité des personnes morales, il semble que l'article 31 vise uniquement certaines infractions personnelles spéciales à l'exclusion, par conséquent, de l'infraction de corruption transnationale au sens de l'article 445. A supposer même que l'article 31 soit considéré comme applicable à la corruption transnationale, il ne prévoit que des sanctions relativement légères pour les personnes morales. La responsabilité de ces dernières est en effet limitée à la responsabilité solidaire concernant le paiement d'une amende infligée à une personne physique. Pour une grosse entreprise, une amende fixée en fonction de la situation financière d'un particulier a peu de chances de s'avérer efficace ou dissuasive. De plus, comme nous l'avons vu, les amendes infligées à une personne physique ne peuvent pas dépasser le triple de la valeur du pot-de-vin, soit un montant parfois largement inférieur au profit escompté par l'entreprise.

Commentaire :

Les examinateurs principaux saluent le lancement par l'Espagne d'un processus de modification de la législation relative aux sanctions applicables aux personnes morales, mais se déclarent très préoccupés par le non-respect persistant de l'article 3 de la Convention. Ils estiment que l'Espagne n'applique pas de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives aux personnes morales en cas de corruption transnationale, comme l'exige la Convention. Outre la révision susmentionnée du régime de responsabilité des personnes morales, les

examineurs recommandent aux autorités espagnoles de prévoir, dans les affaires de corruption transnationale, des amendes ou autres sanctions pécuniaires applicables directement à la personne morale concernée et suffisamment lourdes pour jouer un rôle dissuasif au regard des circonstances, y compris la taille de la personne morale concernée et la nature de l'avantage escompté ; de mettre fin au caractère discrétionnaire des sanctions visant les personnes morales ; et de veiller à ce que les sanctions soient à la fois dissuasives, préventives et efficaces.

b) Sanctions non pénales

148. En vertu de l'article 20(a) de la Loi relative aux contrats avec l'administration publique (*Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*), il est interdit à une personne physique ou morale de passer un contrat avec les autorités publiques espagnoles⁵⁶ dès lors que certaines infractions pénales limitativement énumérées — dont la corruption — ont été commises en son nom par l'un ou plusieurs de ses administrateurs ou représentants. Cette interdiction s'applique pendant une période pouvant aller jusqu'à huit ans. L'article 21 paragraphe 4 de la Loi prévoit que les autorités compétentes doivent informer le Comité consultatif pour les contrats publics et les autorités compétentes des régions des décisions pertinentes, afin que ledit comité puisse débattre d'une sanction appropriée en vertu de la section concernée de la Loi sur les contrats. Dans les affaires relevant de l'article 20(a), la sanction administrative est en théorie « automatique », mais dépend en réalité d'une décision prise par le ministère de l'Économie et des Finances sur avis du Comité consultatif. La sanction choisie par le ministère s'applique à toute l'administration publique. Les personnes physiques et morales visées par une interdiction sont répertoriées sur le site Web du ministère (qui comprenait une liste d'une vingtaine de noms – répertoriés pour diverses raisons – à l'époque de la mission sur place).

149. Les représentants du Comité consultatif ont indiqué que l'information requise par le système d'interdiction circule plutôt bien en général au sein de l'administration, mais ils ont déploré de ne pas recevoir les informations nécessaires de la part des autorités judiciaires. Ils ont aussi reconnu l'absence de tout mécanisme permettant la notification au Comité des condamnations pour corruption transnationale, en dehors des rapports spontanés émanant de l'administration espagnole. Aucune statistique n'est disponible concernant l'usage de cette interdiction.

150. Bien que la Loi sur les contrats avec l'administration publique semble s'appliquer à toutes les administrations, d'autres organismes prévoient des sanctions administratives spécifiques en cas de condamnation pour corruption. Une loi de 2003 relative au FAD (Fonds d'aide au développement) prévoit que le gouvernement peut supprimer les crédits et le soutien accordés par cet organisme en cas de condamnation prononcée en vertu de l'article 445. La même loi prévoit que l'entreprise espagnole « responsable de l'infraction » peut être exclue des contrats du FAD pendant une période pouvant aller jusqu'à cinq ans en vertu d'une procédure appliquée par le MITC⁵⁷. Compte tenu des difficultés signalées à propos de la circulation des informations, les examineurs principaux notent qu'un système centralisé unique pourrait s'avérer plus efficace.

⁵⁶ Le terme « autorités publiques » est compris comme désignant le gouvernement central, les gouvernements des communautés autonomes et les organismes relevant d'une collectivité locale.

⁵⁷ Voir la Loi 62/2003 du 30 décembre 2003, deuxième disposition additionnelle, neuvième paragraphe.

151. En vertu de la Déclaration d'action de l'OCDE, les contrats de la CESCE contiennent des clauses stipulant que le soutien qu'ils octroient est supprimé dès lors que le projet concerné est entaché d'un acte de corruption – au sens de l'article 445 – reconnu par l'assuré ou constaté par un jugement définitif. Ils prévoient aussi que la CESCE a le droit de suspendre les paiements en attendant la fin d'une procédure juridique visant des allégations de corruption. La CESCE n'a aucune expérience pratique dans le domaine de l'annulation d'un soutien en raison d'une condamnation pour corruption.

Commentaire :

Les examinateurs principaux considèrent que la Loi sur les contrats avec l'administration publique semble dans l'ensemble fournir une base solide à l'imposition de sanctions administratives étendues dans le domaine des marchés publics aux personnes physiques et morales se livrant à la corruption transnationale, même s'il est difficile, faute de statistiques pertinentes, de dresser un bilan. Toutefois, la limitation de l'application de la Loi aux actes de corruption commis par un administrateur ou représentant d'une entreprise réduit son efficacité en tant que sanction frappant les personnes morales coupables de corruption transnationale. Les examinateurs encouragent les autorités espagnoles à prendre des mesures pratiques pour améliorer la circulation des informations, en provenance notamment des autorités judiciaires, à destination des autorités responsables des systèmes de sanctions administratives.

c) *Confiscation et saisie conservatoire*

152. L'article 127 du Code pénal contient des principes généraux concernant la confiscation des gains illégaux. Pendant la Phase 1, le Groupe de travail avait exprimé sa préoccupation devant l'impossibilité d'appliquer la confiscation lorsque les actifs ne sont plus disponibles. L'article 127 a été modifié sur ce point et son paragraphe (2) autorise désormais la confiscation de biens dont la valeur correspond à celle du pot-de-vin et des produits lorsque ces actifs ne sont plus disponibles, notamment lorsqu'ils sont entre les mains d'un tiers de bonne foi. Depuis sa modification en 2003, l'article 127 paragraphe 3 permet aussi au tribunal d'ordonner la confiscation en l'absence d'une responsabilité pénale.

153. Aucune statistique relative à la saisie et la confiscation pour délit économique n'a été fournie. Le paragraphe 7.3(b) des Réponses note que la confiscation en vertu de l'article 127 PC s'applique aux personnes morales de la même manière qu'aux personnes physiques sans citer d'affaires concrètes.

154. Outre la disposition générale de l'article 127, le Code pénal contient aussi – dans son article 431 – une disposition spécifique à la confiscation en cas de corruption. Elle est beaucoup plus restrictive que l'article 127 et vise uniquement la confiscation du cadeau ou du pot-de-vin lui-même. Il est difficile de savoir si l'article 431 pourrait s'appliquer à l'article 445 dans la mesure où il vise uniquement les cas répertoriés aux chapitres V et VI du titre XIX. (L'article 445 figure au chapitre X, mais incorpore l'article 423 lui-même placé au chapitre V). Bien qu'il apparaisse clairement que l'article 431 ne gêne pas l'application de l'article 127, le but actuel de l'article 431 semble obscur.

