



Strasbourg, 4 décembre 2009

Public
Greco Eval III Rep (2009) 3F
Thème I

Troisième Cycle d'Evaluation

Rapport d'Evaluation sur l'Allemagne Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2)

(Thème I)

Adopté par le GRECO
lors de sa 45^e Réunion Plénière
(Strasbourg, 30 novembre – 4 décembre 2009)

I. INTRODUCTION

1. L'Allemagne a adhéré au GRECO en 1999. Le GRECO a adopté le Rapport d'évaluation du premier cycle (Greco Eval I Rep (2001) 12F Final) concernant l'Allemagne lors de sa 8^e réunion plénière (8 mars 2002) et le Rapport d'évaluation du deuxième cycle (Greco Eval II Rep (2004) 10F) lors de sa 24^e réunion plénière (1^{er} juillet 2005). Ces rapports, ainsi que les rapports de conformité correspondants peuvent être consultés sur la page d'accueil du GRECO (<http://www.coe.int/greco>).
2. Le Troisième cycle d'évaluation du GRECO en cours (lancé le 1^{er} janvier 2007), porte sur les thèmes suivants :
 - **Thème I – Incriminations** : articles 1a et 1b, 2 à 12, 15 à 17 et 19.1 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173), articles 1 à 6 de son Protocole additionnel (STE 191) et Principe directeur 2 (incrimination de la corruption) de la Résolution (97).
 - **Thème II – Transparence du financement des partis politiques** : articles 8, 11, 12, 13b, 14 et 16 de la Recommandation Rec(2003)4 sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales, et - plus généralement - Principe directeur 15 (financement des partis politiques et des campagnes électorales).
3. L'Equipe d'Evaluation du GRECO (ci-après, désignée « EEG ») s'est rendue en Allemagne du 8 au 12 juin 2009. L'EEG pour le Thème I était composée de M. Christian Coquoz, juge (Suisse) et de M. Martin Kreutner, Directeur du Bureau des affaires internes, Ministère de l'Intérieur (Autriche). L'équipe était assistée de M. Christophe Speckbacher du Secrétariat du GRECO. Préalablement à cette visite, une réponse détaillée au questionnaire d'évaluation (document Greco Eval III (2008) 3E, thème I) ainsi que des copies de la législation pertinente, des décisions de justice et d'autres informations ont été remises aux experts de l'EEG.
4. L'EEG a rencontré des représentants des institutions et organisations gouvernementales et non gouvernementales suivantes : ministère fédéral de la Justice, ministère public, ministère fédéral de l'Intérieur, Office fédéral de la police criminelle ainsi que les services d'un Land (*Bundeskriminalamt, Landeskriminalamt*), Transparency International Germany, juges, avocats spécialisés en droit pénal et professeurs d'université.
5. Le présent rapport sur le Thème I du Troisième cycle d'évaluation du GRECO, consacré aux incriminations, a été préparé d'après les réponses au questionnaire et les informations recueillies lors de la visite sur place. Il a pour objectif principal d'évaluer les mesures adoptées par les autorités allemandes en vue de satisfaire aux exigences découlant des dispositions mentionnées au paragraphe 2. Le rapport donne d'abord une description de la situation, suivie d'une analyse critique. Les conclusions comprennent une liste de recommandations adoptées par le GRECO et adressées à l'Allemagne afin que cette dernière améliore son niveau de conformité avec les dispositions examinées.
6. Le rapport relatif au Thème II - « Transparence du financement des partis politiques » - est présenté dans le document Greco Eval III Rep (2009) 3F, Thème II.

II. INCRIMINATIONS

Description de la situation

7. L'Allemagne a signé la Convention pénale sur la corruption (STE 173) le 27 janvier 1999 et son Protocole additionnel (STE 191) le 15 mai 2003, mais n'a ratifié aucun de ces instruments à ce jour.
8. En Allemagne, le cadre juridique pertinent est défini par le Code pénal (CP) et, dans le cas d'actes de corruption mettant en cause des militaires ou commis à l'étranger / ayant une dimension internationale, par les textes législatifs suivants (qui font référence au CP) : a) code pénal militaire (*Wehrstrafgesetz – WStG*) ; b) loi pour la protection des troupes de l'OTAN (*NATO-Truppenschutzgesetz*) ; c) loi de 1998 sur la lutte contre la corruption internationale (*Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung – IntBestG*) ; d) loi de 1998 transposant la convention de l'UE contre la corruption (*EU-Bestechungsgesetz – EUBestG*).

Corruption d'agents publics nationaux (articles 1 à 3 et 19 de la STE 173)

Définition de l'infraction

9. La corruption d'agents publics allemands est régie par les articles 331 ss du Code pénal (CP), qui prévoient deux formes de corruption, à savoir la corruption proprement dite, mais également d'autres actes délictueux au sens plus large du terme. La corruption passive est érigée en infraction aux articles 331 et 332 du CP ; la corruption active, aux articles 333 et 334 du CP. Les articles 331 et 333 du CP couvrent les infractions où un avantage est accordé pour un acte officiel (licite), tandis que les articles 332 et 334 du CP englobent les infractions où un avantage est concédé en échange d'un acte officiel accompli en violation de devoirs ou laissé à l'appréciation de l'agent public. L'article 335 du CP contient une disposition sur l'évaluation des sanctions applicables aux infractions de corruption active ou passive particulièrement graves. L'article 336 du CP dispose clairement, pour sa part, que l'abstention d'un acte officiel est passible de sanctions au même titre que l'accomplissement d'un tel acte. L'article 337 du CP énonce la règle légale relative à la rémunération des arbitres. Enfin, l'applicabilité des dispositions concernant les saisies étendues est régie par l'article 338 du CP pour les infractions de corruption active et passive graves. Les infractions en question sont libellées comme suit :

Code pénal allemand, Partie spéciale, Chapitre 30 – Infractions dans l'exercice d'une fonction publique

Article 331 – Acceptation d'un avantage

(1) Tout agent public ou toute personne soumise à des obligations spéciales de service public qui demande, permet que lui soit promis ou accepte, pour lui-même ou pour un tiers, un avantage en échange d'un acte accompli dans l'exercice de ses fonctions est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de trois ans ou d'une amende.

(2) Un juge ou un arbitre qui demande, permet que lui soit promis ou accepte, pour lui-même ou pour un tiers, un avantage en échange d'un acte judiciaire accompli ou à accomplir encourt une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou d'une amende. La tentative est passible de sanctions.

(3) Les faits ne seront pas passibles de sanctions au titre de l'alinéa (1) si l'auteur de l'infraction permet que lui soit promis ou accepte un avantage qu'il n'a pas demandé et que les autorités publiques compétentes, dans les limites de leurs pouvoirs, ont autorisé cette acceptation au préalable ou l'autorisent après avoir été rapidement informées par l'auteur de l'infraction.

Article 332 – Acceptation d'un pot-de-vin

(1) Tout agent public ou toute personne soumise à des obligations spéciales de service public qui demande, permet que lui soit promis ou accepte, pour lui-même ou pour un tiers, un avantage en contrepartie d'un acte officiel qu'il a accompli ou qu'il accomplira dans le futur en violation de ses fonctions officielles est passible d'une peine d'emprisonnement allant de six mois à cinq ans. Les infractions moins graves sont passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de trois ans ou d'une amende. La tentative est passible de sanctions.

