

Strasbourg, 1^{er} juillet 2005

Public
Greco Eval II Rep (2004) 10F

Deuxième Cycle d'Evaluation

Rapport d'Evaluation sur l'Allemagne

Adopté par le GRECO
lors de sa 24^e Réunion Plénière
(Strasbourg, 27 juin – 1^{er} juillet 2005)

I. INTRODUCTION

1. L'Allemagne est le dix-huitième État membre du GRECO à être examiné dans le cadre du Deuxième Cycle d'Évaluation. L'Equipe d'Évaluation du GRECO (ci-après « l'EEG ») était composée de M. Antoine Mac DONNCHA, Avocat conseil, Bureau du procureur général, Irlande ; M. William A. KEEFER, Commissaire adjoint, Bureau des affaires intérieures, des douanes et de la protection des frontières, Etats-Unis d'Amérique et M. Atle ROALDSØY, Conseiller en chef, Services de police, Ministère de la Justice, Norvège. Cette EEG, accompagnée de deux membres du Secrétariat du Conseil de l'Europe, s'est rendue en Allemagne du 13 au 17 décembre 2004. Préalablement à cette visite, des réponses complètes au questionnaire d'évaluation (document Greco Eval II (2004) 10E) et des copies de la législation en vigueur ainsi que d'autres documents ont été remis aux experts de l'EEG.
2. L'EEG a rencontré des fonctionnaires des organisations publiques suivantes :
 - a) à Berlin: le Ministère fédéral de la Justice ; le Ministère fédéral des Finances et deux commissaires aux comptes de l'Office fédéral des Finances ; le Ministère fédéral de l'Intérieur : services spécialisés dans la prévention de la corruption, le parrainage et les marchés publics, la Loi sur la fonction publique, la prévention du blanchiment de capitaux, la prévention de la corruption à la Police fédérale des frontières, BKA (police criminelle fédérale) ; le Ministère fédéral de l'Économie et du Travail ; le Ministère fédéral des Communications, du Bâtiment et du Logement ; la Fédération des villes et municipalités allemandes ; le Parquet de Berlin ; le Département d'État des enquêtes pénales de Berlin ;
 - b) à Hanovre: le Ministère de l'Intérieur de Basse-Saxe ; le Parquet de Hanovre ; le Parquet général de Celle ; deux juges principaux de la Division de la criminalité économique au tribunal régional de Hildesheim ;
 - c) à Hambourg: le Ministère de l'Intérieur de Hambourg et le Département des enquêtes internes ; le Parquet de Hambourg.

En outre, l'EEG a rencontré les membres des institutions non gouvernementales suivantes : l'Université de Heidelberg, le Responsable Qualité à la Deutsche Bahn AG (chemins de fer allemands), la Fédération de l'industrie allemande, la Chambre des commissaires aux comptes, l'Association des fonctionnaires de la haute administration fédérale, Transparency International, la presse écrite.

3. Le Deuxième Cycle d'Évaluation se déroule du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2005, conformément à l'Article 10.3 du Statut du GRECO, et la procédure d'évaluation porte sur les thèmes suivants :
 - **Thème I - Produits de la corruption** : Principes directeurs 4 (saisie et confiscation des produits de la corruption) et 19 (liens entre la corruption et le blanchiment de capitaux/la criminalité organisée), complétés, pour les membres ayant ratifié la Convention pénale sur la corruption (STE 173), par les articles 19 paragraphe 3, 13 et 23 de la Convention ;
 - **Thème II - Administration publique et corruption** : Principes directeurs 9 (administration publique) et 10 (agents publics) ;
 - **Thème III - Personnes morales et corruption** : Principes directeurs 5 (personnes morales) et 8 (législation fiscale), complétés, pour les membres ayant ratifié la Convention pénale sur la corruption (STE 173), par les articles 14, 18 et 19, paragraphe 2 de la Convention.

L'Allemagne a signé la Convention pénale sur la corruption le 27 janvier 1999, mais ne l'a pas encore ratifiée.

4. Le présent rapport a été préparé à partir des réponses au questionnaire et des informations communiquées lors de la visite sur place. Il a pour objectif principal d'évaluer l'efficacité des mesures adoptées par les autorités allemandes pour se conformer aux obligations qui découlent des dispositions indiquées au paragraphe 3. Le rapport présente tout d'abord une description de la situation, suivie d'une analyse critique. Les conclusions contiennent une liste de recommandations adoptées par le GRECO et adressées à l'Allemagne afin que ce pays améliore son degré de conformité avec les dispositions examinées.

II. THÈME I - PRODUITS DE LA CORRUPTION

a. Description de la situation

Confiscation et autre mesure de privation des instruments et produits du crime

5. Dans le système juridique allemand, il existe deux méthodes de confiscation : la confiscation des instruments du crime (*Einziehung*) et la confiscation des produits du crime (*Verfall*). La confiscation des instruments est en principe – c.à.d. à l'exception de la confiscation d'objets dangereux – une sanction, dont l'imposition est prise en compte pour déterminer la sanction correspondant à l'infraction commise en utilisant les instruments confisqués. La confiscation des produits, conformément à la jurisprudence, est une mesure *sui generis* et n'est en principe pas prise en compte pour déterminer la sanction correspondant au crime. La confiscation peut être prononcée à propos de n'importe quelle infraction pénale, y compris la corruption comme le prévoit la Convention pénale sur la corruption. Ces mesures peuvent également être imposées de façon indépendante (*in rem*), c'est-à-dire sans que l'auteur de l'infraction soit déclaré coupable.
6. Conformément à l'article 73 du Code pénal (ci-après CP), les produits du crime, ou leur valeur, sont passibles de saisie. Ils seront exigés à l'auteur de l'infraction, à son instigateur ou au complice en vertu d'une décision de justice (article 73 paragraphe 1 et 73a). La saisie sera prononcée également à l'égard des profits indirects (« profits dérivés », article 73 paragraphe 2) générés par l'infraction pénale. La saisie « étendue » est également autorisée (article 73d) : le tribunal statuera dans ce sens lorsque des circonstances spécifiques mènent à la conclusion que les objets ou biens en question ont été acquis à la suite d'une activité criminelle¹. Les instruments du crime et les objets qui en découlent, ou leur valeur, sont passibles de confiscation (article 74, paragraphe 1 et 74c(1)). La confiscation présuppose que les objets appartiennent à l'auteur, l'instigateur ou le complice de l'infraction, ou qu'ils sont dangereux.
7. La règle générale est que les dispositions relatives à la confiscation des instruments ou des produits du crime peuvent également être appliquées à des tiers lorsque le crime a été commis pour le compte du tiers et dans son intérêt (article 73 paragraphe 3) ou dans les cas où un tiers a fourni l'objet utilisé pour commettre l'infraction ou encore a connaissance du fait que les biens qu'il/elle a acquis résultent d'activités criminelles (article 73 paragraphe 4).

¹ Les dispositions de saisie « étendue » s'appliquent principalement aux cas d'infractions, y compris la corruption active et passive (article 338 CC), commises par des groupes criminels organisés, ou des personnes ayant un « comportement criminel », et lorsqu'il n'y a pas d'autre explication à l'origine des biens obtenus par la personne qu'une explication criminelle.

8. La charge de la preuve dans les cas de confiscation ne peut jamais être renversée. A ce propos, compte tenu du principe de la présomption d'innocence et du droit à la propriété, le système constitutionnel existant en Allemagne ne tient pas compte de l'introduction d'une simple présomption selon laquelle les objets ont été acquis de façon illégale. C'est la raison pour laquelle, et aussi dans le cas de saisie « étendue », le juge doit être « convaincu » que les objets ont été acquis à la suite d'actes illicites, ou dans l'intention de commettre de tels actes.
9. La quantité de ce qui a été acquis et sa valeur, de même que le montant des éventuelles demandes de dommages et intérêts peut être estimé (article 73b). Tous les objets et produits utilisés pour/obtenus suite à la commission d'une infraction pénale seront passibles de saisie/confiscation sans possibilité de déduire les frais liés à la préparation/commission de l'infraction. En règle générale, les biens confisqués vont à l'État (article 74e) à moins que des demandes de dommages et intérêts aient été déposées par des victimes de l'infraction, auquel cas les produits du crime (ou une partie de ceux-ci) peuvent être utilisés en guise d'indemnisation.

Mesures provisoires : saisie et saisie conservatoire

10. Les articles 111b à 111k du Code de procédure pénale (ci-après CPP) régissent les mesures provisoires : la saisie et la saisie conservatoire des instruments et produits du crime. En vertu de ces dispositions, la saisie est possible pour recouvrer les produits obtenus par l'auteur de l'infraction s'agissant de tous types d'infraction, y compris l'infraction de corruption. Les biens peuvent être mis en sûreté pour garantir le caractère exécutoire d'une décision de justice future, notamment la saisie et confiscation des produits/instruments résultant, même indirectement, d'une infraction (y compris les infractions de corruption). Les objets peuvent être saisis « (...)s'il y a tout lieu de présumer que les conditions autorisant leur saisie ou confiscation sont réunies » (article 111b (1)). Le texte prévoit également que la saisie conservatoire *in rem* peut être prononcée pour garantir l'exécution des demandes de dommages-intérêts comme il est établi dans le droit de la procédure civile. Des mesures provisoires peuvent être prononcées pour une période de six mois, qui peut être étendue à neuf mois. Après cette période, il est possible de prolonger l'application de ces mesures uniquement si des « raisons impératives » sont apportées.
11. La saisie et la saisie conservatoire sont prononcées par un juge et, dans certaines circonstances spécifiques (à savoir lorsqu'il existe un risque que les biens du défendeur soient cédés en raison du délai), par le ministère public. La saisie et la saisie conservatoire sont prononcées et exécutées de façon différente en fonction de la nature de l'objet saisi (article 111c). En ce qui concerne la gestion des biens saisis, la responsabilité de la protection contre la perte, la dévaluation ou les dommages incombe au fonctionnaire qui procède à la saisie et est ensuite transmise à l'autorité qui dispose du droit de cession (ministère public ou tribunal). La façon dont les objets saisis doivent être manipulés, aussi bien de façon générale qu'en fonction du type d'objet, ainsi que la façon dont les objets ou sommes d'argent doivent être restitués ou remboursés, fait l'objet d'une réglementation détaillée. Les objets saisis pouvant subir une détérioration ou perdre une part significative de leur valeur peuvent être vendus avant la décision définitive du tribunal en l'espèce. Le même principe s'applique aux objets dont la conservation, le soin ou l'entretien entraînent des dépenses excessives ou des difficultés particulières.