155. Les articles 589 à 614 de la LECrim (lus ensemble avec l'article 127 du Code pénal) s'appliquent aux saisies conservatoires. Le recours à des mesures provisoires (y compris la saisie des produits) peut être ordonné : (1) en vue d'empêcher l'auteur supposé de l'infraction de modifier sa position financière ou son crédit et ainsi de dissiper les actifs liés à l'affaire de corruption faisant l'objet de l'enquête ; ou (2), en présence d'indices laissant supposer qu'un objet peut servir de preuve. Les Réponses indiquent que, dans les infractions liées aux stupéfiants, la saisie peut être obtenue pour un troisième motif – garantir l'exécution d'une ordonnance de confiscation – qui ne peut apparemment pas être invoqué dans les affaires de corruption [voir le paragraphe 7.3(a) des Réponses].

156. Les unités de soutien de la *Fiscalía Anticorrupción* sont très utiles dans les enquêtes visant à identifier et à retrouver la trace des produits de délits économiques y compris la corruption. En particulier, les unités de contrôleurs des impôts et du Bureau du contrôleur financier général de l'État apportent un concours précieux sous l'angle de la reconstitution des mouvements de fonds, des contrôles fiscaux et de l'analyse des opérations financières, tout en offrant un accès direct à la base de données consolidée du contrôle des impôts. Dans les cas appropriés, la *Fiscalía Anticorrupción* peut solliciter l'assistance d'autres organes relevant du contrôle des impôts. Les unités de soutien de la police aident aussi la *Fiscalía Anticorrupción* à suivre la trace des gains, fonds et capitaux illégaux et à les récupérer.

Commentaire :

Les examinateurs principaux se félicitent de l'élargissement de la portée de l'article 127 du Code pénal et en particulier de l'application de cette disposition à la confiscation de biens d'une valeur équivalente. Ils considèrent que la Fiscalía Anticorrupción est bien équipée pour exécuter des saisies et confiscations dans les affaires de grande envergure. Les examinateurs estiment que le Groupe de travail devrait procéder à un suivi de la question pour s'assurer que les confiscations effectuées dans les affaires de corruption transnationale sont régies par l'article 127 du Code pénal sans être limitées par les dispositions de l'article 431 du même Code.

4. Infractions et obligations connexes

a) Interdiction de la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers et application de cette interdiction

157. La Loi relative à l'impôt sur les sociétés et la Loi relative à l'impôt sur le revenu des personnes physiques n'interdisent pas expressément la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers⁵⁸. Comme elle l'avait déjà fait pendant la Phase 1, l'Espagne s'appuie sur une décision de la Cour suprême, estimant qu'un comportement expressément interdit ne pouvait donner lieu à une déduction⁵⁹. Dans l'instance en question, les frais correspondaient à des dépenses occasionnées à une société à des fins de publicité et de promotion en rapport avec des activités de jeu interdites et assimilées à une « conduite grave » par la réglementation pertinente. La Cour suprême avait infirmé la décision de la juridiction inférieure qui avait estimé ces frais déductibles. Elle avait retenu l'argumentation des autorités fiscales, à savoir que le fait d'autoriser la déductibilité de ces dépenses « reviendrait à reconnaître comme légal sur le plan de la fiscalité un comportement expressément interdit » par la loi.

158. L'invocation d'un principe aussi général amène à s'interroger sur la sensibilisation des contrôleurs des impôts à l'infraction de corruption transnationale. Pendant la mission sur place, les représentants de l'administration fiscale ont affirmé que « l'évidence » ou « le simple bon sens » voudrait que les contrôleurs des impôts sachent qu'un pot-de-vin versé à un agent public étranger constitue une infraction et que, par conséquent, l'inspecteur concerné refuserait la déduction. Les examinateurs principaux doutent que l'on puisse appliquer efficacement l'interdiction en se fondant sur la connaissance supposément très large de la nature délictueuse de la corruption transnationale. Aucune ligne directrice ou consigne n'a été donnée aux autorités fiscales espagnoles pour attirer leur attention sur le fait que les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers ne sont pas déductibles ou pour expliquer les dispositions pertinentes du Code pénal (voir le paragraphe 33 des Réponses). Des professeurs de droit, des

⁵⁸ Conformément à l'article 26 de la Loi relative à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, les dispositions mentionnées dans la Loi relative à l'impôt sur les sociétés s'appliquent aussi aux personnes physiques pour déterminer leur revenu issu d'activités économiques.

⁵⁹ Décision de la Cour suprême (troisième chambre) du 4 juillet 1998, appel n° 3065/1992.

représentants des médias et d'autres spécialistes ont souligné que beaucoup de gens ne savent pas que la corruption transnationale est une infraction en Espagne ; par exemple, lesdits professeurs ont noté que les étudiants en droit pénal étaient presque toujours surpris de l'apprendre. Les examinateurs considèrent que l'on ne saurait trop se fier à la perception de la corruption transnationale comme une activité illégale, surtout dans les contextes où cette pratique est répandue, constitue une réaction à des actes de corruption prétendument commis par d'autres ou répond à une sollicitation de la part d'un agent public. A supposer même que l'interdiction de la déduction des frais liés à des activités illégales soit largement comprise, nul ne peut garantir que chaque agent des impôts sait que la corruption transnationale constitue maintenant une infraction.

159. Certains agents des impôts ont affirmé qu'une interdiction expresse causerait des difficultés en contraignant les contrôleurs à qualifier juridiquement une infraction et en soulevant des problèmes d'interprétation. La décision de la Cour suprême citée par les autorités espagnoles, cependant, s'appuie apparemment sur le fait que l'activité contestée était « expressément interdite » par la loi et tout refus de déduire des dépenses au motif qu'elles constituent une infraction pénale devrait sans doute s'appuyer également sur une base explicite du même type. En pratique, les agents des impôts réagiraient probablement à des actes semblant constituer une infraction sans se lancer dans une analyse doctrinale, mais les examinateurs estiment que la probabilité d'une telle réaction en cas de corruption transnationale serait beaucoup plus élevée en présence d'une interdiction expresse dans la législation fiscale. En outre, une telle interdiction serait aussi un signal fort pour les vérificateurs aux comptes, directeurs financiers et autres personnes souvent peu familiarisées avec le droit pénal ou la Convention. Les examinateurs principaux notent aussi qu'en vertu des principes généraux du droit espagnol, les juges, les procureurs et les contrôleurs des impôts sont censés connaître la loi.

160. De plus, il semble que le Code fiscal contienne des dispositions étendues qui pourraient être invoquées pour tenter de déduire des pots-de-vin. Par exemple, l'article 14 de la Loi relative à l'impôt sur les sociétés interdit la déduction des « dons et faveurs », mais comporte des exceptions importantes, notamment « les frais occasionnés pour promouvoir les relations publiques avec les clients et les fournisseurs » et « les frais corrélés à des revenus ». Les pots-de-vin versés en vue d'obtenir des contrats sont fréquemment utilisés pour générer des revenus. Les agents des impôts ont clairement indiqué que les paiements illicites en tant que tels ne peuvent pas être déduits en vertu de l'article 14, mais ont reconnu que cette disposition est formulée en termes très généraux. Ils ont expliqué qu'elle a été modifiée pour élargir des déductions jadis limitées aux frais nécessaires dans le cadre de l'activité de la société. Cette approche – tout en ayant le mérite d'avoir introduit une certaine souplesse dans la déduction de dépenses telles que les restaurants et les fêtes de fin d'année et d'avoir aussi réduit le nombre des litiges portant sur la nature des dépenses déductibles – pourrait aussi faciliter les tentatives de déduction de pots-de-vin sous divers déguisements. Les agents des impôts ont également indiqué que les déductions doivent être suffisamment documentées et que l'absence de justificatif suffisant constitue fréquemment le principal motif invoqué pour rejeter une demande de déductibilité de ce type de paiements.