(2) Un juge ou un arbitre qui demande, permet que lui soit promis ou accepte, pour lui-même ou pour un tiers, un avantage en contrepartie d'un acte judiciaire qu'il a accompli ou qu'il accomplira dans le futur en violation de ses fonctions officielles encourt une peine d'emprisonnement allant d'un an à dix ans. Les infractions moins graves sont passibles d'une peine d'emprisonnement comprise entre six mois et cinq ans.

(3) Si l'auteur des faits demande, permet que lui soit promis ou accepte un avantage en contrepartie d'un acte à accomplir dans le futur, les alinéas (1) et (2) s'appliqueront dès lors qu'il aura signalé à l'autre partie sa volonté :

1. de manquer par un tel acte à ses fonctions ; ou

2. dans la mesure où l'acte est laissé à son appréciation, d'accepter d'être influencé par l'avantage en question dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Article 333 – Octroi d'un avantage

(1) Quiconque offre, promet ou accorde un avantage à un agent public, à une personne soumise à des obligations spéciales de service public ou à un militaire des forces armées fédérales, pour le compte de cette personne ou pour un tiers, en échange d'un acte accompli dans l'exercice de ses fonctions est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de trois ans ou d'une amende.

(2) Quiconque offre, promet ou accorde un avantage à un juge ou à un arbitre, pour le compte de cette personne ou pour un tiers, en échange d'un acte judiciaire accompli ou à accomplir est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou d'une amende.

(3) Les faits ne seront pas passibles de sanctions au titre de l'alinéa (1), si les autorités publiques compétentes, dans les limites de leurs pouvoirs, ont autorisé l'acceptation de l'avantage au préalable ou l'autorisent après avoir été rapidement informées par le bénéficiaire de l'avantage.

Article 334 – Offre d'un pot-de-vin

(1) Quiconque offre, promet ou accorde un avantage à un agent public, à une personne soumise à des obligations spéciales de service public ou à un militaire des forces armées fédérales, pour le compte de cette personne ou pour un tiers, en échange d'un acte officiel qu'il a accompli ou qu'il accomplira dans le futur en violation de ses fonctions officielles encourt une peine d'emprisonnement allant de trois mois à cinq ans. Les infractions moins graves sont passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou d'une amende.

(2) Quiconque offre, promet ou accorde un avantage à un juge ou à un arbitre, pour le compte de cette personne ou pour un tiers, en contrepartie :

1. d'un acte judiciaire qu'il a accompli en violation de ses obligations judiciaires ; ou

2. d'un acte judiciaire qu'il accomplira dans le futur en violation de ses obligations judiciaires, est passible, dans les cas visés à l'alinéa 1, d'une peine d'emprisonnement comprise entre trois mois et cinq ans et, dans les cas prévus à l'alinéa 2, d'une peine d'emprisonnement allant de six mois à cinq ans. La tentative est également passible de sanctions.

(3) Si l'auteur des faits offre, promet ou accorde un avantage en contrepartie d'un acte futur, les alinéas (1) et (2) s'appliqueront dès lors qu'il incitera l'autre partie :

1. à manquer par un tel acte à ses fonctions ; ou

2. dans la mesure où l'acte est laissé à son appréciation, à accepter d'être influencée par l'avantage en question dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Article 335 – Infractions d'acceptation ou d'offre de pots-de-vin particulièrement graves

(1) Dans les cas particulièrement graves :

1. les faits visés :

a) à la 1^{ère} phrase de l'alinéa (1) de l'article 332, lue en conjonction avec l'alinéa (3) ; et

a) à la 1^{ère} phrase de l'alinéa (1) et à l'alinéa (2) de l'article 334, lus en conjonction avec l'alinéa (3)

sont passibles d'une peine d'emprisonnement comprise entre un an et dix ans ; et

2. les faits visés à l'alinéa (2) de l'article 332, lu en conjonction avec l'alinéa (3) sont passibles d'une peine d'emprisonnement minimale de deux ans.

(2) Au sens de l'alinéa (1), une infraction est particulièrement grave lorsque :

1. l'avantage accordé est considérable ;

2. l'auteur des faits accepte continuellement des avantages qu'il a demandés en échange d'actes officiels qu'il accomplira ; ou

3. l'auteur des faits agit contre paiement ou en tant que membre d'une bande organisée, constituée pour perpétrer continuellement de tels actes.

Article 336 – Abstention d'un acte officiel

Aux termes des articles 331 et 335, l'abstention d'un acte officiel ou judiciaire est passible de sanctions au même titre que l'accomplissement d'un tel acte.

Article 337 – Rémunération des arbitres

La rémunération d'un arbitre n'est considérée comme un avantage au sens des articles 331 à 335 que si l'arbitre en question demande, permet que lui soit promise ou accepte une telle rémunération de l'une des deux parties sans que l'autre le sache ou si une partie lui offre, lui promet ou lui accorde cette rémunération sans que l'autre n'en ait connaissance.

Article 338 – Amendes sur biens et saisie étendue

(1) Dans les cas visés à l'article 332, en conjonction avec les articles 336 et 337, l'article 73d s'applique si l'auteur des faits a agi contre paiement ou en tant que membre d'une bande organisée, constituée pour perpétrer continuellement de tels actes.

(2) Dans les cas prévus à l'article 334, également en conjonction avec les articles 336 et 337, les articles 43a et 73d s'appliquent si l'auteur des faits agit contre paiement ou en tant que membre d'une bande organisée, constituée pour perpétrer continuellement de tels actes. L'article 73d est aussi applicable si l'auteur des faits a agi contre paiement.

Code pénal militaire, deuxième partie – Infractions militaires

Chapitre 4 – Infractions à d'autres devoirs militaires

Article 48 – Violation d'autres devoirs officiels

(1) Pour l'application des dispositions du Code pénal concernant (...)

l'acceptation d'un avantage ou d'un pot-de-vin (articles 331, 332, 335, alinéa 1 (1) a et alinéa 2, et 336),

(...) les officiers et sous-officiers sont assimilés à des agents publics et leur service armé est considéré comme une fonction publique.

(2) Pour l'application des dispositions du Code pénal concernant (...)

l'acceptation d'un pot-de-vin (articles 332, 335, alinéa 1 (1) a et alinéa 2, et 336),

(...) les autres grades sont également assimilés à des agents publics et leur service armé est considéré comme une fonction publique.

Eléments/concepts de l'infraction

« *Agent public national* »

10. Les termes « agents publics », « personnes soumises à des obligations spéciales de service public » et « juges » sont employés aux articles 331 ss du CP pour désigner les personnes qui reçoivent le pot-de-vin ou l'avantage. La définition légale de ces termes est donnée à l'article 11, alinéa 1 (2) à (4), du CP.

Code pénal allemand, Partie générale, Chapitre 1 – Droit pénal, Titre 2 Terminologie

Article 11 Termes relatifs aux personnes et aux notions juridiques

(1) Aux termes de la présente loi :

(...)

2. un agent public désigne quiconque, en vertu du droit allemand :

(a) est fonctionnaire ou juge ;

(b) exerce d'autres fonctions officielles relevant du droit public ; ou

(c) a été nommé dans une administration ou un organisme public ou a été chargé d'exercer des fonctions d'administration publique, quelle soit la forme organisationnelle choisie pour remplir ces fonctions ;

3. un juge désigne quiconque remplit les fonctions de juge professionnel ou de juge honoraire en vertu du droit allemand ;

4. une personne soumise à des obligations spéciales de service public désigne toute personne qui, sans être agent public, est employée par ou intervient pour le compte de :

(a) une autorité ou un organisme public qui remplit des fonctions d'administration publique ; ou

(b) une association, une union ou une entreprise qui remplit des fonctions d'administration publique pour une autorité ou un organisme public,

et est formellement tenue par la loi d'exercer dûment ses fonctions ;

(...)