Enquêtes au sujet des produits du crime

12. Certains parquets ont créé des services spécialisés qui procèdent à des enquêtes financières (séparément des enquêtes portant sur l'infraction), appliquent et exécutent les ordres ou

mesures urgentes nécessaires pour mettre en sûreté les biens à titre provisoire, et fournissent une assistance jusqu'à la fin des enquêtes. Dans certains parquets (p. ex. dans le Bade-Wurtemberg), les enquêtes relatives à l'infraction ainsi que les enquêtes financières correspondantes sont réalisées par une équipe spécialisée (c'est ce que l'on appelle le modèle d'intégration). Les régions de Rhénanie-du-Nord-Westphalie et de Basse-Saxe ont opté pour une combinaison de ces deux modèles, en fonction de la complexité de l'enquête. Dans d'autres *Länder* (comme la Bavière et la Thuringe), des « personnes de contact » ont été nommées pour apporter leur soutien aux enquêtes financières spécifiques, et notamment détecter les produits du crime, ou pour mener elles-mêmes ces enquêtes. Les services de police des *Länder* et la Police criminelle fédérale ont également mis sur pied des unités spéciales chargées de mettre en sûreté/d'enquêter sur les produits du crime. A titre d'exemple, le Bade-Wurtemberg compte plus de 120 policiers formés spécialement pour les enquêtes financières/la confiscation de biens.

Statistiques

13. En 2002, des mesures de saisie provisoires ont été adoptées dans le cadre de 38 enquêtes relatives à des affaires de corruption. Le montant total des demandes de dommages-intérêts qui en ont résulté a été estimé à 43,5 millions d'euros environ, dont la moitié ont été mis en sûreté à titre provisoire. En 2003, des mesures provisoires ont été prises dans 57 enquêtes. Le montant total des demandes qui en ont résulté représentait quelque 33 millions d'euros, sur lesquels 29 millions d'euros environ avaient été mis en sûreté à titre provisoire.
14. Nombre d'affaires dans lesquelles la confiscation des instruments ou des produits du crime ont été prononcées :

Tableau 1

Année	Confiscation (<i>Einziehung et Verfall</i>) (nombre total d'affaires)
2000	18.899
2001	19.111
2002	17.744
2003	18.092

Nombre d'affaires de corruption dans lesquelles la confiscation a été prononcée:

Tableau 2²

Année	Article 108e CC	Article 299 CC	Article 331 CC	Article 332 CC	Article 333 CC	Article 334 CC	Article 335 CC
	Corruption de parlementaires	Pots-de-vin dans des transactions commerciales	Acceptation d'un avantage	Prise de pots-de-vin	Octroi d'un avantage	Offre de pots-de-vin	Affaires particulièrement graves incluant la prise ou l'offre de pots-de-vin
2000	-	1	4	11	1	6	2
2001	-	-	9	14	-	6	3
2002	-	1	18	21	1	7	4
2003			9	11		9	4

² Les autorités allemandes ont affirmé que ce nombre relativement faible d'affaires est dû au fait que, dans la grande majorité des cas qui impliquent une confiscation, il peut ne pas être nécessaire d'aboutir à une décision formelle pour procéder à la confiscation ou à la saisie compte tenu du fait que la personne concernée signe une renonciation. En outre, dans le cas de défendeurs qui ont enfreint plus d'une loi, les condamnations finales sont dénombrées uniquement en vertu de l'infraction la plus grave. Les autorités ont également souligné que les statistiques ne comprennent que des données relatives au territoire de la République fédérale d'Allemagne avant la réunification, y compris Berlin-Ouest.

Blanchiment de capitaux

15. L'article 261 du CC traite des infractions de blanchiment de capitaux : les infractions de corruption sont des infractions principales à l'exception des cas suivants : corruption de membres des assemblées nationale, étrangères et internationales, trafic d'influence, corruption passive de fonctionnaires étrangers ressortissants de pays autres que les États membres de l'Union européenne, ainsi que corruption active et passive dans le secteur privé. Toutefois, les autorités allemandes ont affirmé que le processus de transposition de la Convention pénale sur la corruption dans la législation interne est actuellement en cours ; dès lors, la liste d'infractions principales sera alignée sur les conditions contenues dans la Convention.
16. En vertu de la Loi sur le blanchiment de capitaux, les banques, institutions/sociétés de services financiers, compagnies d'assurance, agents immobiliers, casinos et autres professionnels des affaires sont tenus de signaler toute transaction pouvant raisonnablement être considérée comme constituant du blanchiment de capitaux (article 11 (1)). La même mesure s'applique aux autorités financières (article 31b du Code des impôts). Les avocats, conseils juridiques, avocats spécialisés dans les brevets et notaires ainsi que les commissaires aux comptes agréés, experts comptables, conseillers fiscaux et spécialistes en fiscalité sont eux aussi tenus de signaler les transactions suspectes à l'exception de celles qui sont fondées sur des informations obtenues dans l'exercice de leurs fonctions ou alors qu'ils représentaient leurs clients devant les tribunaux. Toutefois, si ces personnes savent que leur client prend délibérément des conseils dans l'objectif d'un blanchiment de capitaux, leur obligation de signaler reste valable.
17. Les rapports sur les transactions suspectes (RTS) doivent être déposés auprès du bureau du procureur, et une copie de ces rapports doit être adressée à l'Agence centrale chargée de signaler les transactions suspectes au sein de la Police criminelle fédérale. L'Agence centrale agit comme un service de renseignements financiers (SRF), c'est-à-dire qu'elle collecte et analyse (des copies de) RTS, transmet l'information aux parquet, procède à des analyses statistiques des RTS et prépare un rapport annuel. Le SRF peut demander des informations à d'autres autorités, comme par exemple les douanes ou les services de police étrangers. En général, les renseignements obtenus sont toujours renvoyés aux personnes et institutions concernées afin de faciliter l'identification des transactions suspectes. Par ailleurs, le SRF assiste les services de police fédérale et des *Länder* dans la prévention et les poursuites pénales contre le blanchiment de capitaux, et ce faisant, coopère avec les services de renseignements financiers d'États étrangers.
18. Pour ce qui est des statistiques en matière d'enquêtes, de poursuites et de condamnations concernant l'infraction de corruption principale, seuls les chiffres relatifs aux condamnations pour blanchiment de capitaux sont disponibles. Ils sont indiqués dans le tableau ci-dessous³ :

³ Les autorités ont signalé que les statistiques ne comprennent que les données relatives au territoire de la République fédérale d'Allemagne avant la réunification, y compris Berlin-Ouest.

Tableau 3

Année	Article 261 (1) CC blanchiment de capitaux ; recol de biens obtenus de façon illicite	Article 261 (2) CC blanchiment de capitaux ; obtention, détention et utilisation de biens illicites	Article 261(4) CC affaires particulièrement graves de blanchiment de capitaux	Article 261(5) CC blanchiment de capitaux par négligence
	personnes déclarées coupables	personnes déclarées coupables	personnes déclarées coupables	personnes déclarées coupables
2000	65	1	2	14
2001	92	4	6	8
2002	110	17	18	14
2003	101	10	9	8

Entraide judiciaire : mesures provisoires et confiscation

19. Le principe général établit que les autorités de poursuites allemandes peuvent, à tout moment et au cours de n'importe quelle enquête ou procédure pénale, solliciter d'États étrangers une assistance juridique. Dans les affaires individuelles, les résultats de la demande sont fonction du fait que l'assistance juridique est régie par une convention internationale entre l'Allemagne et l'État requis ou seulement par la législation interne de l'État étranger concerné. En vertu de l'article 67 de la Loi allemande sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, les objets qui pourraient être restitués à un État étranger peuvent être saisis ou mis en sûreté même avant que la demande de restitution ait été présentée à l'Allemagne. Une perquisition peut aussi être menée à cette fin. Les biens pouvant servir en qualité de preuve dans la procédure à l'étranger, ou que la personne concernée a acquis à la suite de l'infraction qui a donné lieu à la demande, peuvent être restitués à la demande d'une autorité compétente d'un État étranger si les conditions applicables sont remplies. L'Allemagne peut également fournir une assistance juridique en exécutant une peine ou autre sanction imposée à l'étranger ayant force obligatoire et définitive, conformément à l'article 48 de la loi ci-dessus, qui couvre, entre autres cas, la confiscation des instruments ou des produits du crime.

b. Analyse

20. L'Allemagne dispose d'un cadre juridique exhaustif en ce qui concerne à la fois les mesures provisoires (saisie et saisie conservatoire) et la confiscation des instruments (*Einziehung*) et des produits du crime (*Verfall*). Un ensemble de dispositions détaillées, contenues dans le Code pénal et dans le Code de procédure pénale fournit aux organes répressifs les outils juridiques nécessaires pour permettre la saisie et/ou confiscation de tous les biens du défendeur et/ou le/la priver de tout ce qui a pu être utilisé pour commettre l'infraction. La confiscation des produits du crime est obligatoire dans le cas où une condamnation est obtenue et que certains critères sont remplis. La confiscation en valeur et la confiscation en nature sont possibles en vertu du droit allemand et la confiscation des produits/instruments trouvés en la possession d'une tierce personne est également prévue. L'article 73d du Code pénal traite de la confiscation élargie et stipule qu'un tribunal prononcera la confiscation à l'égard « d'objets » du défendeur « si les circonstances permettent de supposer sans équivoque que ces objets ont été acquis à la suite d'actes illicites ». L'EEG a été informée que cette forme spécifique de confiscation ne s'applique qu'à l'égard de certaines infractions graves, qui comprennent dans tous les cas la corruption. Toutes les mesures mentionnées plus haut peuvent être appliquées à des cas d'infractions de corruption.

21. En ce qui concerne l'application des instruments prévus par la loi à propos de la saisie/confiscation, les représentants du Ministère de la Justice comme les policiers et procureurs rencontrés au cours de la visite ont indiqué à l'EEG que le principe général selon

lequel tous les produits découlant d'un crime, y compris les infractions de corruption, peuvent être saisis/confisqués est appliqué de façon régulière ; il en va de même dans le cas des proches parents du défendeur et/ou de tierces personnes auxquelles ces biens ont été transférés. Lors de la visite, l'EEG a rencontré des représentants des parquets et de la police de Berlin, Hanovre et Hambourg, qui travaillent tous dans des unités spécialisées dans la lutte contre la criminalité organisée/économique. L'impression générale de l'EEG est que le niveau d'expertise et de connaissances du personnel travaillant au sein des organes répressifs spécialisés est très élevé, et la formation qui leur a été dispensée dans des affaires liées aux produits du crime semble également de très haut niveau.