161. Les agents des impôts ont indiqué que les vérifications des grosses ou très grosses sociétés sont effectuées par des unités spéciales. L'objectif est de procéder à une vérification tous les quatre ans afin d'éviter l'expiration du délai de prescription entre deux vérifications. Il est généralement atteint concernant les très grosses sociétés mais ce n'est pas le cas pour les grosses sociétés. Concernant les sociétés plus petites, les vérifications sont effectuées sur la base d'une sélection opérée à l'aide d'un logiciel conçu pour analyser les risques pertinents. Les autorités fiscales ne semblaient pas connaître l'existence du Manuel de sensibilisation à la corruption à l'attention des contrôleurs des impôts de l'OCDE, même si les questions posées n'abordaient pas ce point dans le détail. L'article 93 de la Loi fiscale générale établit expressément que le secret bancaire ne saurait faire obstacle aux enquêtes fiscales.

162. Un professeur de droit représentant une ONG a affirmé à la presse que les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers demeurent largement déductibles en Espagne, surtout dans le cadre des frais généraux⁶⁰. Pendant la mission sur place, il a expliqué que le problème ne découle pas d'une règle permettant la déductibilité des pots-de-vin, mais de plusieurs facteurs ayant trait à l'application des lois fiscales, y compris une acceptation grandissante des déductions en général, l'absence d'un catalogue des déductions acceptables et inacceptables dans la législation fiscale et la difficulté de savoir si certains frais spécifiques impliquent un lien avec une activité illicite. Il a relevé l'importance des règlements d'application de la loi fiscale de 2003 qui n'ont toujours pas été adoptés. L'Espagne considère que le problème se limite à une disposition applicable aux personnes privées qui disposent de revenus provenant d'activités économiques inférieures à 600 000 EUR et qui peuvent déduire jusqu'à 5 % de leur revenu net au titre de provision autorisée et de frais généraux.

163. L'administration fiscale a récemment lancé un plan ambitieux de lutte contre la fraude fiscale (*Plan de prevención del fraude fiscal*) incluant une étude minutieuse et plus de trois cents mesures correctives⁶¹. Le plan (dans son paragraphe 2.5) prévoit un renforcement des relations entre les autorités fiscales et la *Fiscalía Anticorrupción*. Bien qu'abordant spécifiquement la fraude fiscale dans le commerce avec l'étranger et le blanchiment de capitaux, il ne s'intéresse pas à la fraude fiscale associée à la corruption transnationale. Les agents des impôts ont expliqué cette lacune en faisant valoir l'absence de problème réel puisque personne n'essaie normalement de déduire un pot-de-vin versé à un agent public étranger. Tout en reconnaissant que certains progrès ont peut-être été enregistrés sous cet angle, les examinateurs estiment cette analyse est excessivement optimiste et relèvent que les agents des impôts ont joué un rôle dans la détection de certaines affaires de corruption nationale.

164. Le Pays basque jouit depuis longtemps d'une large autonomie sur le plan fiscal en vertu notamment de la Loi organique 3/1979 et plus récemment de la Loi 12/2002. La Navarre jouit, elle aussi, d'une large autonomie dans ce domaine. Les agents des impôts basques ont indiqué qu'ils pouvaient s'appuyer sur une disposition analogue à l'article 14 et qu'ils considéraient la décision de la Cour suprême relative à la non-déductibilité des frais illicites comme applicable au Pays basque. Ils ont aussi avoué ne pas disposer d'unités de vérification spéciales en raison de la taille réduite de leur région : ils gèrent en effet environ 8 000 déclarations de sociétés par an. Ils ont qualifié leurs échanges de renseignements avec les autorités judiciaires locales de fluides.

Commentaire :

Les examinateurs principaux considèrent que l'Espagne devrait prendre les mesures nécessaires pour rendre explicite l'interdiction de la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, afin de sensibiliser les contrôleurs des impôts et les entreprises à l'infraction et à son traitement fiscal. Le plan de formation des contrôleurs des impôts devrait englober la corruption transnationale et le plan récent de lutte contre la fraude fiscale être étoffé afin d'inclure des mesures spécifiques à la corruption transnationale. Les examinateurs principaux conseillent vivement aux autorités espagnoles d'adapter la traduction espagnole existante du Manuel de sensibilisation à la corruption à l'attention des contrôleurs des impôts afin de permettre son utilisation en Espagne et de la distribuer aux agents des impôts en tant que de besoin.

⁶⁰ L'article (paru dans le numéro d'*El País* daté du 21 octobre 2004) citait Jesus Sanchez Lambas – Secrétaire général de la fondation Ortega y Gasset – comme ayant déclaré qu'en dépit de la Convention de l'OCDE, la législation nationale de certains pays permet la déduction de pots-de-vin versés à l'étranger sous couvert d'euphémismes tels que « frais généraux » ou « frais sans justificatifs » et que, concernant l'Espagne, lesdits pots-de-vin peuvent être déduits à hauteur de 5 %.

⁶¹ Voir <http://www.aeat.es/campanyas/fraude/ppff.pdf>

b) Comptabilité et vérification des comptes

i) Normes de comptabilité et de vérification des comptes

165. Le Code du commerce prévoit que tous les « entrepreneurs » doivent conserver des livres et états de compte et fournir des états financiers respectant un certain nombre d'exigences. Le Plan comptable général met en œuvre les aspects comptables du droit commercial et s'applique à toutes les entreprises, quelle que soit leur forme juridique. Les sociétés commerciales sont tenues de déposer leurs états financiers et les documents y afférents, y compris les rapports des vérificateurs aux comptes, au Bureau du registre du commerce où ils peuvent être librement consultés ; les violations sont sanctionnées par l'ICAC et les tribunaux. L'interdiction des comptes hors livres par la législation espagnole a été unanimement confirmée pendant la mission sur place. En outre, des informations sur tous les éléments d'appréciation du passif éventuel semblent exigées à la fois au titre de l'article 200 de la Loi sur les sociétés et du Plan comptable général.

166. Conformément à la réglementation de l'UE, les sociétés espagnoles cotées sur un marché européen réglementé des valeurs mobilières doivent préparer leurs états financiers consolidés conformément aux Normes internationales d'information financière (IFRS) depuis 2005⁶². L'Espagne a choisi de ne pas contraindre les autres sociétés à utiliser les IFRS. Les IFRS sont optionnelles pour les sociétés qui sont tenues de produire des états financiers consolidés mais qui ne sont pas cotées, le choix devant être fait par la société obligée de fournir des comptes consolidés en vertu de l'article 42 du Code de commerce.

167. En vertu de l'article 42 du Code de commerce, la société mère ou dominante dans un groupe est tenue de produire des rapports consolidés pour ledit groupe, y compris pour les filiales contrôlées directement ou indirectement. La notion de groupe semble définie de manière assez restrictive. Toutefois, l'Espagne a indiqué que les exigences en matière de consolidation sont appliquées de manière assez large et que les sociétés possédant une part minoritaire dans le capital d'une filiale doivent consolider les comptes de cette dernière lorsqu'elles en ont le contrôle effectif.

168. L'article 203 de la Loi sur les sociétés et la première disposition additionnelle de la Loi relative à la vérification des comptes énoncent des Normes de vérification des comptes. Ne sont exemptées que les petites et moyennes sociétés, c'est-à-dire celles répondant à au moins deux des trois critères énoncés à l'article 181 de la Loi sur les sociétés : total des actifs inférieur à 2 373 998 EUR ; chiffre d'affaires annuel inférieur à 4 747 996 EUR ; et nombre moyen de salariés inférieur à 50. Une loi de 2002 exige des sociétés cotées qu'elles se dotent d'un comité d'audit à partir de 2002. La CNMV est chargée de surveiller cet aspect. Des services de contrôle interne ont également été mis sur pied par 93 % des sociétés cotées.