11. Les militaires n'entrent pas dans la définition « d'agent public ». Par contre, ils sont assimilés à des agents publics à l'article 48 du code pénal militaire pour l'application des articles 331 et 332 du CP. Ils sont en outre explicitement mentionnés aux articles 333 et 334 du CP.

12. Aux termes de la définition donnée à l'article 11, alinéa 1(2), le terme « agent public » désigne trois types de personnes : celles qui, en vertu du droit allemand (personnes, de nationalité allemande ou autre, soumises au droit allemand parce qu'elles travaillent en/pour l'Allemagne comme fonctionnaires etc.) sont fonctionnaires ou juges, celles qui exercent d'autres fonctions officielles relevant du droit public et celles qui ont été nommées au sein d'une autorité ou d'un organisme public ou qui ont été chargées d'exercer des fonctions d'administration publique, quelle que soit la forme organisationnelle choisie pour remplir ces fonctions. Les autorités allemandes considèrent que cette définition englobe toutes les personnes désignées par les termes « fonctionnaire », « officier public » et « juge » à l'article 1 (a) de la Convention. En Allemagne, les ministres ne sont pas fonctionnaires. Ils ne sont donc pas couverts par l'article 11, alinéa 1 (2) a du CP. Par contre, ils exercent des fonctions officielles relevant du droit public et, à ce titre, sont des agents publics au sens de l'article 11, alinéa 1 (2) b du CP.
13. En règle générale, les parlementaires et les élus locaux ne sont pas des agents publics au sens de l'article 11, alinéa 1 (2) du CC, hormis dans les cas exceptionnels où ils remplissent des fonctions d'administration publique¹. Par conséquent, les infractions de corruption commises par ou à l'encontre d'élus ne sont pas passibles de sanctions en vertu des articles 331 ss du CP (« l'achat » ou la « vente » de voix et de suffrages sont toutefois passibles de sanctions au titre de l'article 108e du CP, voir ci-dessous, paragraphes 37-43).
14. En Allemagne, les membres du ministère public (article 1 (b) de la Convention) n'entrent pas dans la catégorie des « juges ». Par contre, ils sont fonctionnaires et donc des agents publics au sens de l'article 11, alinéa 1 (2) a du CP.
15. Outre les fonctionnaires, les juges et les autres personnes exerçant des fonctions officielles relevant du droit public, en Allemagne, les personnes chargées de remplir des fonctions d'administration publique au sein d'une autorité ou d'un organisme ou pour leur compte sont également considérées comme des agents publics par le droit pénal (article 11, alinéa 1 (2)c du CP). Sont notamment concernés les employés du service public qui exercent des fonctions publiques, mais qui ne sont pas des fonctionnaires au sens de la loi, et les personnes qui remplissent ce type de fonctions dans des organismes similaires à des autorités. Ces organismes incluent les entités de droit privé chargées de remplir des fonctions administratives sous l'autorité de l'Etat, dont il s'avère qu'elles sont un prolongement de l'Etat (voir décisions de justice / jurisprudence)² (par exemple, GTZ – entreprise de coopération internationale active dans le domaine du développement durable, constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée – ou une entité juridique communale dans le secteur de la distribution d'énergie thermique, constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée).
16. Les infractions définies à l'article 331 du CP s'appliquent également aux personnes qui ne sont pas des agents publics, mais qui sont soumises à des obligations spéciales de service public (article 11, alinéa 1 (4) du CP). Sont notamment concernées les personnes qui travaillent au sein d'autorités mais qui n'y exercent pas de fonctions publiques (agents de nettoyage, par ex.) et les

¹ Cour fédérale de justice, arrêt du 9 mai 2006 - 5 StR 453/05 ; et arrêt du 12 juillet 2007 – 2 StR 557/05 : « les élus municipaux ne sont pas des agents publics s'ils n'exercent pas de fonctions administratives concrètes en dehors de leur mandat libre au sein du conseil municipal et des tâches y étant associées. »

² Cour fédérale de justice, arrêt du 19 juin 2008 – 3 StR 490/07 : « l'expression « autre organisme » [au sens de l'article 11, alinéa 1 (2)c] désigne une institution similaire à une autorité qui, indépendamment de sa forme, est habilitée à concourir à la mise en application de lois, sans pour autant être une autorité au sens du droit administratif. Lorsqu'un organisme public a la forme d'une personne morale de droit privé, il doit présenter des caractéristiques qui justifient qu'il ait un statut équivalent à celui d'une autorité ; globalement, il doit être « un prolongement de l'Etat ».

sous-traitants externes qui remplissent des fonctions publiques pour le compte d'une autorité (par ex. des conseillers ou des experts externes qui rédigent des rapports).

17. Les militaires ne sont pas des agents publics au sens de l'article 11, alinéa 1 (2) du CP. Par contre, l'article 48 du code pénal militaire les assimile à des agents publics pour les infractions de corruption passive et ils figurent avec les agents publics parmi les personnes susceptibles d'accepter un avantage dans les cas de corruption active. Les autorités allemandes ont expliqué que, pour des raisons historiques, l'article 48, alinéa 2 du code pénal militaire ne prévoit pas l'incrimination de l'acceptation d'un avantage (article 331 du CP) pour les militaires du rang, mais uniquement pour les officiers et les sous-officiers. Elles ont également confirmé que l'expression « militaires » au sens des articles 333 et 334 du CC applicables à la corruption active couvre tous les militaires, quel que soit leur grade (officiers, sous-officiers et tous les autres grades).

« Promettre, offrir ou donner » (*corruption active*)

18. Dans le droit allemand, les éléments « promettre, offrir ou donner » (*anbieten, versprechen, gewähren*) servent à décrire l'infraction aux articles 333 et 334 du CP. D'après la théorie juridique et les discussions menées sur place, l'élément « donner » est couvert par les concepts allemands « offrir » ou « accorder ». Dans la théorie et la pratique allemande, il y a infraction dès lors que l'auteur des faits a formulé sa proposition et que la personne susceptible d'accepter le pot-de-vin en a eu connaissance, quelle que soit sa réaction. La tentative est passible de sanctions au titre de l'article 334, alinéas 1 et 2 du CP (explicitement). Par contre, l'article 333 ne contient pas de dispositions similaires. L'EEG a appris sur place que la notion de tentative s'applique aux cas où l'auteur des faits a formalisé et transmis son offre de pot-de-vin (par ex. par un message écrit), mais que cette proposition n'est pas parvenue à son destinataire. L'infraction est considérée commise dès lors que l'acte en question (demander, permettre que lui soit promis ou accepter) a un rapport avec une activité officielle, un acte officiel ou un acte judiciaire

« Demande ou réception, acceptation d'une offre ou d'une promesse » (*corruption passive*)