22. Durant la visite, l'EEG a aussi reçu des informations concernant différents cas concrets où les mesures provisoires (saisie et saisie conservatoire) et confiscation des instruments/saisie des produits du crime avaient été appliquées. La grande majorité de ces exemples était liée à des activités d'enquête menées dans certains *Länder* de la partie occidentale de l'Allemagne. Avant la visite, les autorités allemandes avaient fourni à l'EEG certaines statistiques (voir paragraphe 14 ci-dessus) sur des cas de confiscation des instruments ou des produits du crime. Elles ont également expliqué que ces statistiques ne se réfèrent qu'au territoire de la République fédérale d'Allemagne, avant la réunification, et qu'il n'y a aucune statistique disponible en ce qui concerne le territoire de l'ex-République démocratique allemande. Les informations collectées par l'EEG donnent à penser que certains *Länder* sont plus actifs que d'autres pour utiliser à plein l'ensemble (complet) d'outils juridiques prévus par la loi allemande pour faciliter la confiscation des produits de la corruption. En outre, l'absence de données statistiques complètes, en particulier pour ce qui est du nombre d'affaires et de la valeur des biens confisqués liés à la corruption dans l'ensemble du territoire de l'Allemagne, ne permet pas d'avoir une idée précise de l'efficacité de la législation existante et des efforts déployés dans la pratique par les organes répressifs pour priver l'auteur d'une infraction des biens obtenus illégalement à la suite d'actes de corruption. Par conséquent, *l'EEG observe que des données exhaustives sur les affaires de corruption dans lesquelles la confiscation a été prononcée, ainsi que sur la valeur des biens confisqués dans le cadre de ces affaires devraient être collectées et analysées.*
23. L'EEG a noté que dans de nombreux *Länder* des unités spécialisées des parquets et de la police ont été instituées dans le domaine de la criminalité économique et organisée, y compris la corruption. Ce système permet de dépister les produits ou profits d'actes criminels sur la base d'une suspicion raisonnable au stade initial des enquêtes. L'EEG a également constaté avec satisfaction qu'il existe une coopération étroite entre les banques, les agences de lutte contre le blanchiment de capitaux, les autorités de police et le parquet. Il apparaît que les banques et les institutions financières remettent les dossiers et justificatifs des transactions concernées de façon systématique et régulière. Ceci étant, le rôle des autorités fiscales dans les activités de lutte contre la corruption pourrait bien être renforcé. Les procureurs spécialisés dans la criminalité économique ont notamment indiqué à l'EEG qu'ils préféreraient ne pas demander d'informations aux autorités fiscales mais plutôt adresser leurs demandes aux banques et autres institutions financières, qui, d'après eux, fournissent toutes les informations demandées de façon plus fiable et rapide. *L'EEG observe que, afin d'assurer la réussite du travail d'investigation du procureur visant à recouvrer les produits de la corruption, saisir et, par la suite, restreindre les profits du défendeur, l'ensemble des entités et services qui ont obligation de coopérer dans la prévention de la corruption et du blanchiment de capitaux, et tout particulièrement les autorités fiscales, devraient fournir une réponse rapide à toutes les demandes émanant des autorités chargées de l'enquête.* L'intérêt de l'EEG en matière d'interaction et de collaboration entre les autorités fiscales et les organes répressifs compétents est également examiné au paragraphe 72 ci-après.

III. THÈME II – ADMINISTRATION PUBLIQUE ET CORRUPTION

a. Description de la situation

Définitions et contexte juridique

24. La constitution fédérale ou « Loi fondamentale » (*Grundgesetz*) de l'Allemagne stipule que le pouvoir exécutif sera lié par le droit et la justice.⁴ Il n'y a aucune définition juridique du terme « administration publique », par lequel on entend communément l'ensemble des organes décisionnaires régis par le droit public. La « Loi-cadre relative au droit applicable aux fonctionnaires » (*Beamtenrechtsrahmengesetz*, ci-après la BRRG), qui définit le cadre normatif relatif aux fonctionnaires au niveau des *Länder*, ainsi que les lois correspondantes des *Länder*, et la « Loi fédérale sur la fonction publique » (*Bundesbeamtengesetz*, ci-après BBG), applicable au niveau fédéral, définit la réglementation applicable aux fonctionnaires. Les principes généraux du droit de la procédure administrative ont été définis au niveau fédéral dans la Loi sur la procédure administrative (VwVfG) ; chacun des 16 *Länder* a également adopté une législation similaire, qui suit étroitement la législation fédérale ou y fait directement référence.

Politique anti-corruption

25. L'Allemagne a mis en place divers instruments juridiques et institutionnels, de nature à la fois préventive et répressive, pour lutter contre la corruption aux différents niveaux administratifs. Au niveau fédéral, la Directive fédérale relative à la prévention de la corruption au sein de l'Administration fédérale (ci-après la Directive fédérale) adoptée le 30 juillet 2004 (qui a remplacé la précédente Directive du 17 juin 1998 avec effet à compter du 11 août 2004) définit le cadre juridique destiné à mettre en pratique la stratégie de prévention de la corruption du gouvernement fédéral, comprenant un Code de conduite anti-corruption (Annexe I de la Directive) et des lignes directrices concrètes pour les superviseurs et responsables des autorités/agences publiques (Annexe II de la Directive). Cette réglementation est complétée par des recommandations non contraignantes concernant la mise en œuvre de la Directive fédérale mentionnée plus haut. De même, le règlement administratif général de 2003 destiné à promouvoir les activités du gouvernement fédéral par l'intermédiaire de contributions du secteur privé (parrainage, donations et autres avantages) contient des règles détaillées sur l'acceptation du parrainage privé par les autorités publiques dans l'exercice de leurs fonctions. Outre les textes cités ci-dessus, le gouvernement fédéral a introduit une série de mesures visant à moderniser l'administration publique, réduire la bureaucratie et renforcer la transparence, notamment en ouvrant son système public d'information via le réseau Internet (initiative e-gouvernement "BundOnline 2005"), en centralisant électroniquement les procédures de passation de marchés publics au sein de l'administration fédérale par l'intermédiaire de l'agence chargée des marchés publics au Ministère fédéral de l'Intérieur, etc.
26. Au niveau des Länder, le Programme de prévention et de lutte contre la corruption, approuvé le 3 mai 1996 par la Conférence permanente des ministres de l'Intérieur, comporte au total 16 principes directeurs et 18 recommandations sur les mesures préventives et répressives destinées à mettre un terme à la corruption, ainsi qu'un système d'échange d'informations fondé sur les rapports remis par les différents *Länder* sur l'état de la mise en œuvre des recommandations⁵. En outre, la plupart des *Länder* disposent désormais de codes de conduite obligatoires, ils ont créé des groupes de travail anti-corruption, et fournissent des informations

⁴ Chapitre II, article 20, paragraphe 3, Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne.

⁵ Il y a eu à ce jour un total de trois rapports de mise en œuvre, qui ont été compilés en 1997, 1999 et 2002.

publiques par l'intermédiaire de centres de conseil pour les citoyens et le personnel de l'administration publique, ainsi que des services sur Internet qui permettent dans certains cas de signaler de façon anonyme des affaires de corruption (p.ex. Rhénanie-du-Nord-Westphalie⁶, Hambourg et Basse-Saxe). Au niveau municipal, des efforts considérables ont été fournis conjointement : l'on peut citer notamment l'introduction d'un Catalogue de 10 points qui a reçu l'accord de l'Association des villes et municipalités allemandes et la brochure sur la prévention, la manipulation, la lutte contre la corruption dans les marchés publics éditée par l'Association fédérale des petites et moyennes entreprises de bâtiment.

Transparence

27. Des informations générales sur le fonctionnement de l'administration publique sont accessibles via Internet et des publications régulières. Parmi celles-ci, citons notamment les rapports annuels sur la corruption publiés par une grande majorité des *Länder* et par le service de la police criminelle fédérale, ou le rapport biennuel du Ministère fédéral de l'Intérieur au Bundestag et au grand public sur l'acceptation du parrainage privé, qui doit paraître à partir de l'année 2005. A compter du mois d'avril 2005, le Bundestag sera également informé annuellement des résultats obtenus en matière de prévention de la corruption au sein du gouvernement fédéral.⁷
28. En ce qui concerne les informations spécifiques sur les procédures administratives, le principe général énoncé à l'article 29 de la Loi sur la procédure administrative est que seules ont accès à l'information les personnes qui ont un intérêt légal dans la procédure administrative concernée. Toutefois, il existe des exceptions dans certains cas lorsque le demandeur, même s'il n'est pas personnellement victime d'une procédure administrative particulière, a néanmoins un intérêt personnel/légal qui lui donne le droit soit de consulter le dossier correspondant (loi relative à l'état civil, droits de propriété, loi sur les registres fonciers) soit d'avoir accès à l'information (loi sur la protection et l'enregistrement des données). Certains registres sont libres d'accès (registre du commerce, registre des associations et registre du patrimoine conjugal). D'autres droits d'accès aux informations publiques sont prévus par les lois relatives aux informations sur l'environnement (chacun a un droit d'accès à l'information) et à la documentation sur la Stasi (les victimes ont le droit de consulter leurs dossiers). Certains *Länder* (Berlin, Brandebourg, Rhénanie-du-Nord-Westphalie et Schleswig-Holstein) ont adopté une législation permettant l'accès public aux informations relatives aux procédures administratives sans besoin d'invoquer un intérêt légitime; le refus de la part d'une autorité publique d'accorder un tel accès pour des raisons spécifiques doit toujours être justifié. En outre, les *Länder* ont une compétence spécifique en matière de droit des médias et ont accordé des droits spéciaux d'accès à l'information aux journalistes.⁸
29. La législation allemande prévoit des audiences publiques, notamment pour les projets concernés par le droit de la planification. L'article 73 de la Loi sur les procédures administratives constitue le cadre juridique général pour procéder à des consultations publiques, qui s'applique à toutes les procédures, sauf mention contraire contenue dans une législation spécifique.

⁶ Le 16 décembre 2004, la Première Loi sur la Lutte contre la Corruption a été adoptée par le Parlement de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie. Elle est entrée en vigueur en mars 2005.

⁷ Après la visite, l'EEG a été informée que le premier rapport annuel sur la corruption a été soumis au Parlement, qui l'a adopté le 17 juin 2005. Le prochain rapport sur la prévention de la corruption traitera, entre autres, de la rotation, de l'identification des secteurs de l'administration publique particulièrement vulnérables à la corruption, du contrôle et de la supervision, de la formation et de l'acceptation des cadeaux.

⁸ Le projet de Loi sur la Liberté d'Information a été adopté par le *Bundestag* le projet doit être examiné par le *Bundesrat*.

30. Toute personne dont les droits sont modifiés par une décision administrative peut déposer une plainte auprès de l'autorité à l'origine de la décision. L'autorité concernée a la possibilité de revenir sur sa propre décision, auquel cas la plainte ne donnera pas lieu à une action en justice, ou bien elle peut toujours souhaiter maintenir sa décision initiale, auquel cas elle doit transmettre l'affaire à un organe hiérarchiquement supérieur. Il peut ensuite être fait appel de la décision de cet organe devant les tribunaux administratifs.