169. Seule une personne ayant le statut légal de vérificateur aux comptes peut procéder à une vérification, et l'ICAC tient à jour un registre officiel des intéressés (ROAC). L'ICAC a établi des contrôles de qualité des vérificateurs. L'article 8 de la Loi sur la vérification des comptes énonce des normes en matière d'indépendance des vérificateurs, y compris des incompatibilités et un système de rotation obligatoire. En vertu de l'article 8 paragraphe 4, les vérificateurs sont nommés initialement pour une période comprise entre trois et neuf ans au bout de laquelle leur mandat peut être renouvelé par tranches d'un an. Certains représentants de la profession rencontrés pendant la mission sur place ont laissé entendre que neuf ans constituent un maximum absolu, mais les autorités espagnoles ont fait savoir qu'elles contestaient cette interprétation et qu'il n'existe pas de maximum. Les normes en matière de rotation visent les associés et le personnel des cabinets d'audit. La rotation est obligatoire après une

⁶² Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, article 4.

période de sept ans pour certains types de sociétés telles que les entités réglementées, les sociétés cotées et celles réalisant un chiffre d'affaires annuel supérieur à 30 000 000 EUR.

Commentaire :

Les examinateurs principaux se félicitent de l'adoption de contrôles de qualité et de l'attention portée par l'ICAC à la qualité des vérifications aux comptes.

ii) Sanctions et application

170. En vertu de l'article 290 du Code pénal, un administrateur (*administrador*) d'une société qui a été immatriculée ou est en cours de formation commet une infraction s'il falsifie les comptes annuels ou tout autre document devant refléter la situation financière d'une entité, en vue de porter un préjudice financier à l'entité, aux sociétaires ou à un tiers. La peine prévue est de trois ans d'emprisonnement assortis d'une amende. Les procureurs interrogés ont expliqué que cet article a été largement interprété comme applicable non seulement à l'administrateur mais à l'ensemble des dirigeants d'une société. Les vérificateurs aux comptes peuvent aussi être tenus responsables lorsqu'ils apparaissent comme des « coopérateurs incontournables » de la direction. Les procureurs de la *Fiscalía Anticorrupción* ont indiqué que l'article 290 du Code pénal est fréquemment appliqué mais aucune statistique n'est disponible.

171. En vertu de dispositions plus anciennes de l'article 395 du Code pénal, la falsification d'un « document de commerce » constitue aussi une infraction. Les peines encourues pour ce type de falsification varient entre six mois et deux ans d'emprisonnement. L'article 310 du Code pénal punit plus généralement les particuliers qui, alors qu'ils sont obligés de tenir des livres et des états comptables en vertu de la législation fiscale, se livrent à certaines activités telles que la double comptabilité, l'enregistrement d'opérations inexistantes ou le non-enregistrement d'opérations existantes, etc. La peine encourue varie entre cinq et sept mois d'emprisonnement.

c) Blanchiment de capitaux

172. L'article 301 du Code pénal, tel qu'il a été modifié en 2003, adopte une approche « englobant toutes les infractions » pour définir les infractions sous-jacentes. Une ancienne référence aux seules infractions graves a été supprimée. Toutes les infractions de corruption transnationale sont donc désormais des infractions sous-jacentes en vertu de cette disposition. Les peines pour blanchiment de capitaux incluent des périodes d'emprisonnement allant de six mois à six ans, des amendes pouvant atteindre trois fois la valeur des actifs blanchis, ainsi que l'exclusion de certains emplois publics ou l'interdiction d'exercer certaines activités. Le blanchiment de capitaux en Espagne englobe à la fois les actes intentionnels et ceux résultant d'une grave négligence (article 301 paragraphe 3 du Code pénal). La question de la couverture de l'autoblanchiment de capitaux (c'est-à-dire le blanchiment par la personne ayant aussi commis l'infraction sous-jacente) semble n'avoir été abordée que dans un petit nombre d'affaires et n'avoir pas encore donné lieu à une jurisprudence claire. L'infraction de blanchiment s'applique expressément aux infractions sous-jacentes commises pour tout ou partie à l'étranger.

173. Les représentants du SEPBLAC ont indiqué avoir reçu des DOS concernant d'actuels ou d'anciens agents publics étrangers ou des membres de leur famille. Cependant, les DOS n'identifient généralement pas une infraction sous-jacente particulière. De 2002 à septembre 2005, le SEPBLAC a reçu dix-sept DOS portant sur de tels agents ou sur leurs proches. Quatre ont été transmises à la *Fiscalía Anticorrupción*, une à un juge central d'instruction, une à la police nationale, huit ont été classées pour manque de preuves et trois font encore l'objet d'une enquête⁶³. Les autorités espagnoles n'ont pas fourni de

⁶³ Globalement, le rapport annuel 2004 signale que 204 affaires ont été déférées à la *Fiscalía Anticorrupción* et plus de 1 000 à la police (police nationale et garde civile).

renseignements sur l'état d'avancement des enquêtes en cours. Aucune information statistique relative aux poursuites et aux condamnations pour blanchiment ne figure dans le rapport annuel de la SEPBLAC. Cette cellule a par ailleurs indiqué qu'elle ne recevait pas de retour d'information sur les suites réservées aux DOS qu'elle transmet.

E. RECOMMANDATIONS

174. Le Groupe de travail note les efforts déployés récemment par l'Espagne pour préparer une législation établissant la responsabilité pénale des personnes morales et des sanctions appropriées ; il encourage ce pays à adopter ladite législation aussitôt que possible. Le Groupe de travail relève aussi l'introduction en 2003 de certaines sanctions accessoires pouvant être imposées aux personnes morales. Il se déclare cependant extrêmement préoccupé par le fait qu'au moment de la mission sur place et de l'adoption du présent rapport l'Espagne n'avait pas encore établi une responsabilité pénale ou administrative complète des personnes morales pour corruption d'agent public étranger. Le Groupe de travail évaluera le régime de responsabilité et de sanctions applicable aux personnes morales pour corruption transnationale dès que celui-ci aura été adopté et dès qu'une expérience pratique suffisante aura été acquise.

175. Sur la base de ses constatations relatives à la mise en œuvre par l'Espagne de la Convention et de la Recommandation révisée, le Groupe de travail (1) formule les recommandations suivantes à ce pays dans la Partie I et (2) s'engage à procéder à un suivi des questions évoquées dans la Partie II lorsqu'une pratique suffisante aura été acquise.

Partie I. Recommandations

Recommandations en vue d'assurer l'efficacité des mesures de prévention et de détection de la corruption d'agents publics étrangers

176. En ce qui concerne les actions de sensibilisation et de prévention visant à promouvoir la mise en œuvre de la Convention et de la Recommandation révisée, le Groupe de travail recommande à l'Espagne de :

- a) prendre des mesures supplémentaires, y compris le renforcement de la formation, en vue de sensibiliser davantage à l'infraction de corruption transnationale le personnel de l'administration publique et des organismes en contact avec les entreprises espagnoles actives sur les marchés étrangers, y compris ceux spécialisés dans la promotion du commerce extérieur, les crédits à l'exportation et l'aide au développement, et de s'assurer que les déclarations exigées par la CESCE des personnes sollicitant son soutien contiennent un engagement de ne pas se livrer à la corruption liant à la fois le demandeur et/ou l'exportateur et les personnes agissant en son nom (Recommandation révisée, paragraphe I) ;
- b) agir pour sensibiliser davantage les organisations patronales et les entreprises à la législation relative à la corruption transnationale et à l'intention des autorités de la faire respecter, y compris en encourageant une meilleure coordination entre les ministères et les organismes responsables des domaines juridique et économique afin de préparer un matériel pédagogique portant sur cette infraction (Recommandation révisée, paragraphe I) ;

- c) travailler avec les comptables, les vérificateurs aux comptes et les juristes afin de sensibiliser ce public à l'infraction de corruption transnationale et à son statut d'infraction sous-jacente au blanchiment de capitaux, et encourager ces professions à élaborer un programme pédagogique portant spécifiquement sur la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de leurs systèmes propres de formation professionnelle initiale et continue (Recommandation révisée, paragraphe I).