19. Dans le droit allemand, les éléments « demande, permet que lui soit promis ou accepte » (*fordern, sich versprechen lassen, annehmen*) servent à décrire l'infraction aux articles 331 et 332 du CP. L'élément « permet que lui soit promis » couvre l'acceptation des offres et des promesses. D'après la théorie juridique et les discussions menées sur place, l'élément « recevoir » est couvert par le concept allemand « accepter » (qui ne fait pas référence – au sens strict du terme – à une offre comme dans la Convention, mais à l'avantage lui-même). Comme indiqué ci-dessus, en principe, il y a infraction dès lors que l'auteur des faits a formulé sa proposition et que la personne susceptible d'accepter un pot-de-vin en a eu connaissance, quelle que soit sa réaction.³ Pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment, la tentative est passible de sanctions au titre de l'article 331, alinéa 2 (demande explicite) et de l'article 332, alinéa 2 du CP (demande implicite, dans la mesure où il s'agit d'une infraction grave soumise aux dispositions générales relatives à la tentative) dans les cas où l'infraction est commise par un juge ou un arbitre. A cet égard, l'EEG a relevé que la tentative était passible de sanctions dans tous les cas prévus à l'article 332 du CP relatif à la corruption passive et à l'article 331, alinéa 2, qui s'applique à l'acceptation d'un avantage par des juges et des arbitres. Par contre, la

³ Cour fédérale de justice, arrêt du 11 mai 2006 – 3 StR 389/05 : « Dans le cadre d'une infraction de corruption, « demander » couvre les demandes explicites mais également implicites d'un avantage en échange d'un acte. Dans les cas où un agent public demande un avantage, l'infraction est considérée commise dès lors que l'autre partie a eu connaissance de la demande de l'agent en question. »

tentative n'est pas érigée en infraction dans le cas de l'acceptation d'un avantage par les autres catégories d'agents listées à l'article 331, alinéa 1.

« Un avantage indu »

20. Le droit allemand comporte aux articles 331 ss du CP l'élément « avantage », qui couvre les avantages tant matériels qu'immatériels. Le corps législatif allemand a choisi délibérément l'élément « avantage » plutôt que « rémunération » ou « biens » afin que les avantages immatériels soient également clairement pris en compte. Le projet d'amendement du Code pénal du 10 mai 1973, page 271 du document imprimé du Parlement fédéral 7/550 dispose que : « Le projet approuve le terme « d'avantage » employé dans la loi en vigueur, qui couvre les améliorations tant matérielles qu'immatérielles dans la situation du bénéficiaire du pot-de-vin. » La Cour fédérale de justice a déjà rendu plusieurs arrêts dans lesquels le terme « avantage » englobait également des avantages immatériels⁴, y compris – comme les autorités allemandes l'ont confirmé – des avantages de nature symbolique (titres honorifiques et distinctions, par ex.) et ceux ayant une grande valeur pour leur bénéficiaire (pièces de collection, par ex.).
21. Les articles 331 ss du CC ne contiennent pas de restriction en vertu de laquelle seuls les avantages injustifiés ou abusifs seraient pris en compte. Par ailleurs, il n'est fait mention d'aucun seuil de valeur. Les avantages de peu de valeur sont donc également couverts.
22. S'agissant des infractions consistant à accepter un avantage (article 331 CP) ou à accorder un avantage (article 333 CP), l'alinéa 3 des deux articles indiqués dispose que l'infraction n'est pas passible de sanctions si l'autorité publique compétente, dans les limites de ses pouvoirs, a préalablement autorisé l'acceptation de l'avantage en question ou l'autorise après avoir été rapidement informée par l'auteur des faits. Les autorités allemandes ont souligné que cette approche et que le principe d'autorisation sont conformes aux dispositions relatives aux fonctionnaires et aux termes de la loi sur les conventions collectives concernant l'acceptation de cadeaux et de récompenses (voir également Rapport d'évaluation du deuxième cycle). Cette règle d'exonération de responsabilité s'impose compte tenu de la définition large des infractions. Il faut toutefois savoir que lorsqu'un agent public a demandé un avantage, son acceptation peut ne pas être autorisée. Qui plus est, il n'est pas possible d'autoriser l'acceptation d'un avantage par un juge ou un arbitre ou l'octroi d'un avantage à un juge ou à un arbitre.

« Directement ou indirectement »

23. Le libellé des infractions de corruption active et de corruption passive d'un agent public ne fait pas explicitement référence à la corruption indirecte, à savoir les actes de corruption faisant intervenir un intermédiaire. Toutefois, selon la jurisprudence de la Cour fédérale de justice et les discussions sur place avec les praticiens, l'octroi d'un avantage par le biais d'un intermédiaire est

⁴ - Cour fédérale de justice, arrêt du 23 mai 2002 – 1 StR 372/01 : « Un avantage au sens... de l'infraction doit être compris comme un privilège auquel l'agent n'a pas droit et qui améliore objectivement sa situation économique, juridique ou même personnelle..., une amélioration immatérielle de sa situation s'avérant suffisante. »

- Cour fédérale de justice, arrêt du 24 avril 1985 – 3 StR 66/85 : « Un avantage au sens des articles 331 et 332 du Code pénal désigne non seulement les avantages économiques, mais également les avantages immatériels pour autant qu'ils aient une valeur objectivement mesurable et qu'ils permettent d'une manière ou d'une autre d'améliorer la situation de l'agent public ».

- Cour fédérale de justice, arrêt du 9 septembre 1988 – 2 StR 352/88 : « Le fait de proposer ou d'accepter des relations sexuelles est également pris en compte ».

un élément suffisant pour considérer qu'un acte constitue une infraction de corruption active⁵. Selon les autorités allemandes, il est admis que cette évolution de la jurisprudence s'applique de la même manière à toutes les infractions de corruption passive et de corruption actives (articles 331 à 335 du CP).

« Pour elle-même ou pour autrui »

24. L'élément de bénéficiaire tiers (à savoir, lorsque le pot-de-vin/l'avantage/le privilège est accordé à un tiers) a été intégré aux dispositions relatives aux infractions par la Loi anti-corruption (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*) du 13 août 1997 (journal officiel fédéral [*Bundesgesetzblatt*], partie I, page 2038). Depuis, les infractions prévues aux articles 331 et ss du CP couvrent toutes l'octroi d'un avantage à une tierce partie – expressions « pour lui-même ou pour un tiers » (articles 331 et 332 du CP) et « pour le compte de cette personne ou pour un tiers » (articles 333 et 334 du CP). Les avantages accordés, par exemple, au conjoint ou à d'autres proches ne sont pas les seuls couverts. Il peut également s'agir d'avantages octroyés à des groupes de personnes ou à des personnes morales (clubs, entreprises, associations et partis), ou d'avantages en faveur de l'organisme employant l'agent public, y compris des services de sponsoring et des dons⁶.

« Accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions »

25. L'acceptation et l'octroi d'avantages sont érigés en infractions dans le droit allemand lorsque les faits incriminés se rapportent à une action (éventuelle) accomplie en contrepartie par l'agent public (« accord illicite »). Les articles 331, alinéa 1, et 333, alinéa 1, du CP font référence à « l'activité officielle » (licite) de l'agent public. Il n'est pas indispensable que les faits aient un rapport avec un acte officiel particulier. En effet, le terme « activité officielle » englobe d'une manière générale les actes officiels d'un agent public. Une action réalisée en contrepartie de l'acceptation d'un avantage par un juge ou de l'octroi d'un avantage à un juge (article 331, alinéa 2, et article 333, alinéa 2 du CP) constitue un acte judiciaire (à savoir, des décisions de justice mais également tout autre acte judiciaire). L'alinéa 1 s'applique systématiquement lorsque les faits de corruption se rapportent à d'autres actes.