Contrôle de l'administration publique – « Personne de contact pour la prévention de la corruption »

31. La Directive fédérale définit le fondement juridique des dénommées « personnes de contact pour la prévention de la corruption » dans les administrations publiques. Tous les agents publics⁹ (« Beschäftigte im öffentlichen Dienst ») ainsi que les personnes privées peuvent s'adresser aux personnes de contact sans avoir à passer par le canal officiel. Si la personne de contact prend connaissance de faits conduisant à une suspicion raisonnable de faits de corruption, il/elle en informera la direction de l'administration qui est habilitée à initier des enquêtes formelles internes afin d'élucider les faits signalés. Conformément au point 5.3 de la Directive fédérale, « les personnes de contact ne seront investies d'aucune autorité pour adopter des mesures disciplinaires ; elles ne mèneront pas d'enquêtes dans les procédures disciplinaires relatives à des affaires de corruption ». Les personnes de contact peuvent soumettre « (...) des propositions à la direction du service sur les enquêtes internes, sur les mesures anti-collusion et sur la communication au bureau du procureur de suspicions de corruption ». Des personnes de contact ont été instituées dans chaque ministère fédéral et auprès d'autres autorités fédérales supérieures. Une personne de contact peut être chargée de plus d'une administration. Au moment de la visite, presque toutes les agences gouvernementales fédérales avaient institué des personnes de contact au sein de leurs organisations. A compter de 2005, le Ministère fédéral de l'Intérieur collectera des statistiques annuelles sur des cas signalés de suspicions raisonnables de faits de corruption. Ces statistiques seront intégrées dans le rapport annuel au Bundestag mentionné plus haut (voir note en bas de page n° 7). Certains *Länder* et municipalités bénéficient également de « personnes de contact extérieures », qui sont normalement des avocats et sont donc en mesure de garantir l'anonymat à l'informateur en vertu du secret professionnel.

Recrutement, carrière et mesures préventives

32. Le principe de la « sélection du candidat au profil le mieux adapté » est généralement appliqué pour le recrutement des agents publics. En général, les avis de vacance de postes sont publiés et sont suivis d'une procédure de sélection fondée sur le principe mentionné ci-dessus. Il est procédé à l'examen des données personnelles qui comprend le recours aux données rassemblées par le Registre central fédéral, autorité chargée auprès de l'administration d'une importante base de données recensant toutes les condamnations de ressortissants allemands prononcées par les tribunaux allemands et étrangers. La Directive fédérale relative à la prévention de la corruption au sein de l'Administration fédérale précise que les agents publics employés dans des domaines d'activité particulièrement vulnérables à la corruption doivent être sélectionnés avec un soin particulier ; des conditions similaires sont prévues dans la législation des *Länder*¹⁰.

Formation

⁹ Ce terme inclut les fonctionnaires (« Beamte ») et les employés de l'administration publique (« Angestellte und Arbeiter »).

¹⁰ Conformément à la Directive de la Bavière sur la lutte contre la corruption du 1er mai 2004 et au Règlement administratif de la Saxe sur la prévention contre la corruption du 21 mai 2002, une attention particulière doit aussi être prêtée à la fiabilité des candidats lors du recrutement à des postes dans les secteurs de la fonction publique classés comme sensibles à la corruption.

33. La formation aux principes de base des fonctions publiques est assurée aussi bien à l'université et dans les établissements techniques que par l'intermédiaire de stages en interne dispensés par l'administration. Des programmes spéciaux de formation dans le domaine de la prévention de la corruption sont également organisés. A titre d'exemple, l'Académie fédérale de l'administration publique et les instituts de formation de la police allemande des frontières et des forces armées fédérales (*Bundeswehr*) dispensent une formation avancée en matière de lutte contre la corruption, notamment en organisant différents séminaires. L'accent est mis tout particulièrement sur la formation des agents publics dont les domaines d'activité sont particulièrement sensibles à la corruption ou qui occupent des fonctions de supervision et de direction. En outre, des programmes spéciaux de formation sont organisés deux fois par an au niveau du gouvernement fédéral par le Ministère fédéral de l'Intérieur à l'intention des personnes de contact pour la prévention de la corruption.

Conflits d'intérêts

34. Conformément aux articles 65 de la BBG et 42 de la BRRG, un fonctionnaire ne peut occuper un deuxième emploi que dans certaines limites, si les deux conditions suivantes sont remplies : (1) l'emploi externe ne compromet pas les intérêts officiels ou l'impartialité et l'objectivité du fonctionnaire ; (2) une autorisation est accordée par une autorité supérieure. En outre, les agents publics doivent immédiatement signaler toute circonstance qui pourrait influencer leur action dans l'exercice de leurs fonctions officielles ou/et lorsqu'ils interviennent dans des procédures administratives. Des règles similaires, quoique plus strictes, s'appliquent aux membres des forces armées fédérales. Les exceptions à cette règle générale portent sur les activités littéraires, universitaires, artistiques ou de discours en public dont l'autorité supérieure doit simplement être informée. Les revenus reçus en raison de toute activité supplémentaire doivent être, dans tous les cas, signalés (avant ou immédiatement après l'activité ou, s'il s'agit d'une activité régulière, annuellement).
35. En ce qui concerne la rotation du personnel, la Directive fédérale détermine que la durée des missions du personnel dans des domaines particulièrement vulnérables à la corruption ne dépassera en principe pas cinq ans ; si des prolongations sont nécessaires, les raisons de celles-ci seront dûment indiquées, alors que d'autres mesures destinées à prévenir la corruption seront prises à la place (notamment par un recours accru au pointage, par le travail/la prise de décisions par équipes ou via l'échange de tâches au sein d'unités organisationnelles). En accord avec le Programme pour la prévention et la lutte contre la corruption de la Conférence permanente des ministres de l'Intérieur, le principe de rotation dans des domaines qui sont sensibles à la corruption est également énoncé dans les réglementations appliquées par la plupart des *Länder*. Certaines d'entre elles stipulent que les raisons officielles urgentes qui peuvent représenter un obstacle à la rotation du personnel doivent être indiquées avec précision, après une durée déterminée.
36. Seuls les fonctionnaires à la retraite ou les anciens fonctionnaires bénéficiant de pensions de retraite sont soumis à une « interdiction de concurrence » prévue par la loi dans le secteur privé. Conformément aux articles 42a de la BRRG et 69a de la BBG, ils sont tenus pendant une durée de 3 à 5 ans de signaler tout emploi qu'ils ont l'intention d'occuper, chaque fois qu'un tel emploi a un lien avec des fonctions occupées antérieurement au cours des cinq dernières années dans l'administration. Il n'existe pas de mesures particulières pour contrôler le passage au secteur privé de fonctionnaires qui ne sont pas encore à la retraite. Toutefois, l'utilisation de connaissances officielles et administratives, dans la mesure où elles constituent un secret officiel ou privé qui était confié à une personne en sa qualité de fonctionnaire, est passible d'une peine

d'emprisonnement de cinq ans maximum ou d'une amende, indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction était encore fonctionnaire au moment de la divulgation des informations (articles 39 BRRG et 61 (1) BBG en liaison avec les peines prévues à l'article 353b CC relatif à la violation du secret officiel et de l'obligation spéciale de secret, ainsi qu'à l'article 203 (2) CC sur la violation des secrets privés).

Codes de conduite / de déontologie

37. Les articles 52 et suivants de la BBG et 35 et suivants de la BRRG, ainsi que la législation applicable au niveau des *Länder*, définissent les obligations et valeurs fondamentales de la fonction publique. Des codes de conduite spécifiques contre la corruption ont été élaborés par le gouvernement fédéral¹¹ et certains *Länder* (notamment la Basse-Saxe, Brandebourg, Mecklembourg-Poméranie occidentale). Une formation avancée est dispensée aux dirigeants sur le contenu et la mise en oeuvre de ces codes. La violation des dispositions de ces codes peut entraîner des sanctions disciplinaires, notamment le licenciement et le retrait des pensions de retraite.

Cadeaux

38. Les agents publics ne sont pas, en règle générale, autorisés, et les fonctionnaires même après expiration de leur statut de fonctionnaire, à accepter des récompenses et cadeaux en liaison avec leurs fonctions. L'acceptation de cadeaux ne peut être autorisée que dans des cas exceptionnels (articles 70 de la BBG et 43 de la BRRG). Le 8 novembre 2004, un nouveau règlement administratif interdisant l'acceptation de gratifications et de cadeaux dans l'administration fédérale est entré en vigueur, en remplacement des règlements antérieurs de 1962, 1977 et 1981.

Signalement de la corruption

39. Les agents des services publics sont généralement tenus de signaler les suspicions de corruption dont ils prennent connaissance dans l'exercice de leurs fonctions officielles.¹² Cette obligation est considérée comme faisant partie du devoir général de l'agent public d'informer et d'apporter son soutien à ses supérieurs (articles 52, 55 de la BBG et 35, 37 de la BRRG pour les fonctionnaires et autres textes réglementaires pour les employés de l'administration publique). Dans certains *Länder*, cette obligation est explicitement énoncée dans les règlements administratifs, tels que les directives sur la corruption. Un fonctionnaire n'a pas le droit de contacter directement les autorités répressives ; le supérieur hiérarchique doit être informé et a l'obligation d'en informer immédiatement le parquet. Un fonctionnaire qui informe directement les autorités répressives pourrait en principe être soumis aux procédures disciplinaires. Dans le cadre de la préparation de l'Allemagne à la ratification de la Convention civile sur la corruption (STCE 174), des amendements aux articles pertinents de la BBG et de la BRRG sont envisagés¹³, qui permettraient aux fonctionnaires de signaler directement au procureur des suspicions fondées de faits de corruption. En outre, en ce qui concerne les employés de la fonction publique, il est prévu un amendement à l'article 612a du Code civil afin d'exclure essentiellement les mesures défavorables au cas où ils signalent une suspicion de bonne foi.

¹¹ Annexe I de la Directive fédérale relative à la prévention de la corruption au sein de l'Administration fédérale du 30 juillet 2004.

¹² Cour fédérale de Justice, 4 mai 2004 – 4 StR 49/04.

¹³ Un projet d'amendement a été adopté par le Cabinet du Gouvernement.

40. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la Directive fédérale contient des dispositions précises relatives à l'institution de « personnes de contact pour la prévention de la corruption ». Conformément au point 5.2 de la Directive « Si la personne de contact prend connaissance de faits conduisant à soupçonner raisonnablement qu'une infraction de corruption a été commise, il ou elle en informera la direction de l'administration et fera des recommandations quant à la conduite d'une enquête interne, à l'adoption de mesures pour prévenir le recel et à l'information des autorités répressives. La direction de l'administration prendra les mesures qui s'imposent pour traiter cette affaire. »

Procédure disciplinaire

41. Il n'existe pas d'organes spéciaux chargés des enquêtes habilités à mener des enquêtes disciplinaires sur une faute grave/des faits de corruption commis par des fonctionnaires. Le supérieur hiérarchique doit initier toutes les enquêtes qui s'imposent, conformément à la procédure standard établie dans la Loi fédérale sur les procédures disciplinaires¹⁴. Le résultat de ces enquêtes sert de base à la fois pour infliger une sanction disciplinaire et pour intenter une action devant le tribunal administratif en fonction de la gravité de l'infraction qui a été commise. Des mesures disciplinaires peuvent être contestées devant un tribunal administratif, et il peut être fait appel des décisions du tribunal. En vertu de la Loi disciplinaire fédérale, le gouvernement fédéral a créé un service chargé du droit disciplinaire qui, entre autres choses, compile dans des statistiques annuelles les données transmises par chacun des ministères fédéraux. La nature et le nombre des cas de fautes graves ainsi que la nature et le nombre total des décisions prises y figurent. Les infractions de corruption sont répertoriées séparément.
42. Les procédures disciplinaires et pénales ne peuvent se dérouler en parallèle si elles ont trait à la même affaire. Dans de tels cas, la procédure disciplinaire doit être suspendue jusqu'à ce que la procédure pénale ait été achevée ; les résultats factuels de la procédure pénale ont force obligatoire pour la procédure administrative. Si les procédures pénale et disciplinaire ne concernent pas la même affaire, la procédure disciplinaire ne peut être abandonnée en ce qui concerne les aspects pénaux, de sorte que les enquêtes relatives à la procédure pénale ne soient pas retardées davantage.

b. Analyse

43. Comme il est indiqué dans la partie descriptive du présent rapport (paragraphe 25), une Directive fédérale révisée relative à la prévention de la corruption dans l'Administration fédérale a été adoptée en juillet 2004. Ce texte exhaustif contient un ensemble de mesures préventives concrètes à adopter et comprend un « code de conduite anti-corruption » détaillé et des « lignes directrices spécifiques pour les superviseurs et responsables des autorités/agences publiques ». La Directive s'applique à toutes les administrations fédérales, y compris les forces armées. Selon les autorités allemandes, une évaluation de l'impact de la Directive sera présentée au Bundestag en 2005¹⁵. L'EEG est d'avis que la Directive est susceptible d'apporter une contribution majeure à la prévention de la corruption dans les services publics de l'Administration fédérale. Toutefois, compte tenu de la structure politique et administrative de l'Allemagne, la Directive est limitée par sa compétence et n'a pas force obligatoire dans les *Länder* ou les gouvernements municipaux. De nombreux *Länder* ont adopté des directives comparables, et certains d'entre eux ont semblé-t-il pris des mesures concrètes pour prévenir et détecter la corruption. A titre d'exemple, le *Land*

¹⁴ Cette procédure standard est appliquée dans l'administration fédérale et dans certains *Länder*. D'autres *Länder* appliquent des règles plus anciennes de procédure disciplinaire. Toutefois, la majorité d'entre eux projettent d'introduire la procédure mentionnée ci-dessus.

¹⁵ Voir note n°7.

de Hambourg a créé un Département des enquêtes internes qui est composé de 54 personnes. Cet organe a compétence pour mener des enquêtes par l'intermédiaire de tous les agents publics du *Land*, une autorité forte et un mandat manifeste pour lutter contre la corruption. L'EEG a également constaté qu'un système d'échange d'informations a été créé au niveau des *Länder* à la suite du Programme de prévention et de lutte contre la corruption (voir paragraphe 26 ci-dessus). Toutefois, il n'en reste pas moins que chaque *Land* conserve le pouvoir d'examiner les affaires de corruption comme il l'entend. Au vu de ce qui précède, *l'EEG observe que les autorités allemandes devraient continuer à renforcer la coordination et la dissémination des mesures et initiatives de lutte contre la corruption au niveau fédéral et au niveau des Länder afin de développer les bonnes pratiques dans tout le pays.*

44. En Allemagne, il n'y a pas de fondement juridique offrant au public un droit général d'accès aux informations publiques. En effet, la Loi sur la procédure administrative restreint en règle générale l'accès du public à la plupart des informations publiques à moins que l'information requise soit liée à une procédure administrative spécifique et que les personnes qui demandent ces informations aient des intérêts juridiques liés à la procédure. L'article 29 de la Loi prévoit que « l'autorité autorise les participants à consulter les documents liés à la procédure lorsque la connaissance de leur contenu est nécessaire afin de faire valoir ou de défendre leurs intérêts juridiques. » Berlin et trois autres *Länder* ont adopté des lois sur la liberté de l'information. La « Loi sur la promotion de la liberté de l'information dans le *Land* de Berlin » institue un droit général d'accès aux données publiques et établit un équilibre judicieux entre le souci légitime du respect de la vie privée et l'accès aux archives publiques. De l'avis de l'EEG, la transparence du gouvernement est un élément critique de la prévention et de la lutte contre la corruption. Les autorités allemandes ont fait savoir à l'EEG qu'une loi sur la liberté d'information est actuellement en préparation pour examen par le Parlement¹⁶. **L'EEG recommande d'adopter une législation sur la liberté de l'information et de mettre en place des mesures administratives visant à faciliter l'accès du public aux informations, conformément à cette législation.**
45. La législation allemande en matière de conflits d'intérêts et d'incompatibilité de fonctions est claire et généralement restrictive. Les agents publics doivent être expressément autorisés à occuper un emploi extérieur, et les supérieurs ont le pouvoir d'interdire même une activité non rémunérée dans le cas où un conflit d'intérêts pourrait survenir. Les fonctionnaires à la retraite doivent signaler toute perspective d'emploi ayant un lien avec les fonctions occupées au cours des cinq dernières années dans l'administration. Les agents publics qui quittent l'administration avant la retraite ne sont soumis à aucune restriction après leur départ dans la mesure où ils n'utilisent ni ne dévoilent des secrets officiels. Toutefois, l'EEG a noté qu'il n'existe pas de règles spécifiques (en dehors de celles qui sont mentionnées au paragraphe 37) pouvant être appliquées aux agents publics à tous les niveaux de l'administration qui passent du secteur public au secteur privé. Les autorités allemandes ont indiqué à l'EEG qu'il n'y avait pas de dispositions juridiques visant à empêcher d'anciens agents publics de « capitaliser sur les relations professionnelles après être passés dans le secteur privé ». L'EEG a eu le sentiment que la position des autorités allemandes sur la question du passage du secteur public au secteur privé est que l'on ne s'intéresse qu'au « droit fondamental d'avoir un emploi » garanti par la Loi fondamentale. En outre, un représentant de l'Association des hauts fonctionnaires fédéraux rencontré par l'EEG a souligné que très peu d'agents publics quittent l'administration avant la retraite. Ce point de vue a été repris par d'autres responsables allemands. Néanmoins, **l'EEG recommande d'introduire des règles/lignes directrices claires pour les situations où des**

¹⁶ Voir note n° 8.

agents publics passent dans le secteur privé avant la retraite, afin d'éviter des conflits d'intérêts.

46. Les lois et règlements allemands régissent étroitement la question des cadeaux aux agents de la fonction publique ainsi que le phénomène de « parrainage », la donation de contributions et services en numéraire et en nature par le secteur privé aux entités du secteur public à des fins publicitaires. A cet égard, les règlements récemment révisés prévoient que les cadeaux d'une valeur supérieure à 25 euros doivent être autorisés par un superviseur avant de pouvoir être acceptés, et que tous les cadeaux doivent être signalés. Certains organismes fédéraux interdisent l'acceptation de tous cadeaux. Le parrainage est un sujet de préoccupation en Allemagne et a été évoqué par plusieurs autorités pendant la visite de l'EEG. La réglementation exhaustive relative au parrainage revue par l'EEG semble instituer à la fois l'obligation de rendre compte de ses actes et la transparence. L'acceptation de tout parrainage requiert l'autorisation écrite de « la plus haute autorité administrative », et les instances administratives sont tenues de signaler périodiquement tout parrainage. En outre, le parrainage des organismes fédéraux doit être rendu public. Les autorités allemandes ont informé l'EEG que les *Länder* ont promulgué une réglementation analogue au sujet des cadeaux.
47. Le système juridique allemand ne semble pas prévoir de réglementation particulière pour garantir que les agents publics qui signalent de bonne foi des suspicions de faits de corruption dans l'administration publique sont suffisamment protégés contre d'éventuelles mesures de représailles. Comme indiqué dans la partie descriptive du présent rapport, des dispositions spécifiques de la « Loi-cadre relative au droit applicable aux fonctionnaires » et de la « Loi fédérale sur la fonction publique » exigent de chaque fonctionnaire qu'il fasse état des allégations de faute grave, y compris la corruption, à son supérieur immédiat (et non directement aux autorités répressives). Le fait de ne pas respecter cette obligation (de signaler uniquement au supérieur hiérarchique) peut donner lieu à une mesure disciplinaire à l'encontre de du fonctionnaire, même si les allégations du fonctionnaire se révèlent fondées. Les autorités fédérales et plusieurs *Länder* ont développé et mis en œuvre une procédure de « personne de contact ». En vertu de ce concept, un agent public, de même que toute autre personne, peut faire état d'une allégation à un agent désigné appartenant – et étant parfois extérieur – à l'instance administrative. La « Directive fédérale relative à la prévention contre la corruption au sein de l'Administration fédérale » stipule que si la personne de contact « prend connaissance de faits conduisant à soupçonner raisonnablement qu'une infraction de corruption a été commise », il ou elle est tenu « d'informer la direction de l'instance administrative et de formuler des recommandations quant à la conduite d'une enquête interne. » La personne de contact « a le droit d'informer directement le responsable de l'instance administrative ». La Directive précise clairement toutefois que seul le responsable de l'instance administrative « informera le bureau du procureur et le plus haut responsable du service sans délai » au sujet d'un éventuel fait de corruption.
48. Un certain nombre de *Länder* ont des dispositions similaires. En Basse-Saxe, par exemple, des personnes de contact sont réparties dans toutes les instances administratives du *Land* et les cas de corruption peuvent être signalés de façon anonyme sur le site Internet du *Land*. A Hambourg, les allégations de corruption peuvent être signalées à un avocat privé, qui les transmettra à la police sans révéler l'identité de la personne ayant fourni l'information. Selon les autorités de Hambourg rencontrées par l'EEG, cette procédure permet de mener les enquêtes préliminaires en protégeant la personne qui a fait des révélations d'un préjudice injustifié de la part de ses collègues ou supérieurs hiérarchiques et en garantissant que son identité ne sera pas dévoilée

jusqu'au procès.»¹⁷. Un représentant de l'Association des villes et municipalités allemandes a indiqué que quelques personnes de contact seulement avaient été désignées dans le gouvernement local et laissé entendre que la tendance n'était pas à une modification des conditions traditionnelles dans lesquelles les personnes font état d'allégations. La compagnie de chemins de fer privatisée Deutsche Bahn AG, qui emploie quelque 50.000 fonctionnaires, a institué un système de témoignage/contrôle interne en vertu duquel deux avocats (« médiateurs ») sont habilités à recevoir et transmettre des allégations de corruption à l'organe répressif concerné. Ce système permet aux médiateurs de ne pas communiquer à la société et à la police/aux autorités de poursuites l'identité de l'employé du service public qui fait état de l'allégation. L'EEG a été informée que ces médiateurs avaient reçu aux alentours de 400 allégations, et que le parquet en examinait 150 environ. Pendant la visite, les autorités allemandes ont informé l'EEG qu'une législation sur les personnes qui font des révélations anonymes, conforme à la Convention civile sur la corruption, était en cours d'élaboration avant son examen par le Parlement ¹⁸.