177. En ce qui concerne la détection et le signalement de l'infraction de corruption d'agent public étranger et des infractions connexes aux autorités compétentes, le Groupe de travail recommande à l'Espagne de :

- a) communiquer régulièrement des instructions à l'intention du personnel des ambassades et des missions commerciales espagnoles concernant les mesures à prendre en cas d'allégations plausibles — dans la presse étrangère ou ailleurs — faisant état d'actes de corruption transnationale commis par une entreprise ou un particulier espagnol et prendre des mesures afin que les soupçons soient effectivement transmis aux procureurs en Espagne (Recommandation révisée, paragraphe I) ;
- b) faciliter le signalement des soupçons de corruption transnationale aux procureurs, y compris en précisant et en faisant connaître les effets de l'article 262 de la LECrim et en envisageant des mesures protégeant davantage, contre d'éventuelles représailles, les salariés ayant fait des déclarations de bonne foi (Recommandation révisée, paragraphe I) ;
- c) continuer à améliorer les mesures applicables imposant aux vérificateurs aux comptes de communiquer tous les soupçons d'acte de corruption commis par un salarié ou un agent quelconque de la société vérifiée à la direction de cette dernière et, au besoin, à ses organes de contrôle, et d'envisager des mesures plus efficaces que l'article 262 de la LECrim pour contraindre les vérificateurs — au cas où leur révélation des faits n'aurait suscité aucune réaction de la part de la société — de signaler tous leurs soupçons aux autorités répressives compétentes (Recommandation révisée, paragraphe V.B);
- d) modifier et élargir le traitement des personnalités politiquement exposées (PEP) dans les lignes directrices en vigueur expliquant aux établissements de crédit comment prévenir le blanchiment de capitaux et dans les autres textes pertinents de ce type le cas échéant, et de veiller à ce que les autorités antiblanchiment disposent de ressources suffisantes pour s'acquitter efficacement de leurs tâches élargies (Recommandation révisée, paragraphe I).

Recommandations en vue d'assurer une enquête et des poursuites efficaces en cas de corruption d'agent public étranger ou d'infraction connexe

178. Concernant l'enquête et les poursuites en cas de corruption transnationale ou d'infraction connexe, le Groupe de travail recommande à l'Espagne de :

- a) mettre en œuvre la décision des autorités espagnoles de conférer au parquet anticorruption (*Fiscalía Anticorrupción*) le pouvoir d'enquêter sur toutes les affaires de corruption transnationale autres que les affaires mineures et d'engager des poursuites, sans devoir solliciter au cas par cas du procureur général de l'état (FGE) une décision attestant que l'instance revêt une importance particulière, d'adopter des mesures supplémentaires garantissant que toutes les allégations substantielles de corruption transnationale font l'objet d'une enquête et de continuer à doter les enquêteurs et les procureurs des ressources nécessaires (Convention, article 5 ; Recommandation révisée, paragraphe I) ;

- b) revoir la règle exigeant d'informer le suspect pendant l'enquête initiale portant sur des allégations de corruption transnationale, dans la mesure où cette pratique risque de nuire à l'efficacité de l'enquête (Convention, article 5 ; Recommandation révisée, paragraphe I) ;
- c) prendre des mesures appropriées, telles que l'aggravation des sanctions applicables, afin de garantir un allongement du délai de prescription de façon à ménager un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites dans les affaires de corruption transnationale (Convention, article 6) ;
- d) clarifier sa législation afin de mettre fin à l'incertitude concernant la question de savoir si les affaires de corruption transnationale doivent être jugées par un jury (Convention, articles 5 et 6 ; Recommandation révisée, paragraphe I) ;
- e) prendre des mesures appropriées pour améliorer la collecte et la diffusion d'informations statistiques permettant l'évaluation de la lutte contre la corruption transnationale (Recommandation révisée, paragraphe I).

179. Concernant l'infraction de corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à l'Espagne de :

- a) modifier sa législation afin d'éviter que l'application des infractions de corruption transnationale n'exige pas le recours à un droit étranger (Convention, article 1) ;
- b) prendre toutes les mesures requises pour que l'infraction de corruption transnationale puisse s'appliquer : (i) à tous les pots-de-vin versés à un agent public étranger afin d'influer sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ; (ii) à tous les pots-de-vin versés à un agent public étranger pour qu'il agisse ou omette d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, que le pot-de-vin ait été proposé ou pas à l'agent concerné « dans l'exercice de sa mission » ; et (iii) à tous les pots-de-vin – autres que de petits paiements de facilitation – versés à un agent public étranger pour qu'il agisse ou omette d'agir conformément à ses devoirs (Convention, article 1) ;
- c) clarifier la définition de l'agent public étranger, de préciser que l'article 427 du Code pénal ne s'applique pas aux infractions de corruption étrangère et de veiller à ce que la loi s'applique aux pots-de-vin versés à des agents publics étrangers mais composés d'avantages non pécuniaires (Convention, article 1).

180. Concernant la responsabilité des personnes morales en cas de corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à l'Espagne de :

- a) modifier sa législation pour garantir que toute personne morale puisse être tenue directement responsable de la corruption d'un agent public étranger (Convention, article 2) ;
- b) éliminer l'exigence de l'établissement préalable d'une responsabilité individuelle avant de pouvoir invoquer la responsabilité d'une personne morale (Convention, article 2).

181. Concernant les sanctions applicables à la corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à l'Espagne de :

- a) aggraver les sanctions pénales applicables aux infractions de corruption étrangère afin : (i) de prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives dans tous les cas, notamment lorsque le pot-de-vin a été proposé ou versé en vue d'obtenir un exercice

favorable du pouvoir discrétionnaire de l'agent concerné ; et (ii) de prendre des mesures afin de s'assurer que des demandes d'entraide judiciaire et d'extradition visant des affaires de corruption transnationale ne puissent pas être rejetées sur la base d'un niveau des sanctions insuffisant (Convention, article 3 paragraphe 1) ;

- b) envisager l'aggravation des sanctions possibles en cas de corruption transnationale portant sur des sommes importantes, afin d'assurer une certaine proportionnalité avec les sanctions applicables aux délits économiques portant sur des montants analogues (Convention, article 3) ;
- c) éliminer la réduction obligatoire des sanctions pour corruption transnationale : (i) dans les cas où il y a eu sollicitation ; et (ii) dans les affaires où l'agent public étranger ne commet pas l'acte injuste [Convention, article 3 paragraphe 1] ;
- d) modifier sa législation afin de prévoir l'application de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives aux personnes morales pour corruption transnationale, y compris des amendes ou autres sanctions pécuniaires (Convention articles 2 et 3) ;
- e) prendre des mesures pratiques pour améliorer la circulation de l'information, en provenance notamment des autorités judiciaires, à destination des autorités responsables des systèmes de sanctions administratives (Convention, article 3).

182. Concernant les infractions et obligations connexes touchant à la comptabilité/vérification des comptes, au blanchiment de capitaux et à la fiscalité, le Groupe de travail recommande à l'Espagne de prendre les mesures nécessaires pour rendre explicite l'interdiction de la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, d'intégrer la corruption transnationale et son traitement fiscal au programme de formation des contrôleurs des impôts et d'envisager l'adaptation de la traduction espagnole existante du Manuel de sensibilisation à la corruption à l'attention des contrôleurs des impôts afin de permettre son utilisation en Espagne (Recommandation révisée, paragraphes I et IV).