26. Les articles 332 et 334 du CP font référence à l'accomplissement d'un « acte officiel » ou d'un « acte judiciaire » en violation de devoirs ou laissé à l'appréciation de l'agent public ou du juge, ce qui constitue une exigence spécifique de ces deux dispositions en matière de corruption.

27. Les actes officiels et l'activité officielle désignent l'ensemble des actes que l'agent public accomplit dans l'exercice de ses fonctions officielles (voir décisions de justice / jurisprudence)⁷.

⁵ Cour fédérale de justice, arrêt du 22 octobre 1997 – 5 StR 223/97 : « L'article 333 du Code pénal considère que l'octroi d'un avantage n'exige pas que l'auteur des faits contacte directement l'agent public ; il peut le faire par le biais d'un intermédiaire... ».

⁶ Cour fédérale de justice, arrêt du 11 mai 2006 – 3 StR 389/05 : « Le fait qu'un accusé demande... que le paiement soit effectué en faveur... d'une... association équivaut à demander un avantage pour un tiers. »

- Tribunal de grande instance de Cologne, jugement du 21 septembre 2001 – 2 Ws 170/01 : « Concernant les avantages, il n'est pas possible de distinguer si l'avantage accordé profite à l'Etat ou s'il s'agit d'un avantage de nature privée. Une telle distinction ne tient pas et laisserait aux agents publics la liberté de déterminer ce qui est bénéfique pour l'Etat. »

- Tribunal de grande instance de Celle, jugement du 28 septembre 2007 – 2 Ws 261/07 : « Des avantages matériels et financiers accordés à une école dans le contexte d'un atelier photos sont des raisons suffisantes de soupçonner l'octroi d'un avantage et la conclusion d'un accord illicite au sens des articles 331 et ss. du Code pénal. »

⁷ - Cour fédérale de justice, arrêt du 10 mars 1983 – 4 StR 375/82 : « Il ne fait aucun doute qu'un acte est officiel dès lors que l'agent l'a accompli dans l'exercice de ses fonctions officielles. »

Ces termes n'englobent pas les infractions en rapport avec des actes accomplis par l'agent public dans le cadre privé. La jurisprudence dispose qu'un acte officiel réalisé en violation d'un règlement ou d'instructions ne devient pas un acte privé. Les emplois annexes occupés par un agent public n'entrent pas dans le cadre de son activité officielle. Par contre, l'attribution d'un emploi annexe peut constituer un avantage (ou un privilège) au sens des articles 331 ss du CP et être passible de sanctions si l'emploi en question est accordé en échange d'un acte officiel accompli par l'agent public⁸.

28. Comme mentionné précédemment (voir paragraphes 18-19), dans tous les cas prévus aux articles 331 ss du CP, il n'est pas indispensable que l'agent public commette l'infraction en accomplissant son activité officielle, un acte officiel ou un acte judiciaire. L'infraction est considérée commise dès lors que l'acte en question (demander, permettre que lui soit promis ou accepter ou, à l'inverse, offrir, promettre ou accorder un avantage) a un rapport avec une activité officielle, un acte officiel ou un acte judiciaire. Les articles 331 ss du CP s'appliquent aux situations où l'acceptation ou l'octroi de l'avantage a lieu avant la réalisation de l'acte officiel prévu, mais également à celles où cette acceptation ou cet octroi intervient après l'accomplissement de l'acte officiel en question (octroi, récompenses ultérieures). L'article 336 du CP dispose que le fait d'accomplir un acte officiel ou un acte judiciaire au sens des articles 331 à 335 du CP est pris en compte au même titre que le fait de s'abstenir d'accomplir un tel acte.

« *Commis intentionnellement* »

29. Aux termes de l'article 15 du CP, dans le droit allemand, il n'y a infraction que si les faits ont été commis intentionnellement, sauf lorsque la loi prévoit expressément des sanctions pour des actes de négligence, ce qui n'est pas le cas pour les infractions de corruption. Par conséquent, seuls les actes intentionnels sont passibles de sanctions. De même que « intention » (*dolus directus* du 1^{er} degré) et « certitude » (*dolus directus* du 2^e degré), le terme « acte intentionnel » englobe la notion d'intention conditionnelle, sachant qu'il suffit que l'auteur des faits accepte que l'accomplissement de ses actes entraîne une infraction (*dolus eventualis*).

Sanctions

30. Dans le droit allemand, les infractions de corruption sont passibles de mesures et de sanctions pénales de différents types et niveaux. Il existe également des sanctions administratives qui sont définies dans la loi sur les fonctionnaires. Les sanctions pénales sont énoncées aux articles 331-335 du CP. Elles prévoient soit des mesures privatives de liberté, soit des amendes pénales dont le montant est fixé en vertu du système de taux journaliers décrit à l'article 40 du CP : les taux journaliers appliqués vont de 5 à 360 ; leur montant est fixé par le juge en fonction de la situation personnelle de l'auteur de l'infraction et ils varient de 1 à 30 000 EUR (1 à 5 000 EUR avant un amendement intervenu le 29 juin 2009). Le montant de l'amende varie donc de 5 à 10 800 000

- Cour fédérale de justice, arrêt du 19 février 2003 – 2 StR 371/02 : « Toute activité de la part d'un militaire des forces armées fédérales, qui entre dans son domaine de compétence ou y est directement liée sur la base d'aspects objectifs, est perçue à l'extérieur comme un acte officiel qu'il a accompli dans le cadre de ses fonctions officielles. »

- Cour fédérale de justice, arrêt du 14 octobre 2008 – 1 StR 260/08 : « Une activité officielle désigne (...) par principe toute activité officielle, quelle que soit la forme concrète, même approximative, envisagée par les personnes concernées. Il suffit que la personne accordant l'avantage cherche par sa proposition à influencer sur des décisions futures de spécialistes.

⁸ Cour fédérale de justice, arrêt du 21 juin 2007 – 4 StR 69/07 : « Par conséquent, l'existence d'un accord illicite ne peut être incontestablement nié que lorsque l'emploi annexe privé est occupé dans une entreprise avec laquelle l'agent officiel n'a pas et ne peut pas avoir de relations officielles. (...) Les choses sont par contre différentes lorsque (...) des relations officielles existent entre la personne accordant l'avantage et le service officiel, ce qui pourrait laisser penser que l'avantage associé à l'exercice de l'emploi annexe rémunéré a été convenu par la personne accordant l'avantage et celle l'acceptant (...), en général dans le cadre d'une relation réciproque liée à l'activité officielle de l'agent public. »

EUR. Outre ces sanctions pénales, des mesures pénales peuvent être prononcées. Elles vont de l'interdiction pour l'auteur des faits de remplir sa fonction (article 358 du CP) dans le cas d'infractions de corruption passive liées à des actes illicites à l'interdiction d'exercer une profession dans les cas d'infractions de corruption active ou de corruption passive particulièrement graves (article 70 du CP). En outre, une peine d'emprisonnement d'au moins six mois pour une infraction de corruption entraînera/peut entraîner pour l'auteur des faits la perte de ses droits de fonctionnaires, comme prévu par la loi allemande sur les fonctionnaires.