49. De nombreux représentants des organisations fédérales et des *Länder* ont rencontré l'EEG durant sa visite, appartenant à la fois aux organes répressifs et aux institutions chargées de préparer les politiques/mesures préventives ainsi qu'à la société civile, ont clairement exprimé le point de vue que le système allemand actuel fondé sur l'obligation de signaler toute allégation à la hiérarchie ralentit potentiellement la transmission d'informations sur le comportement corrompu aux organes répressifs et accroît le risque de fuites. Par conséquent, **l'EEG recommande de garantir que les agents publics, en plus du système existant qui consiste à signaler les cas suspects de corruption dans l'administration publique à leur supérieur hiérarchique ou aux « personnes de contact chargées de la prévention de la corruption », aient également la possibilité de signaler directement aux autorités répressives compétentes des suspicions de faits de corruption – c'est-à-dire même sans en informer au préalable leur supérieur.**

IV. THÈME III – PERSONNES MORALES ET CORRUPTION

a. Description de la situation

Définition des personnes morales

50. En Allemagne, les personnes morales régies par le droit privé comprennent les associations dûment enregistrées (*eingetragener Verein, eV*), les fondations et, surtout, les sociétés de capitaux (*Kapitalgesellschaften*). Ces dernières comprennent les sociétés anonymes (*Aktiengesellschaften, AG*), qui sont régies par la Loi sur les sociétés par actions (AktG), les sociétés en commandite par actions (*Kommanditgesellschaft auf Aktien, KGaA*), les sociétés à responsabilité limitée (GmbH), régies par la Loi sur les sociétés à responsabilité limitée (GmbHG), et les sociétés coopératives (eG), qui sont régies par la Loi sur les sociétés coopératives (GenG).
51. Les types principaux de personnes morales sont les sociétés anonymes (AG) et les sociétés à responsabilité limitée (GmbH), qui diffèrent principalement en fonction du nombre de leurs actionnaires (le capital nominal minimum d'une AG est de 50.000 euros, alors qu'une GmbH doit avoir un minimum de 25.000 euros pour démarrer son activité) et des procédures de prise de décision/gestion (les AG ont plus d'organes participant à la prise de décision, notamment une

¹⁷ L'EEG n'a pas été en mesure de déterminer si cette nouvelle procédure permettant de faire anonymement état d'allégations avait conduit à des enquêtes sur la corruption par la police.

¹⁸ Voir note n° 13.

assemblée générale annuelle, un directoire et un conseil de surveillance). Il n'y a aucune restriction en ce qui concerne la nationalité des membres fondateurs ou des actionnaires. Les deux types de société sont responsables de leurs obligations commerciales vis-à-vis de leurs créanciers à concurrence des actifs de la société et sont soumis à la réglementation applicable aux entreprises commerciales ("*Formkaufmann*").

Enregistrement et mesures de transparence

52. Les AG et les GmbH doivent remplir certaines conditions de base (p. ex., indication des noms des fondateurs, type d'actions, nature de l'activité, montant du capital initial, etc.) pour que l'enregistrement par la juridiction compétente puisse prendre effet. Au moment de l'enregistrement, ces informations sont enregistrées dans le registre du commerce (*Handelsregister*) et rendues publiques afin que toute tierce personne puisse y avoir accès sans avoir à justifier d'un intérêt légitime ou direct. La Loi sur les sociétés par actions prévoit des réglementations détaillées destinées à garantir la transparence en ce qui concerne les activités et les structures commerciales, qui seront elles aussi enregistrées dans le registre du commerce. Les sociétés coopératives dûment enregistrées obtiennent la capacité juridique au moment de leur enregistrement dans le Registre des sociétés coopératives, qui est tenu au tribunal local. Toutes les demandes d'enregistrement sont soumises à un examen judiciaire. Les associations à but non lucratif sont enregistrées dans le Registre des associations. Tout individu peut avoir accès à ces deux registres. Il n'y a pas de registre fédéral pour les fondations. Néanmoins, une majorité de *Länder* ont établi un Répertoire des fondations basé sur le droit du *Land*. L'existence d'un intérêt justifié est une condition préalable pour avoir accès au Répertoire des fondations (sauf dans certains *Länder* où cette condition préalable n'existe pas).

Interdictions professionnelles

53. Les personnes qui ont été condamnées pour faillite (article 283, 283a CC), violation de l'obligation de garder les livres comptables (article 283b CC), traitement préférentiel pour un créancier (283c CC) ou traitement préférentiel pour un débiteur (article 283d CC) doivent se voir interdire d'occuper toute fonction de direction pendant une durée de cinq ans (article 76 (3), 3^{ème} phrase, de la Loi sur les sociétés par actions et article 6 (2), 3^{ème} phrase, de la Loi sur les sociétés à responsabilité limitée). Un projet de loi est actuellement à l'étude visant à étendre les interdictions mentionnées ci-dessus à d'autres types d'infractions économiques, y compris la fraude, l'abus de confiance, et les infractions liées à la rétention ou au détournement des traitements ou salaires (articles 263 à 266 CC). La corruption et d'autres infractions associées ne figurent pas dans la liste des infractions pour lesquelles une personne occupant des fonctions de dirigeant au sein d'une personne morale peut être interdite de fonction.

Responsabilité des personnes morales

54. La législation allemande ne prévoit pas de responsabilité pénale pour les personnes morales. Toutefois, la responsabilité administrative et la responsabilité civile des personnes morales ayant commis des infractions pénales existent. Les articles 30 et 130 de la Loi sur les infractions administratives/statutaires (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, ci-après l'OWiG) en particulier prévoient de sanctionner les infractions administratives et pénales commises par des personnes morales par des amendes et s'appliquent également aux infractions de corruption en vertu du Code pénal. Le trafic d'influence n'est pas punissable en vertu de la législation allemande. L'OWiG s'applique non seulement aux personnes morales, mais aussi aux associations qui n'ont pas la capacité juridique, ainsi qu'à tous types de sociétés de personnes.

55. Les personnes morales peuvent être tenues responsables chaque fois qu'une « personne » occupant un poste de direction dans l'organisation - une liste de ces postes figure à l'article 30 (1) de l'OWiG - a commis un crime ou une infraction administrative par laquelle les obligations qui incombent à la personne morale ont été violées ou la personne morale a effectivement retiré, ou était supposée avoir potentiellement retiré, un bénéfice. En outre, conformément à l'article 130 de l'OWiG, le régime de responsabilité est également applicable lorsqu'une personne physique occupant un poste de dirigeant a failli à son obligation de supervision ou de contrôle. Il est possible d'attribuer la responsabilité à la personne morale même si aucune personne physique n'a été reconnue coupable ni identifiée, mais il reste à prouver qu'une personne physique au sein des structures dirigeantes de l'organisation a soit commis l'infraction, soit enfreint une obligation de surveillance.
56. En ce qui concerne la responsabilité civile des personnes morales, les articles 31 et 278 du Code civil s'appliquent chaque fois que des dommages sont causés à la suite d'une action d'une personne physique qui occupe une fonction de dirigeant au sein de l'entreprise concernée ; cela comprend également les cas où un agent dit « de substitution » (*Erfüllungsgehilfe*) profite de sa position dans l'entreprise pour en retirer un avantage personnel.

Sanctions

57. Les amendes administratives peuvent aller jusqu'à 1 million d'euros en cas d'infractions pénales intentionnelles (et 500.000 euros en cas d'infractions pénales par négligence). Cette limite peut et doit être dépassée afin de couvrir tous les bénéfices financiers retirés par l'auteur de l'infraction. Des amendes peuvent être infligées à la personne morale même si des procédures pénale ou administrative n'ont pas été engagées à l'égard de la personne physique qui a commis l'infraction, si la procédure a été interrompue ou si la personne physique n'a pas été déclarée coupable. En vertu de la jurisprudence de la Cour suprême fédérale, des changements institutionnels intervenus au sein d'une entreprise ne peuvent pas être utilisés pour échapper à l'exécution des sanctions infligées. En plus des peines pécuniaires, des sanctions telles que l'interdiction d'exercer une profession (article 61 No. 6 et article 70 CC) ou la dissolution d'une société en cas de mise en péril du système de sécurité sociale (article 396 de la Loi sur les sociétés par actions) peuvent être appliquées à titre exceptionnel. Les statistiques relatives aux procédures intentées contre des personnes morales pour corruption ne sont pas systématiquement collationnées au niveau central, bien que les parquets de deux *Länder* (Bavière et Rhénanie-du-Nord-Westphalie) aient fourni certains chiffres concernant les niveaux de sanctions infligées jusqu'en 2002. Ces chiffres indiquent que, dans la pratique, la plupart des amendes varient de 20.000 à 175.000 euros (la plupart des affaires dans lesquelles ces amendes ont été appliquées concernaient des petites et moyennes entreprises) et dans certains cas sont allées jusqu'à 500.000 et – après septembre 2002 – 2 million d'euros pour une affaire de corruption.
58. S'il y a eu plusieurs initiatives cherchant à instituer un registre des sociétés reconnues coupables d'actes de corruption, aucune d'elles n'a encore abouti au niveau fédéral. Le Gouvernement fédéral travaille toujours à l'adoption d'une loi visant à établir un registre central ; à cet égard, un projet de loi était à l'étude au moment de la visite. Plusieurs *Länder* (Bavière, Berlin, Rhénanie-du-Nord-Westphalie, Hesse, Bade-Wurtemberg, Rhénanie-Palatinat, Hambourg, Basse-Saxe et Brême) ont établi leurs propres registres ; certains autres *Länder* sont actuellement en train de mettre au point le même type de documents (Sarre, Brandebourg, Schleswig-Holstein). Par ailleurs, il est envisagé d'établir une procédure spéciale au niveau fédéral pour délivrer un « certificat de préqualification » aux sociétés qui ont apporté la preuve de leurs savoir-faire,

fiabilité et résultats dans le contexte de contrats antérieurs¹⁹. Seules les sociétés qui ont déclaré entre autres qu'elles ne figurent pas sur une liste noire au niveau des *Länder* pourront obtenir ce certificat de préqualification.

Déductibilité fiscale et autorités fiscales

59. Conformément à l'article 4 (5), 1^{ère} phrase, n° 10 de la Loi sur l'impôt sur le revenu, les dépenses pour pots-de-vin et autres récompenses illicites ne sont pas déductibles. En vertu de la 2^{ème} phrase de la même disposition, les tribunaux, parquets ou autorités administratives doivent signaler aux autorités fiscales toute suspicion fondée d'infractions de corruption afin que les autorités fiscales puissent prendre les mesures appropriées concernant les retombées fiscales éventuelles liées à l'infraction de corruption ; les autorités fiscales ont aussi obligation de signaler les suspicions de corruption aux autorités répressives. L'accès aux archives fiscales (qui ne sont pas publiques) doit être accordé aux organes répressifs pour faciliter les enquêtes pénales.