Partie II. Suivi par le Groupe de travail

183. Le Groupe de travail procèdera à un suivi des questions ci-après, en fonction de l'évolution de la pratique :

- a) l'existence d'une compétence territoriale concernant les infractions de corruption transnationale commises partiellement sur le territoire espagnol et l'interprétation de la notion de « victime » dans les affaires relevant de la compétence fondée sur la nationalité (Convention, article 4) ;
- b) le rôle du FGE concernant les poursuites pour corruption transnationale, y compris l'impact de la règle exigeant que celui-ci accorde une prorogation du délai lorsque l'enquête du ministère public dure plus de six mois (Convention, article 5 ; Recommandation révisée, paragraphe I) ;
- c) la saisie et la confiscation dans les affaires de corruption transnationale, y compris les limitations éventuellement imposées par l'article 431 du Code pénal (Convention, article 3).

ANNEXE 1. LISTE DES PARTICIPANTS À LA MISSION SUR PLACE

MINISTÈRES ET ORGANISMES ÉTATIQUES

Ministère de l'Économie et des Finances – Département des impôts
Ministère de l'Économie et des Finances – Direction générale du Trésor et de la politique financière
Ministère de l'Économie et des Finances – Direction générale du domaine, secrétariat du Conseil consultatif pour les contrats administratifs
Ministère des Affaires étrangères et de la Coopération
Ministère de l'Industrie, du Tourisme et du Commerce – Secrétariat général pour le commerce international
Ministère de l'Industrie, du Tourisme et du Commerce – Direction générale du commerce et de l'investissement
Ministère de l'Industrie, du Tourisme et du Commerce – Point de contact national (Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales)
Ministère de l'Intérieur
Ministère de la Justice – Secrétariat technique général
Ministère de la Justice – Sous-direction générale de la coopération judiciaire internationale
Ministère de la Justice – Sous-direction générale des affaires judiciaires relevant de l'UE et des organisations internationales
Ministère de l'administration publique
Parlementaires
Ombudsman

Banque d'Espagne
Agence d'État pour l'administration fiscale (AEAT)
Administration fiscale du Pays basque
Commission nationale du marché des valeurs mobilières (CNMV)
Agence espagnole de crédit à l'exportation (CESCE)
Société espagnole pour le développement financier (COFIDES)
Institut espagnol de commerce extérieur (ICEX)
Cour des comptes
Institut de la comptabilité et de la vérification aux comptes (ICAC)
Communauté autonome andalouse, service des contrats administratifs
Agence espagnole de coopération internationale (AECI)
Institut du crédit officiel (ICO)
Agence de promotion des exportations et des investissements de la communauté autonome de Galice (IGAPE)
Bureau de promotion des investissements de la communauté de Madrid (PromoMadrid)

AUTORITÉS RÉPRESSIVES ET JUDICIAIRES

Ministère public
Bureau spécial du procureur général pour la répression des délits économiques liés à la corruption
(Fiscalía Anticorrupción)
Procureurs
Défenseur du peuple (médiateur)

Conseil supérieur de la magistrature (CGPJ)
Juge d'instruction près le tribunal municipal de Madrid
Juges de la Cour suprême, de la Cour provinciale de Madrid et du tribunal provincial de Madrid
Cellule de renseignements financiers (SEPBLAC)
Garde civile
Police nationale
Police régionale (Catalogne, Pays basque)

ORGANES RELEVANT DE LA COMPTABILITÉ OU DE LA VÉRIFICATION DES COMPTES

Conseil supérieur du collège des professions commerciales (*Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles*)
Association espagnole de comptabilité et administration d'entreprises (AECA)
Gros cabinets d'audit

SECTEUR PRIVÉ ET SOCIÉTÉ CIVILE

Grosses entreprises (télécommunications, services, énergie, construction)
Petites entreprises (énergie, conseil et intermédiation en matière de contrat d'exportation)
Conseil supérieur des chambres de commerce
Fédération des chambres de commerce espagnoles en Amérique latine (FECECA)
Chambre de commerce internationale
Club des exportateurs et des investisseurs
Association espagnole des maisons d'édition
Syndicats

Grandes banques
Association des banquiers espagnols
Confédération espagnole des caisses populaires

Transparency International, Espagne
Fondation José Ortega y Gasset
Intermon Oxfam
Observatoire de la responsabilité sociale des entreprises
Professeurs de droit
Cabinets d'avocats
Barreau espagnol
Presse (quotidiens généralistes et économiques à diffusion nationale)

**ANNEXE 2. EXAMINATEURS AYANT PROCÉDÉ À L'ÉVALUATION
DE PHASE 2 DE L'ESPAGNE**

EXAMINATEURS PRINCIPAUX	
<p align="center">CHILI — examinateurs principaux</p> <p>M. Manuel BRITO Conseiller juridique Ministère des Finances</p> <p>M. Hernán FERNÁNDEZ Sous-directeur du parquet spécialisé dans les infractions commises par les fonctionnaires ou portant atteinte à la probité de l'administration publique</p> <p>Mme Mirna OLMOS Conseiller juridique, Ministère de la Justice</p> <p>Mme Alejandra QUEZADA Spécialiste en droit international public, Division juridique, Ministère des Affaires étrangères</p>	<p align="center">MEXIQUE — examinateurs principaux</p> <p>Mme Laura Edith GARCÍA ALCALDE Agent du ministère public fédéral Bureau général des extraditions et de l'entraide judiciaire Bureau du parquet général</p> <p>C.P. Marco GONZÁLEZ TEJEDA [Membre titulaire] de l'unité de vérification des comptes publics, Ministère du Service public</p> <p>C.P. José Alberto ORTÚZAR CÁRCOVA Administrateur des contrôles fiscaux internationaux, Service des impôts, Ministère de l'Économie et des Finances publiques</p>

SECRETARIAT DE L'OCDE	
<p>M. Patrick MOULETTE Chef de la Division de lutte contre la corruption Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises</p> <p>Mme Sandrine HANNEDOUCHE-LERIC Administrateur — Juriste Division de lutte contre la corruption Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises</p>	<p>M. David GAUKRODGER Coordinateur de l'évaluation de Phase 2 de l'Espagne Administrateur principal — conseiller juridique principal Division de la lutte contre la corruption Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises</p>

ANNEXE 3. PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Abréviation	Espagnol	Français
AECI	Agencia Española para la Cooperación Internacional	Agence espagnole de coopération internationale
CESCE	Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A.	Agence espagnole de crédit à l'exportation
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial	Conseil supérieur de la magistrature
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores	Commission nationale du marché des valeurs mobilières
COFIDES	Compañía Española de Financiación del Desarrollo	Société espagnole pour le développement financier
DOS		Déclaration d'opération suspecte
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal	Loi 50/1981 du 30 décembre 1981 portant sur le statut organique du ministère public
FGE	Fiscal General del Estado	Procureur général de l'État
Fiscalía Anticorrupción	Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción	Bureau spécial du procureur général pour la répression des délits économiques liés à la corruption
GRECO		Groupe d'États contre la corruption, Conseil de l'Europe
ICAC	Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas	Institut de la comptabilité et de la vérification aux comptes
ICEX	Instituto Español de Comercio Exterior	Institut espagnol de commerce extérieur
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal	Loi sur la procédure pénale
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial	Loi organique du pouvoir judiciaire
MITC		Ministère de l'Industrie, du Tourisme et du Commerce
RSE		Responsabilité sociale des entreprises
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales	Département exécutif de la Commission de prévention du blanchiment de capitaux et des infractions monétaires (cellule de renseignements financiers)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional	Décision de la Cour constitutionnelle
STS	Sentencia del Tribunal Supremo	Décision de la Cour suprême

ANNEXE 4. EXTRAITS DE LA LÉGISLATION PERTINENTE

1. Code pénal [*Código penal (CP)*]

Article 31

1. Toute personne agissant en tant que dirigeant de fait ou de droit d'une personne morale, pour le compte de celle-ci ou en tant que représentant légal ou volontaire d'une autre, engage sa responsabilité personnelle, même si l'intéressé ne réunit pas les conditions, les qualités ou les relations nécessaires pour être considéré l'auteur du crime ou du délit visé, dès lors que lesdites conditions sont réunies au sein de l'entité ou de la personne morale qu'il représente ou pour le compte de laquelle il agit.
2. Dans ces cas, si l'auteur de l'infraction se voit infliger une amende à titre de peine, la personne morale qu'il représente ou pour le compte de laquelle il agit est solidairement responsable du paiement de celle-ci.