31. Concernant les sanctions pénales, les articles 331 ss prévoient les peines légales suivantes :
- acceptation d'un avantage par un agent public ou octroi d'un avantage à cet agent (article 331, alinéa 1, et article 333, alinéa 1 du CP) : peine d'emprisonnement maximale de trois ans ou amende pénale (de 5 à 10 800 000 EUR) ;
 - acceptation d'un avantage par un juge ou un arbitre ou octroi d'un avantage à un juge ou à un arbitre (article 331, alinéa 2, et article 333, alinéa 2 du CP) : peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou amende pénale (de 5 à 10 800 000 EUR) ;
 - acceptation d'un pot-de-vin par un agent public (article 332, alinéa 1, du CP) : peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans ;
 - corruption d'un agent public (article 334, alinéa 1, du CP) : peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans ;
 - acceptation d'un pot-de-vin par un juge ou un arbitre (article 332, alinéa 2, du CP) : peine d'emprisonnement de un à dix ans ;
 - corruption d'un juge ou d'un arbitre (article 334, alinéa 2, du CP) : a) peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans (lorsque l'avantage a été accordé ultérieurement à l'acte) ; b) peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans (lorsque l'avantage est accordé avant l'accomplissement de l'acte) ;
 - si l'auteur des faits commet plus d'une des infractions susmentionnées, la cour pénale est tenue d'imposer une sanction cumulée (article 53 paragraphe 1 du CP) ; celle-ci peut aller, dans ce cas, jusqu'à 15 ans d'emprisonnement (article 38 paragraphe 2 du CP).
32. Dans certains cas, les peines ci-dessus peuvent être alourdies ou allégées, en fonction de la situation concrète. L'article 335 prévoit des circonstances aggravantes pour les actes de corruption particulièrement graves couverts par les articles 332 et 334 du CP, à savoir lorsque le pot-de-vin est d'un montant très élevé, que l'infraction a été commise à plusieurs reprises sur une longue période, qu'elle est le fait d'une bande organisée ou qu'elle a été perpétrée contre paiement : la sanction encourue est alors une peine d'emprisonnement de un à dix ans pour les fonctionnaires ordinaires et une peine d'emprisonnement minimale de deux ans dans le cas particulier de la corruption d'un juge ou d'un arbitre (la limite supérieure est portée à 15 ans en vertu de l'article 38, alinéa 2, du CP). Les articles 332 et 334 du CP énoncent également des dispositions relatives aux infractions moins graves, passibles de sanctions légales moins lourdes. Dans les cas où l'accomplissement ou l'omission demandé à l'agent public ou au juge concerne un acte illicite (articles 332 et 334 du CP), les sanctions appliquées sont plus sévères que dans ceux où l'accomplissement ou l'omission porte sur un acte licite (articles 331 et 333 du CP), ce qui explique que les articles 331 et 333 du CP ne comportent pas de dispositions sur les cas moins graves.
33. S'agissant des mesures pénales, une condamnation à une peine d'emprisonnement minimale de six mois pour une infraction pénale prévue aux articles 332 et 335 du CP autorise le tribunal à appliquer l'article 358 du CP et à interdire de ce fait à l'agent d'exercer ses fonctions pendant une période de 2 à 5 ans (article 45, alinéa 2 du CP).

Code pénal allemand, Partie spéciale, Chapitre 30 – Infractions dans l'exercice d'une fonction publique
Article 358 Conséquences indirectes

Parallèlement à une peine d'emprisonnement minimale de 6 mois pour une infraction prévue aux articles 332, 335, 339, 340, 343, 344, 345 alinéas (1) et (3), 348, 352 à 353b alinéa (1), 355 et 357, le tribunal peut priver la personne concernée de sa capacité à exercer une fonction publique (article 45, alinéa 2).

34. Aux termes de l'article 70 du CP, une interdiction d'exercer une fonction peut être prononcée dans le cas d'infractions pénales ayant fait suite à un abus de fonction ou à un manquement grave aux obligations correspondantes.

Code pénal allemand, Partie générale, Chapitre 3 – Conséquences juridiques d'un acte
Titre 6 – Mesures de réforme et de prévention

Article 70 – Décisions imposant une interdiction d'exercer une profession

(1) Si une personne est reconnue coupable d'un acte illicite pour lequel elle a commis un abus de fonction, une infraction aux règles commerciales ou un manquement grave à ses obligations, ou si elle n'est pas déclarée coupable uniquement parce que son incapacité à être jugée coupable a été démontrée ou ne peut être exclue, la cour peut lui interdire d'exercer, pour une période allant de un à cinq ans, sa profession, certains types d'activités dans sa profession, une profession commerciale ou certaines activités commerciales, dès lors qu'une évaluation détaillée de la personne et de l'acte qu'elle a commis montre qu'elle risque de commettre à nouveau des actes illicites similaires si elle continue à exercer ses fonctions. La décision d'interdiction d'exercer peut être permanente s'il existe des raisons suffisantes de penser que la durée légale maximale ne suffira pas à écarter le danger présenté par l'auteur de l'infraction.

(2) Si l'auteur de l'infraction a fait l'objet d'une interdiction provisoire d'exercer (article 132a du code de procédure pénale), la durée de cette interdiction devra être déduite de la durée définitive d'interdiction d'exercer, laquelle ne peut être inférieure à trois mois.

(3) Pendant la durée de validité de l'interdiction, il est interdit à l'auteur de l'infraction d'exercer sa profession, certains types d'activités dans sa profession, une profession commerciale ou certaines activités commerciales pour le compte d'un tiers, ou de demander à un tiers d'exercer pour son compte.

(4) L'interdiction d'exercer prend effet dès lors que le jugement est définitif. La durée de l'interdiction provisoire d'exercer infligée pour l'acte commis doit être prise en compte dans la durée finale de l'interdiction, dans la mesure où elle s'est écoulée après le prononcé du jugement ayant fait suite à l'examen des éléments factuels sur lesquels repose la mesure imposée. Par contre, si une décision de mise en détention a été rendue par une autorité publique, la durée correspondante ne sera pas prise en compte.

35. La loi allemande sur les fonctionnaires prévoit également une perte (automatique) des droits (salaire et retraite) pour tout fonctionnaire condamné à une peine d'emprisonnement minimale de six mois pour une infraction de corruption passive.
36. A titre de comparaison, la fraude est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou d'une amende pénale (article 263, alinéa 1, du CP). Les infractions particulièrement graves donnent lieu à une peine d'emprisonnement allant de six mois à dix ans (article 263, alinéa 2, du CP) et celles commises en tant que membre d'une bande organisée ou contre paiement, à une peine d'emprisonnement de un an à dix ans (article 263, alinéa 5, du CP). Les mêmes peines s'appliquent aux infractions pénales d'abus de confiance (article 266 du CP).

Corruption de membres d'assemblées publiques nationales (article 4 de la STE 173)

37. L'article 108e du CP couvre les infractions commises par ou à l'encontre de membres du Parlement européen, mais également d'une assemblée publique de la Fédération, des *Länder*, des communes et des groupements de collectivités d'Allemagne. Par conséquent, les infractions commises par ou à l'encontre de membres de toutes les assemblées publiques (nationales et régionales) allemandes et européennes sont prises en compte.

Code pénal allemand, Partie spéciale, Chapitre 4 – Infractions contre des institutions constitutionnelles ou pendant des élections et des scrutins

Article 108e Corruption de parlementaires

(1) Quiconque entreprend de « vendre » ou « d'acheter » des voix dans un scrutin ou une élection au Parlement européen ou à une assemblée de la Fédération, des *Länder*, des communes ou des groupements de collectivités est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou d'une amende.