Règles de comptabilité

60. Conformément à l'article 257 du Code de commerce, toutes les « entreprises commerciales » sont tenues de conserver des registres comptables pendant une durée de dix ans (livres de comptes, livre d'inventaire, documentation procédurale et justificatifs comptables) ou six ans (correspondance commerciale). Les registres commerciaux doivent être tenus de façon complète, correcte, organisée et en respectant la chronologie (article 239 (2) du Code de commerce). Des conditions analogues sont énoncées à l'article 147 du Code des impôts pour des raisons d'ordre fiscal. En outre, les sociétés anonymes sont soumises à des obligations comptables plus strictes, qui exigent également la publication de leurs comptes annuels dans la Gazette fédérale. Seules les associations dûment enregistrées qui ne satisfont pas les conditions requises pour être reconnues comme des « entreprises commerciales » (organisations à but non lucratif ou petites entreprises commerciales) ou qui ne remplissent pas les conditions prévues par les dispositions fiscales de l'article 141 du Code des impôts (principalement, celles dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas 350.000 euros) peuvent être exemptées des obligations comptables. La même exception s'applique aux fondations à but non lucratif régies par le droit privé.
61. L'utilisation de fausses informations sur les documents comptables est une infraction punissable, conformément au Code de commerce, passible d'une peine de trois ans d'emprisonnement ou d'une amende. Une comptabilité impropre peut également constituer une infraction fiscale qui peut être passible d'une amende. En outre, le Code pénal stipule que le fait de ne pas tenir de registres comptables ainsi que la destruction et la dissimulation de documents comptables seront passibles d'une peine d'emprisonnement de deux ans maximum ou d'une amende dans les cas intentionnels, et d'une peine d'emprisonnement d'un an maximum ou d'une amende dans les cas de négligence. Des sanctions plus sévères sont infligées en cas de violations de l'obligation de tenir des registres comptables dans les cas de faillite, y compris des peines d'emprisonnement qui peuvent aller de cinq ans à dix ans maximum. La production d'un faux document, la falsification d'un document ou l'utilisation d'un faux document ou document falsifié constituent une infraction pénale en vertu de l'article 267 du Code pénal, et sont passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq ans maximum ou d'une amende. En outre, en ce qui concerne les personnes morales qui sont tenues de faire contrôler leur registres comptables, le commissaire

¹⁹ Après la visite, l'EEG a été informée qu'un « accord sur le système de préqualification a été obtenu et que le nouveau système devrait être applicable d'ici à la fin 2005 au plus tard » ; des lignes directrices sur ce système ont été adoptées le 25 avril 2005.

aux comptes peut refuser de délivrer la certification des comptes annuels si les registres n'ont pas été tenus correctement (article 322 (4) du Code de commerce).

Rôle des comptables, commissaires aux comptes et professions juridiques

62. Les comptables, commissaires aux comptes et/ou autres professions de conseil ne sont pas tenus de signaler une suspicion fondée sur des informations obtenues dans l'exercice de leurs fonctions ou alors qu'ils représentaient leurs clients devant les tribunaux (voir paragraphe 16). Néanmoins, si ces personnes savent que leur client prend délibérément des conseils dans l'objectif d'un blanchiment de capitaux, ils restent tenus de signaler toute suspicion de blanchiment de capitaux (article 11 (3) Loi sur le blanchiment de capitaux). En outre, conformément à l'article 321 (1) du Code de commerce, les commissaires aux comptes sont tenus de signaler toute « violation des dispositions légales » (y compris les infractions de corruption et de blanchiment de capitaux en vertu des articles 261, 331 et suivants du Code pénal) dans leurs rapports de contrôle. La fausse certification des comptes annuels est une infraction punissable conformément à l'article 332 du Code de commerce, passible d'une peine de prison de trois ans maximum ou d'une amende, et d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à cinq ans ou d'une amende si l'enrichissement du commissaire aux comptes, ou d'une autre personne, ou au détriment d'autres, a eu lieu ou a été recherché par le biais de cette falsification.

b. Analyse

63. L'EEG est d'avis que le système en place pour la création et l'enregistrement des sociétés anonymes (*Aktiengesellschaft*, AG) et des sociétés à responsabilité limitée (GmbH), qui sont les personnes morales les plus nombreuses en Allemagne, est adéquat. Les conditions nécessaires à la création de ces sociétés sont clairement énoncées dans la législation (Loi sur les sociétés par actions, droit des sociétés, Loi sur les sociétés à responsabilité limitée). En ce qui concerne les AG et les GmbH, le système d'enregistrement au registre du commerce ainsi que l'accès aux informations relatives à ces sociétés semblent être bien conçus.

64. Comme nous l'avons déjà décrit plus haut (paragraphe 59), la question de savoir s'il faut ou non instituer un système d'exclusion et de « mise à l'index » des personnes morales impliquées dans des activités de corruption est à l'ordre du jour du gouvernement fédéral depuis plusieurs années. Pendant la visite, l'EEG a appris qu'un projet de loi créant un registre central de sociétés reconnues responsables d'actes de corruption était à l'étude. Les représentants du secteur des entreprises rencontrés par l'EEG ont fait savoir qu'ils étaient très favorables à la création d'un tel registre qui, entre autres, assurerait une certaine protection à la grande majorité des sociétés en Allemagne qui ne sont pas impliquées dans des actes de corruption. En outre, plusieurs *Länder* disposent de leurs propres registres de personnes morales²⁰ qui ont été reconnues comme étant impliquées dans des activités de corruption et les utilisent déjà pour la passation de marchés publics. Dans ce contexte, l'EEG observe qu'une recommandation sur ce sujet a déjà été adressées à l'Allemagne dans le Rapport du GRECO du Premier Cycle d'Evaluation²¹ et que cette recommandation est encore valide et soumise à la procédure de conformité du GRECO.

²⁰ A Hambourg et en Rhénanie-du-Nord-Westphalie, ces registres ont été établis par la loi.

²¹ Le GRECO a recommandé « une meilleure mise en œuvre des règles relatives aux marchés publics, y compris pour ce qui est des contrats inférieurs au seuil prévu pour l'ouverture à la concurrence à l'échelle de l'UE, ainsi que l'établissement par voie législative d'un Registre fédéral central (« liste noire ») des sociétés reconnues comme ayant commis des malversations à l'occasion de marchés publics concurrentiels ».

65. L'article 76 (3), 3^{ème} phrase, de la Loi sur les sociétés par actions stipule qu'« une personne reconnue coupable d'une infraction pénale en vertu des articles 283 à 283d du Code pénal (crimes d'insolvabilité) ne peut pas être membre du directoire pendant une durée de cinq ans (...) ». Cette règle s'applique également aux sociétés à responsabilité limitée. Au moment de l'évaluation, les autorités allemandes ont signalé que la Chambre des Länder préparait un projet de loi qui élargirait le champ d'application de l'article 76 (3) de la Loi sur les sociétés par actions en incluant des infractions telles que la fraude, la fraude informatique, la fraude aux subventions, la fraude aux frais d'immobilisations, l'abus de confiance et la rétention et le détournement des traitements ou salaires. Les infractions de fausses informations, fausse présentation et manquement délibéré à une obligation en cas de perte, endettement excessif ou insolvabilité doivent aussi être incluses. En vertu de ce projet de loi, les actionnaires ou dirigeants de sociétés à responsabilité limitée peuvent également être frappés d'interdiction s'ils sont jugés coupables d'avoir fait délibérément de fausses déclarations relatives à la constitution d'une société ou en relation avec l'augmentation ou la diminution du capital nominal d'une société.
66. L'EEG prend note du fait que les autorités allemandes envisageaient, au moment de la visite, d'inclure de nouvelles infractions pour lesquelles une personne occupant des fonctions de dirigeant dans une personne morale peut être interdite de fonction. Elle considère favorablement ces projets d'amendements, car ils semblent envisager de façon appropriée la nécessité d'instaurer d'autres sanctions destinées, entre autres choses, à maintenir un niveau élevé de confiance générale dans les activités commerciales. Néanmoins, l'EEG note qu'aucune des infractions de corruption prévues par la législation allemande ne figure dans la liste élargie des nouvelles infractions contenues dans le projet de loi mentionné ci-dessus. L'EEG a du mal à identifier quelque raison convaincante de ne pas faire figurer les infractions de corruption. En revanche, selon l'EEG, le fait d'inclure les infractions de corruption dans la liste élargie découle naturellement du raisonnement qui est le fondement du système d'exclusion. Par conséquent, **l'EEG recommande d'introduire des dispositions légales stipulant qu'une personne qui a été condamnée pour des infractions de corruption, tout au moins celles qui sont répertoriées comme des infractions graves, soit interdite d'exercer des fonctions de direction dans une personne morale.**
67. La Loi sur les infractions administratives/statutaires (ci-après OWiG), articles 17, 30 et 130, définit le fondement légal des sanctions infligées aux personnes morales pour des infractions de corruption. Le gouvernement fédéral n'établit pas de statistiques sur le recours à ces dispositions. Pendant la visite, des représentants des organes répressifs de Berlin, Hanovre et Hambourg ont informé l'EEG que l'OWiG avait été appliquée dans certaines affaires de corruption dans ces *Länder*, mais ils n'ont pu fournir aucune statistique. Les autorités allemandes ont informé l'EEG que, de 1994 à 2002, le Parquet de Munich I a engagé des poursuites contre 122 personnes morales pour corruption et que certaines autres affaires similaires avaient fait l'objet de poursuites dans trois autres *Länder*. En l'absence de statistiques présentant une image claire des condamnations et sanctions prononcées à l'encontre de personnes morales en Allemagne, l'EEG n'est pas en mesure de faire une estimation précise de la fréquence d'application – et d'efficacité – de l'OWiG. Au vu des informations fournies par les autorités allemandes, tant dans leurs réponses au questionnaire que durant la visite sur place, l'EEG a eu l'impression que les dispositions de l'OWiG applicables aux personnes morales ne sont pas utilisées de façon uniforme. Par conséquent, **l'EEG recommande d'examiner l'utilisation des sanctions prévues pour les personnes morales en vue d'identifier les disparités dans l'application des dispositions pertinentes de la Loi sur les infractions administratives/statutaires et y apporter des solutions ; et préparer, le cas échéant, des lignes directrices à l'intention des procureurs concernant une application plus uniforme de la loi.**