Article 127

1. Les sanctions infligées à une personne coupable d'un crime ou d'un délit emportent la perte des effets provenant de l'infraction et des instruments utilisés pour la commettre, ainsi que la perte des bénéfices de l'infraction quelles que soient les altérations qu'ils auraient pu subir. Ces effets, instruments et bénéfices seront saisis, sauf s'ils appartiennent à un tiers de bonne foi, qui n'est pas responsable de l'infraction, et qui les a acquis légalement.
2. Si, pour une raison quelconque, les actifs mentionnés au paragraphe précédent ne peuvent pas être saisis, une saisie d'actifs d'une valeur équivalente, appartenant aux personnes responsables de l'infraction, est ordonnée.
3. Le juge ou le tribunal peut ordonner la saisie prévue au paragraphe précédent du présent article même lorsque l'auteur de l'infraction ne se voit imposer aucune sanction, soit parce qu'il est pénalement irresponsable soit parce que le délai de prescription est écoulé ; dans ce dernier cas, la nature illicite des actifs doit être prouvée.
4. Les effets et les instruments saisis sont vendus si leur commerce est légal, et leurs produits sont utilisés pour couvrir les responsabilités civiles de la personne condamnée. Si leur commerce est illégal, ils sont traités en fonction de la réglementation applicable, et si aucune réglementation ne peut leur être appliquée, ils sont détruits.

Article 129

1. Sans préjudice de l'article 31, dans les cas envisagés par le présent Code, à l'issue d'une audience à laquelle assiste le procureur, les propriétaires de l'entreprise ou leurs représentants légaux, le juge ou le tribunal peuvent, au moyen d'une décision motivée, ordonner les conséquences suivantes :
 - a) Fermeture provisoire ou définitive de l'entreprise, de ses locaux ou établissements. La fermeture provisoire ne peut pas être ordonnée pour une période supérieure à cinq ans.
 - b) Dissolution de la société, de l'association ou de la fondation.
 - c) Suspension des activités commerciales de la société, de l'entreprise, de la fondation ou de l'association pour une période n'excédant pas cinq ans.

- d) Interdiction à l'avenir de mener des activités commerciales, d'effectuer des opérations commerciales ou de conclure des transactions du type de celles dans le cadre desquelles l'infraction a été commise, facilitée ou déguisée. Cette interdiction peut être provisoire ou définitive. Lorsqu'elle est provisoire, elle ne peut pas être ordonnée pour une période supérieure à cinq ans.
 - e) Placement de l'entreprise en redressement judiciaire afin de protéger les droits des salariés ou des créanciers pendant la période nécessaire qui ne peut pas être supérieure à cinq ans.
2. La fermeture provisoire visée au point 1.a) ou la suspension d'activités visée au point 1.c) peut aussi être ordonnée par le juge d'instruction pendant le traitement des chefs d'accusation.
 3. Les conséquences accessoires prévues par le présent article visent à prévenir la poursuite de l'activité criminelle et de ses effets.

Article 131

1. Les crimes sont prescrits :

Au bout de vingt ans lorsqu'ils sont passibles d'une peine maximale consistant en une peine d'emprisonnement d'au moins quinze ans.

Au bout de quinze ans, lorsqu'ils sont passibles d'une peine maximale consistant en une disqualification pendant au moins dix ans, ou en un emprisonnement d'une durée comprise entre dix et quinze ans.

Après dix ans, lorsqu'ils sont passibles d'une peine maximale consistant en un emprisonnement ou en une disqualification d'une durée comprise entre cinq et dix ans.

Après cinq ans, lorsqu'ils sont passibles d'une peine maximale consistant en un emprisonnement ou en une disqualification d'une durée comprise entre trois et cinq ans.

Après trois ans, pour les crimes restants moins graves. [...]

Article 132

3. Le délai de prescription cesse de courir — et le temps écoulé ensuite ne produit aucun effet — dès lors qu'une procédure est engagée contre le coupable [*culpable*] ; le délai recommence à courir si la procédure est paralysée ou se termine sans qu'une condamnation ne soit prononcée.

Article 419

L'autorité ou l'agent public qui — à son profit ou à celui d'un tiers — demande ou reçoit — directement ou par le biais d'un intermédiaire — un présent ou un cadeau ou accepte une offre ou une promesse en échange d'un acte ou d'une omission constitutif d'un crime commis dans l'exercice de ses fonctions, est puni d'une peine d'emprisonnement comprise entre deux et six ans, d'une amende dont le montant est compris entre la valeur du pot-de-vin et le triple de ladite valeur et de l'interdiction spécifique d'occuper tout poste ou emploi public pendant une période comprise entre sept et douze ans, sans préjudice de la peine attachée au crime perpétré en échange du cadeau ou de la promesse.

Article 420

L'autorité ou l'agent public qui — à son profit ou à celui d'un tiers — demande ou reçoit — directement ou par le biais d'un intermédiaire — un présent ou un cadeau en échange de la commission d'un acte injuste non constitutif d'un crime mais lié à l'exercice de ses fonctions et qui commet l'acte escompté, est puni d'une peine d'emprisonnement comprise entre un et quatre ans et de l'interdiction spécifique d'occuper tout poste ou emploi public pendant une période comprise entre six et neuf ans. S'il ne commet pas l'acte escompté, la

peine est ramenée à une période d'emprisonnement comprise entre un et deux ans et à l'interdiction spécifique d'occuper tout poste ou emploi public pendant une période comprise entre trois et six ans. Dans les deux cas, une amende — d'un montant compris entre la valeur du cadeau et le triple de ladite valeur — est également infligée.

Article 421

Lorsque le cadeau demandé, reçu ou promis vise à empêcher une autorité ou un agent public de commettre un acte qu'il a l'obligation de commettre dans l'exercice de sa mission, les peines consistent en une amende — d'un montant compris entre la valeur du cadeau et le double de ladite valeur — et en une interdiction spécifique d'occuper tout poste ou emploi public pendant une période comprise entre un et trois ans.

Article 423

1. La personne qui corrompt ou tente de corrompre des autorités ou des agents publics au moyen de présents, de cadeaux, d'offres ou de promesses est passible des mêmes peines d'emprisonnement et amendes que les autorités et les agents publics en question.
2. Quiconque accède aux demandes émanant d'autorités ou d'agents publics est passible d'une peine d'un degré moins sévère que celle prévue au paragraphe précédent.

Article 425

1. L'autorité ou l'agent public qui demande un présent ou cadeau ou bien accepte une offre ou une promesse en échange de la commission d'un acte caractéristique de sa mission ou d'un acte déjà commis est puni d'une amende — d'un montant compris entre la valeur du cadeau et le double de ladite valeur — et d'une suspension de fonctions pendant une période comprise entre six mois et trois ans.
2. En présence d'un avantage venant récompenser un acte déjà commis et constitutif d'un crime, la peine suivante est imposée : période d'emprisonnement comprise entre un et trois ans, amende comprise entre six et dix mois et interdiction spécifique d'occuper tout poste ou emploi public pendant une période comprise entre dix et quinze ans.

Article 426

L'autorité ou l'agent public qui reçoit un présent ou un cadeau proposé au vu de sa position ou afin qu'il commette un acte qui n'est pas interdit par la loi est puni d'une amende comprise entre trois et six mois.

Article 427

L'individu qui accède occasionnellement à la demande d'un présent ou d'un cadeau émanant d'une autorité ou d'un agent public, et qui déclare les faits, avant le début de toute procédure correspondante, à l'instance qui a le devoir d'ouvrir une enquête, est exempté de toute sanction, à condition que sa déclaration intervienne au plus tard dans les dix jours suivant les faits.