(2) Outre une peine d'emprisonnement minimale de six mois pour une infraction prévue à l'alinéa (1), le tribunal peut priver la personne concernée de sa capacité d'exercer ses droits électoraux et de son droit à prendre part à des élections publiques.

38. En Allemagne, l'infraction de corruption active ou passive de membres d'assemblées publiques nationales se limite à la « vente » ou à « l'achat » de voix dans des scrutins ou des élections au sein d'une assemblée. Aucune autre forme de corruption active ou passive n'est érigée en infraction dans le cas de membres d'assemblées publiques nationales, lesquels ne sont d'ailleurs pas soumis aux dispositions relatives aux agents publics nationaux (articles 331 ss du CP). En outre, les avantages immatériels et les bénéficiaires tiers ne sont pas pris en compte.
39. Du fait de sa formulation (« quiconque entreprend... », l'infraction de corruption prévue à l'article 108e du CP entre dans la catégorie des « infractions de tentative » (*Unternehmensdelikte*) : la tentative est donc également couverte. La structure de l'infraction à l'article 108e du CP diffère de celles définies aux articles 331 ss du CP.
40. Même s'il ne comporte pas les éléments fondamentaux de la corruption passive et de la corruption active, le libellé de l'article 108e du CP est interprété de la même manière que les articles 331 ss du CP. Les éléments « acheter » et « vendre » ne doivent pas être compris comme les éléments d'une transaction juridique mais au contraire, comme le fait de donner et de prendre, y compris le fait d'offrir, de promettre et d'accorder un avantage (côté du corrupteur/de l'acheteur) ou de demander, de permettre que lui soit promis et d'accepter un avantage (côté du corrompu/du vendeur). Les réponses au questionnaire indiquent également que l'avantage lié à « l'achat » ou à la « vente » de voix est forcément matériel (par conséquent, les avantages immatériels ne sont pas inclus).
41. Contrairement aux articles 331 ss du CP, l'article 108e du CP n'érige pas en infraction toutes les situations où le bénéficiaire est un tiers. Par contre, il est admis que les avantages indirects sont pris en compte (avantages qui, en accord avec l'élu, ne lui sont pas accordés personnellement, mais le sont à un tiers – association, parti, etc. – où il occupe par exemple des fonctions de premier plan)⁹.
42. La seule contrepartie prévue à l'article 108e du CP est une participation à une élection ou à un scrutin. Les accords relatifs à d'autres aspects de l'exercice du mandat ne sont pas pris en compte.

Sanctions

43. La corruption de membres d'assemblées publiques nationales, régie par l'article 108e du CP, est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou d'une amende pénale (5 à 10 800 000 EUR). Dans les cas où il prononce une peine d'emprisonnement d'au moins six mois, le tribunal peut en outre priver l'auteur de l'infraction de sa capacité de jouir de ses droits électoraux et de son droit à prendre part à des élections publiques (article 108e, alinéa 2 du CP).

⁹ Cour fédérale de justice, arrêt du 21 septembre 1985 – 1 StR 316/85 (concernant l'article 108b du code pénal) : « Les avantages découlant de l'infraction peuvent également être accordés à des groupes de personnes et profiter indirectement à leurs membres. »

Corruption d'agents publics étrangers (article 5 de la STE 173)

44. En Allemagne, les infractions de corruption active et de corruption passive d'agents publics étrangers ne sont pas régies d'une manière uniforme.
45. La loi sur la lutte contre la corruption internationale (*Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung - IntBestG*) du 10 septembre 1998 (basée sur la convention de l'OCDE) assimile les agents publics étrangers à des agents publics nationaux pour l'application de l'infraction de corruption active (article 334 du CP et dispositions complémentaires des articles 335, 336 et 338, alinéa 2, du CP), dès lors qu'il s'agit d'actes futurs en violation des fonctions officielles et en rapport avec une transaction commerciale internationale. La loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption, également adoptée le 10 septembre 1998 (et modifiée pour la dernière fois en 2004), assimile quant à elle les agents publics des autres Etats membres de l'UE et de la Commission européenne à des agents publics allemands pour l'application des infractions de corruption passive et de corruption active (articles 332 et 334 du CP respectivement, lus en conjonction avec les articles 335, 336 et 338 (dans sa globalité) du CP). Les dispositions pertinentes de ces deux textes sont énoncées ci-après :

Loi sur la lutte contre la corruption internationale – *IntBestG* (base : convention de l'OCDE)

Article 2 : Dispositions de mise en œuvre

Alinéa 1 Assimilation des agents publics étrangers à des agents publics nationaux en cas d'actes de corruption

Aux fins de l'application de l'article 334 du code pénal, en conjonction avec les articles 335, 336 et 338, alinéa 2, du code, dans le cas d'infractions de corruption liées à un futur acte judiciaire ou officiel destiné à permettre à l'auteur des faits ou à un tiers de conclure des affaires ou d'obtenir un avantage indu dans le contexte de transactions commerciales internationales, seront assimilés :

1. à un juge :

- a) un juge d'un Etat étranger,
- b) un juge d'un tribunal international,

2. à tout autre agent public :

- a) un agent public d'un Etat étranger,
- b) une personne chargée d'exercer une fonction publique avec ou pour une autorité étrangère ou pour une entreprise publique dont le siège est basé à l'étranger, ou d'autres fonctions publiques pour un Etat étranger,
- c) un agent public ou un autre membre du personnel d'une organisation internationale, ou une personne chargée d'exercer ses fonctions ;

3. à un militaire des forces armées fédérales (*Bundeswehr*) :

- a) un militaire d'un Etat étranger,
- b) un militaire chargé d'exercer des fonctions pour une organisation internationale.

Loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption – *EuBestG* (base : protocole de l'UE relatif à la Convention sur la protection des intérêts financiers de la CE)

Article 2 : Dispositions de mise en œuvre

Section 1 Assimilation des agents publics étrangers à des agents publics nationaux en cas d'actes de corruption

(1) Aux fins de l'application des articles 332, 334 à 336 et 338 du code pénal à un acte de corruption en rapport avec un futur acte judiciaire ou officiel, seront assimilés :

1. à un juge :

- a) un juge d'un autre Etat membre de l'Union européenne ;
- b) un membre d'un tribunal des Communautés européennes ;

2. à tout autre agent public :

- (a) un agent public d'un autre Etat membre de l'Union européenne, dès lors que la fonction de cette personne correspond à celle d'un agent public au sens de l'article 11, alinéa 1(2), du code pénal ;
- b) un fonctionnaire communautaire au sens du Protocole du 27 septembre 1996 à la Convention relative à la protection des intérêts des Communautés européennes ;
- c) un membre de la Commission ou de la Cour des comptes européenne.

(2) ...

46. L'Allemagne dispose en outre de dispositions distinctes pour des groupes de personnes spécifiques. L'octroi d'un avantage à des militaires, des fonctionnaires et d'autres membres du personnel des troupes de l'OTAN stationnées en Allemagne, ainsi que la corruption de ces catégories de personnes sont érigés en infractions à l'article 1, alinéa 2(10), de la loi sur la protection des troupes de l'OTAN (*NATO-Truppenschutzgesetz*). Les articles 333 ss du CP s'appliquent également, mais la corruption passive n'est pas érigée en infraction. Aux termes de l'article 2 de la loi sur la suspension du délai de prescription et l'assimilation des juges et employés de la Cour pénale internationale (*Gesetz über das Ruhen der Verfolgungsverjährung und die Gleichstellung der Richter und Bediensteten des International Strafgerichtshofes*), les juges, les agents publics et les autres employés de la Cour pénale internationale sont assimilés à des juges et à des agents publics allemands aux fins de l'application des articles 331 ss du CP. La corruption est incriminée pour les infractions en rapport avec de futurs actes. Les dispositions correspondantes sont les suivantes :
47. Les agents publics de l'UE, ceux des autres Etats membres de l'UE et ceux d'autres pays étrangers sont passibles de poursuites pour corruption active ou corruption passive que pour de futurs actes illicites.