68. L'article 30 (2) de l'OWiG prévoit que « l'amende statutaire ne dépassera pas 1) dans le cas d'une infraction pénale commise intentionnellement, un million d'euros ; 2) dans le cas d'une infraction pénale commise par négligence, cinq cents mille euros. » En outre, l'article 17 de l'OWiG stipule que « l'amende statutaire dépassera le profit financier que l'auteur de l'infraction a retiré de l'infraction statutaire qu'il a commise ». Cela signifie que l'amende d'un montant maximum d'un million d'euros prévue à l'article 30 (2) n° 1 ne peut être dépassée que lorsqu'un gain financier peut être prouvé. Par conséquent, l'EEG considère que, même dans des affaires graves où le profit financier retiré par des personnes morales impliquées dans une activité de corruption est difficile à calculer/prouver, l'amende applicable serait limitée à un montant maximal d'un million d'euros. Le caractère grave et dommageable des affaires de corruption, même lorsqu'il n'y a aucune preuve d'un profit financier retiré de l'infraction, ne doit pas être négligé. Des représentants du parquet de Berlin ont informé l'EEG que l'amende d'un million d'euros maximum avait été dépassée dans le cadre d'une affaire à Berlin et dans quelques autres dans d'autres *Länder*. D'après les informations communiquées à l'EEG par les autorités allemandes, il n'y a pas de lignes directrices concernant le calcul du profit financier retiré par une personne morale suite à un acte interdit qu'elle a commis. Néanmoins, les autorités allemandes ont souligné qu'une jurisprudence clairement établie existe à ce sujet. Le montant de la sanction monétaire à appliquer en vertu de l'OWiG est laissé à l'entière évaluation/discretion des procureurs. Compte tenu de la taille et de la puissance financière du secteur des entreprises en Allemagne, l'EEG considère que l'actuelle OWiG ne prévoit pas de sanctions qui seraient adaptées dans certaines situations (par exemple cas d'infractions de corruption graves impliquant des grandes entreprises). Par conséquent, **l'EEG recommande que les autorités allemandes envisagent d'amender l'article 30 (2) n°1 de la Loi sur les infractions administratives/statutaires afin de garantir que des sanctions pécuniaires effectives, proportionnées et dissuasives puissent être infligées aux personnes morales impliquées dans des affaires de corruption.**
69. En vertu de l'article 4 (5), 1^{ère} phrase n° 10 de la Loi sur l'impôt sur le revenu, aucun paiement qui constitue une infraction (pénale ou autre), y compris les pots-de-vin, n'est déductible des impôts.
70. La destruction de livres, l'utilisation d'informations fausses ou incomplètes dans les documents comptables ainsi que le fait d'omettre illégalement d'enregistrer des paiements constituent tous des infractions au regard de la loi allemande. L'EEG considère que la législation en la matière est conforme à l'article 14 de la Convention pénale sur la corruption.
71. Autant que l'EEG ait pu en juger pendant sa visite, la coopération entre les autorités fiscales et les organes répressifs est assez développée. Durant sa visite, l'EEG a été informé que, lorsque les inspecteurs des impôts ont de sérieuses suspicions qu'un crime a été commis par un contribuable, ils sont tenus d'en informer les autorités répressives ou administratives compétentes. Le service des poursuites des autorités fiscales a communiqué à l'EEG des informations contradictoires en ce qui concerne l'obtention d'informations – liées notamment à des enquêtes sur des infractions de corruption ne comportant pas d'éléments d'infractions fiscales. D'une part, l'EEG a été informée par des représentants des organes répressifs que, dans de tels cas, l'autorité de poursuites n'aurait pas accès aux informations accumulées par les autorités fiscales et devait compter sur d'autres sources d'information plus facilement accessibles (p. ex. relevés bancaires et états financiers). D'autre part, l'EEG a été informée que des renseignements fiscaux pouvaient également être obtenus en vertu de l'article 30, alinéa (4), n° 4 et 5 du Code des impôts. Après examen du texte de ces dispositions, l'EEG a le sentiment que le secret fiscal n'empêche pas les autorités fiscales de révéler des informations au service

des poursuites lorsqu'elles présentent un « intérêt public majeur ». Le concept d'intérêt public majeur est défini, entres autres, en référence à « une infraction économique qui fait l'objet, ou doit faire l'objet de poursuites et qui, compte tenu de la façon dont elle a été commise ou de l'ampleur des dommages qu'elle a causés, perturberait considérablement l'ordre économique ou pourrait entamer la confiance du public dans l'intégrité des transactions commerciales ou le bon fonctionnement des autorités et des institutions publiques ». Il semblerait que cela englobe la corruption. Toutefois, l'EEG continue à penser que le texte de l'article 30 du Code des impôts donne lieu à différentes interprétations. Au vu de ce qui précède, *l'EEG observe que des principes directeurs pour les autorités fiscales et les procureurs devraient être élaborés, qui clarifient la portée des exemptions du secret fiscal résultant de l'article 30 du Code des impôts, lorsque les services des poursuites cherchent des informations fiscales auprès des autorités fiscales en relation avec des affaires de corruption qui ne comportent pas d'infractions fiscales.*

72. Comme indiqué dans la partie descriptive du présent rapport, les commissaires aux comptes privés ne sont pas tenus de signaler des suspicions de corruption aux organes répressifs. Néanmoins, l'article 11 (1) de la Loi sur le blanchiment de capitaux établit clairement que les institutions, entreprises et personnes énumérées à l'article 3 de la même loi – notamment les « commissaires aux comptes agréés, experts comptables, conseillers fiscaux et spécialistes en fiscalité » (article 3 (1) n° 2) – lorsqu'ils détectent « des faits qui donnent à penser qu'une transaction financière a pour finalité le blanchiment de capitaux (...), ou pourrait avoir cette finalité si elle était réalisée, doivent le signaler aux autorités de poursuites compétentes et, par voie de copie, à la Police criminelle fédérale – Service des renseignements financiers – (...) ». Pendant la visite, l'EEG a été informée que les lignes directrices indiquant comment respecter les mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux avaient été préparées et distribuées aux commissaires aux comptes. Par ailleurs, l'article 321, section 1 du Code de commerce (« Rapport d'audit ») stipule : « (...) En outre, le commissaire aux comptes doit signaler toute inexactitude ou violation de la loi constatée ainsi que tous faits qui pourraient compromettre l'existence de la société ou du groupe qui fait l'objet d'un contrôle financier ou pourraient nuire considérablement à son développement ou qui révèlent de graves violations de la loi, (...) ». Pendant la visite, l'EEG a été informée que, depuis l'adoption de la Loi sur le blanchiment de capitaux en août 2002, un rapport sur une transaction suspecte avait été déposé par des commissaires aux comptes.. Pour cette raison, *l'EEG observe que les autorités allemandes devraient encourager les organes représentatifs des commissaires aux comptes à établir des directives et organiser des formations pour la détection et le signalement d'actes de corruption.*

V. CONCLUSIONS

73. L'Allemagne dispose d'un cadre juridique exhaustif concernant à la fois les mesures provisoires (saisie et saisie conservatoire) et la confiscation des instruments du crime (*Einziehung*) ainsi que la confiscation des produits du crime (*Verfall*). Un ensemble de dispositions détaillées, contenues dans le Code pénal et dans le Code de procédure pénale, fournit aux organes répressifs les outils juridiques nécessaires pour pouvoir procéder à la saisie et/ou confiscation des biens du défendeur et/ou le/la priver de tout ce qui a pu être utilisé pour commettre l'infraction. En ce qui concerne l'application des instruments prévus par la loi à propos de la saisie/confiscation, le principe général selon lequel tous les produits résultant d'un crime, y compris les infractions de corruption, peuvent être saisis/confisqués est régulièrement appliqué même à l'égard des proches parents du défendeur et/ou de tierces personnes auxquelles ces biens ont été transférés. Néanmoins, les informations collectées montrent que certains *Länder* sont plus actifs que d'autres pour utiliser à plein l'ensemble des outils juridiques prévus par la législation allemande afin de faciliter la confiscation des produits de la corruption.

74. En ce qui concerne les politiques anti-corruption/d'intégrité dans l'administration, la Directive fédérale révisée relative à la prévention de la corruption au sein de l'Administration fédérale est un texte exhaustif qui contient une série de mesures préventives concrètes à prendre et est susceptible d'apporter une contribution majeure à la prévention de la corruption au sein de l'Administration publique fédérale. Le droit d'accès du public aux informations publiques, la question des fonctionnaires qui passent dans le secteur privé et le système consistant à faire état de suspicions de corruption dans l'administration comptent parmi les principaux domaines qui méritent un débat approfondi qui contribuerait à soutenir le gouvernement dans sa lutte contre la corruption. Pour ce qui est des personnes morales et de la corruption, l'institution d'un système d'exclusion et de « mise à l'index » des personnes morales impliquées dans des activités de corruption est inscrit à l'ordre du jour du gouvernement fédéral depuis plusieurs années et est de plus en plus réclamé, avant tout afin de protéger la grande majorité des sociétés allemandes qui ne sont pas impliquées dans des affaires de corruption. La question de l'efficacité des mesures/sanctions à l'encontre de personnes qui occupent des fonctions de dirigeant dans des personnes morales et à l'encontre des personnes morales ayant commis des infractions graves de corruption doit également être examinée par les autorités allemandes.
75. Au vu de ce qui précède, le GRECO adresse les recommandations suivantes à l'Allemagne :
- i. **adopter une législation sur la liberté de l'information et de mettre en place des mesures administratives visant à faciliter l'accès du public aux informations, conformément à cette législation** (paragraphe 44) ;
 - ii. **introduire des règles/lignes directrices claires pour les situations où des agents publics passent dans le secteur privé avant la retraite, afin d'éviter des conflits d'intérêts** (paragraphe 45) ;
 - iii. **garantir que les agents publics, en plus du système existant qui consiste à signaler les cas suspects de corruption dans l'administration publique à leur supérieur hiérarchique ou aux « personnes de contact chargées de la prévention de la corruption », aient également la possibilité de signaler directement aux autorités répressives compétentes des suspicions de faits de corruption – c'est-à-dire même sans en informer au préalable leur supérieur** (paragraphe 49) ;
 - iv. **introduire des dispositions légales établissant qu'une personne qui a été condamnée pour des infractions de corruption, tout au moins celles qui sont répertoriées comme des infractions graves, soit interdite d'exercer des fonctions de direction dans une personne morale** (paragraphe 66) ;
 - v. **examiner l'utilisation des sanctions prévues pour les personnes morales en vue d'identifier les disparités dans l'application des dispositions pertinentes de la Loi sur les infractions administratives/statutaires et y apporter des solutions ; et préparer, le cas échéant, des lignes directrices à l'intention des procureurs concernant une application plus uniforme de la loi** (paragraphe 67) ;
 - vi. **envisager d'amender l'article 30 (2) n° 1 de la Loi sur les infractions administratives/statutaires afin de garantir que des sanctions pécuniaires effectives, proportionnées et dissuasives puissent être infligées aux personnes morales impliquées dans des affaires de corruption** (paragraphe 68).

76. En outre, le GRECO invite les autorités allemandes à tenir compte des *observations* (paragraphe 22, 23, 43, 64, 71 et 72) exprimées dans la partie analytique de ce rapport.
77. Enfin, conformément à la règle 30.2 du Règlement Intérieur, le GRECO invite les autorités allemandes à lui présenter un rapport sur la mise en œuvre des recommandations susmentionnées d'ici au 31 décembre 2006.