Article 445

1. Quiconque, au moyen de cadeaux, de présents, d'offres ou de promesses, corrompt ou tente de corrompre, directement ou au moyen d'intermédiaires, des autorités ou des agents publics, étrangers ou membres d'organisations internationales dans l'exercice de leur charge, à son profit ou au profit d'un tiers, ou se conforme à leurs demandes à cet égard, afin que ces autorités ou ces agents agissent ou s'abstiennent d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, est passible des peines prévues à l'article 423 pour chacun des cas respectifs.

2. Si le coupable appartient à une société, organisation ou association — fût-elle provisoire — constituée dans le but de commettre ces activités, le juge ou le tribunal peut imposer certaines des conséquences prévues à l'article 129 du présent Code.

2. *Loi sur la procédure pénale [Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrin)]*

Article 262

Toute personne qui, dans le cadre de sa charge, de ses fonctions ou de sa profession est informée d'un crime est tenue de le signaler immédiatement au procureur, au tribunal compétent, au juge d'instruction et, en leur absence, à l'employé municipal ou au policier le plus proche du lieu du crime, en cas de [flagrant délit].

Les personnes ne respectant pas cette obligation sont passibles de l'amende prévue à l'article 259 [25 à 250 ESP] qui sera infligée dans le cadre d'une procédure disciplinaire. [...] Si la personne ayant omis de signaler le crime est un agent public, l'affaire est déferée à son supérieur immédiat à charge pour ce dernier de prendre les mesures administratives appropriées. [...]

3. *Statut organique du ministère public [Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)]*

Article 5

Le procureur peut recevoir des plaintes, les faire suivre à l'autorité judiciaire ou déclarer l'affaire close s'il estime ne pas être en présence de la moindre raison d'engager une action, auquel cas il notifie sa décision au plaignant.

De même, pour éclairer les faits évoqués dans la plainte ou le témoignage, le procureur peut engager ou ordonner l'une quelconque des procédures qu'il est habilité à déclencher en vertu de la Loi sur la procédure pénale ; ladite procédure ne peut pas prévoir des mesures préventives ou restreignant des droits. Néanmoins, le procureur peut ordonner une détention préventive.

Tous les actes exécutés par le ministère public ou sous sa direction sont réputés authentiques.

Les principes de contradiction, de proportionnalité et de respect des droits de la défense inspirent la conduite de ces procédures.

A cette fin, le procureur recueille la déposition du suspect qui doit être assisté d'un avocat et peut lire le contenu du dossier. La durée de la procédure doit être proportionnelle à la nature de l'événement faisant l'objet de l'enquête et ne peut pas dépasser six mois, sauf si elle a été prolongée en vertu d'un décret motivé du procureur général d'Espagne. Une fois le délai initial écoulé et si l'enquête a apporté la preuve de la commission de faits ressortant d'un crime grave, le procureur soumet l'affaire à un tribunal, quel que soit l'état de la procédure, en formulant un acte d'accusation à moins qu'il ne s'avère justifié de fermer le dossier.

Le procureur peut aussi engager une procédure préliminaire visant à faciliter l'exercice des autres fonctions qui lui sont attribuées par la loi.

Article 18 bis

1. Le Bureau spécial du procureur général pour la prévention et l'éradication du trafic de stupéfiants illicites exerce les fonctions suivantes : [...]
 - d) Enquêter sur la situation économique et le patrimoine, ainsi que sur les diverses opérations financières et commerciales des personnes montrant des signes de commission ou de participation à des actes de trafic de stupéfiants illicites ou bien appartenant ou aidant des organisations se livrant à un tel trafic. Il peut exiger les renseignements qui lui semblent nécessaires aux administrations publiques, à d'autres entités, à des entreprises et à des particuliers. [...]

Article 18 ter

Le Bureau spécial du procureur général pour la répression des délits économiques liés à la corruption exécute les procédures mentionnées à l'article 5 de la présente loi et participe directement aux procédures pénales considérées par le procureur général de l'État espagnol comme revêtant une importance particulière en relation avec : [...]

- b) les crimes d'abus de confiance. [...]
- e) la fraude et l'extorsion.
- f) les crimes basés sur le trafic d'influence politique.
- g) les crimes de corruption. [...]
- j) les crimes liés aux crimes susmentionnés.

Pour faciliter le fonctionnement de ce parquet, une unité spéciale de la police judiciaire et autant de professionnels et d'experts que nécessaire lui seront affectés à titre provisoire ou permanent. [...]

4. Loi organique relative au pouvoir judiciaire [*Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)*]

Article 23

1. Dans le domaine pénal, la juridiction espagnole entend toutes les affaires visant des crimes et délits commis sur le territoire espagnol ou à bord d'un aéronef ou d'un navire espagnol, sans préjudice des dispositions contenues dans les traités internationaux auxquels l'Espagne est partie.
2. De même, la compétence de la juridiction espagnole s'étend aux faits définis en droit pénal espagnol comme des crimes, même si ceux-ci ont été commis hors du territoire espagnol, pourvu que les personnes pénalement responsables soient des Espagnols ou des étrangers naturalisés après la perpétration de l'acte et pourvu que les conditions suivantes soient remplies :
 - a) L'acte est passible d'une sanction sur les lieux où il a été commis, sauf lorsque cette condition n'est pas nécessaire en vertu d'un traité international ou d'une règle d'une organisation internationale à laquelle l'Espagne est partie ou dont elle est membre ;
 - b) La victime ou le ministère public dépose une plainte devant les tribunaux espagnols ; [...]

Article 65

La Chambre pénale de l'Audiencia Nacional (Cour nationale) entend :

1. Les procédures judiciaires engagées pour l'une quelconque des infractions qui suivent, à moins qu'elles doivent être entendues en première instance par une Cour pénale centrale : [...]
 - e) Les infractions commises hors du territoire espagnol lorsque — en vertu de dispositions légales ou de traités internationaux — elles doivent être entendues par les tribunaux espagnols.

En tout cas, la chambre criminelle de l'Audiencia Nacional étend sa juridiction à toutes les infractions connexes générées par la perpétration d'un quelconque des actes criminels susmentionnés.

5. *Dispositions fiscales*

Règlement relatif aux contrôles fiscaux (*Reglamento General de Inspección de los Tributos*)

Article 7.4

2. Le Bureau des vérifications fiscales signale aux autorités judiciaires, au procureur ou à l'autorité compétente pertinente tous les faits dont il a connaissance dans le cadre de l'exécution de ses procédures et qui sont susceptibles de constituer un crime, une infraction ou une faute administrative portant directement ou indirectement atteinte aux finances publiques. De même, le Bureau des vérifications fiscales fournit à l'autorité judiciaire compétente toutes les données réclamées par cette dernière dans le cadre des poursuites dudit crime, infraction ou faute administrative.

6. *Loi sur les contrats avec l'administration publique (*Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*)*

Article 20 — Interdiction de conclure des contrats

Les personnes répondant aux critères qui suivent ne peuvent en aucun cas conclure des contrats avec les administrations publiques :

Les personnes reconnues coupables par un jugement définitif de l'une quelconque des infractions suivantes : faux, détournement de fonds, contrefaçon, corruption d'agents publics, concussion, transaction d'initié, divulgation de secrets officiels, utilisation de renseignements confidentiels, fraude portant atteinte aux recettes de l'État ou à la caisse de sécurité sociale, infraction portant atteinte aux droits des travailleurs ou des consommateurs ou aux lois du marché. L'interdiction de conclure des contrats s'applique aussi aux personnes morales dont les administrateurs ou les directeurs en poste sont placés dans l'une quelconque des situations susmentionnées au titre d'actes commis au nom ou pour le compte desdites personnes morales, ou bien lorsque les conditions, qualifications ou relations correspondent à la nature de l'infraction et permettent de considérer qu'ils sont les auteurs matériels de ladite infraction.