Le concept « d'agent public étranger »

48. Le terme « agent public étranger » est employé à l'article 2, alinéa 1, de la loi sur la lutte contre la corruption internationale (*IntBestG*) et à l'article 2, alinéa 1, de la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption (*EuBestG*). Aux termes de l'article 2, alinéa 1(2) de la loi *IntBestG*, le terme « agent public » doit être interprété de façon autonome, sur la base de la convention de l'OCDE¹⁰. Des décisions de justice ont d'ailleurs été rendues sur ce point¹¹.
49. La définition « d'agent public d'un autre Etat membre de l'UE » au sens de la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption doit, pour commencer, être interprétée en vertu du droit de l'Etat membre en question. Une restriction s'applique toutefois en ce sens qu'un tel agent n'est assimilé à un agent national que si sa fonction dans son Etat correspond à celle définie dans le droit allemand en vertu de l'article 11, alinéa 1(2) du CP (voir paragraphes 10 à 12). L'EEG a noté à cet égard que cette référence croisée exclut la catégorie des « personnes soumises à des obligations spéciales de service public », définie à l'article 11, alinéa 4¹².
50. Les lois *IntBestG* et *EuBestG* comportent uniquement des dispositions relatives à l'assimilation des agents publics étrangers à des agents publics nationaux. Par conséquent, les articles 332 et 334 du CP s'appliquent également à la corruption active et à la corruption passive d'agents publics étrangers. A cet égard, les éléments de l'infraction ne diffèrent pas.

¹⁰ Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

¹¹ Cour fédérale de justice, arrêt du 29 août 2008 – 2 StR 587/07 : « Le terme « agent public » au sens de l'article 2, alinéa 1(2) de la loi sur la lutte contre la corruption internationale ne doit pas être interprété en vertu du système juridique national respectif en vigueur, mais d'une manière autonome sur la base de la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans des transactions commerciales internationales »

¹² A savoir « quiconque, sans être agent public, est employé par ou intervient pour le compte de : (a) une autorité ou un organisme public qui remplit des fonctions d'administration publique ; ou (b) une association, une union ou une entreprise qui remplit des fonctions d'administration publique pour une autorité ou un organisme public et qui est formellement tenue par la loi d'exercer dûment ses fonctions ».

Sanctions

51. Les sanctions prévues pour l'acceptation d'un pot de vin par un agent public étranger ou pour la corruption d'un tel agent sont identiques à celles applicables aux agents nationaux, y compris pour les infractions particulièrement graves (articles 332, 334 et 335 du CP).

Corruption de membres d'assemblées publiques étrangères (article 6 de la STE 173) et de membres d'assemblées parlementaires internationales (article 10 de la STE 173)

52. En Allemagne, la corruption active de membres d'assemblées publiques étrangères et de membres d'assemblées parlementaires internationales dans le cadre de transactions commerciales internationales est érigée en infraction sur la base des exigences de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Par contre, la corruption passive de ce type d'élus n'est pas passible de sanctions, de même que les actes de corruption active d'élus étrangers qui ne visent pas à obtenir un avantage dans le cadre de transactions commerciales internationales. *Il convient de noter que les membres du Parlement européen sont soumis au régime applicable à la corruption des membres d'assemblées publiques nationales (article 4 de la STE 173), tel que décrit au point 22 ci-dessus.*

Loi sur la lutte contre la corruption internationale - *IntBestG*

Article 2 : Dispositions de mise en œuvre

Alinéa 2 Corruption de parlementaires étrangers dans le contexte de transactions commerciales internationales

(1) Quiconque offre, promet ou accorde à un membre d'une assemblée législative étrangère ou à un membre d'une assemblée parlementaire d'une organisation internationale un avantage, pour lui-même ou pour un tiers, en échange de la commission ou de l'omission d'un futur acte dans le cadre de son mandat ou de ses fonctions, afin d'obtenir ou de conserver, pour son compte ou pour le compte de tiers, des affaires ou un avantage indu dans le cadre de transactions commerciales internationales est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou d'une amende.

(2) La tentative est passible de poursuites pénales.

53. L'article 2, alinéa 2, de la loi sur la lutte contre la corruption internationale (*IntBestG*) couvre les infractions mettant en cause des membres d'assemblées législatives étrangères (qui font l'objet d'une définition autonome, comme les autorités allemandes l'ont expliqué) ou des membres d'une assemblée parlementaire d'une organisation internationale (à comprendre dans le même sens que dans le contexte de la corruption d'agents d'organisations internationales, mais en y incluant les organisations dont l'Allemagne n'est pas membre). Ce même article s'applique également aux membres du Parlement européen (qui sont soumis aux dispositions de l'article 108e du CP relatives aux membres d'assemblées nationales).
54. L'article 2, alinéa 2, de la loi sur la lutte contre la corruption internationale, qui reprend les dispositions de l'article 334 du CP, couvre l'offre, la promesse et l'octroi d'un avantage matériel ou immatériel à un élu ou à un tiers. Le service rendu en échange par l'élu désigne tout acte en rapport avec son mandat ou sa mission. L'infraction est cependant limitée dans la mesure où l'avantage doit être un avantage indu obtenu dans le cadre de transactions commerciales internationales.

Sanctions

55. L'article 2, alinéa 2, de la loi sur la lutte contre la corruption internationale prévoit une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou une amende pénale (allant de 5 à 10 800 000 EUR).

Les peines prévues correspondent à celles applicables à la corruption d'élus nationaux (et de membres du Parlement européen), telles que définies à l'article 108e du CP.

Corruption dans le secteur privé (articles 7 et 8 de la STE 173)

Définition de l'infraction

56. L'article 299 – et les articles 300 à 302 du CP pour des dispositions complémentaires – figurent dans le chapitre 26 du CP, consacré aux infractions de concurrence. Il est de fait que même si les éléments de l'infraction doivent être interprétés au sens large du terme, la corruption active et la corruption passive dans le secteur privé, telles que définies dans le droit allemand, ne couvrent que les infractions de corruption dans les situations de concurrence.

Code pénal allemand, Partie spéciale, Chapitre 26 – Infractions de concurrence

Section 299 Accepter et offrir un pot-de-vin dans le contexte de transactions commerciales

(1) Quiconque, en qualité d'employé ou d'agent d'une entreprise, demande, permet que lui soit promis ou accepte, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un avantage dans une transaction commerciale afin de donner indûment la préférence à un tiers dans le contexte d'un appel d'offres pour l'achat de marchandises ou de services commerciaux est passible d'une peine d'emprisonnement de trois ans ou d'une amende.

(2) Quiconque, à des fins de concurrence, offre, promet ou accorde à un employé ou à un agent d'une entreprise un avantage, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, dans une transaction commerciale afin que l'agent ou l'employé en question lui donne une préférence indue ou accorde cette préférence à un tiers dans le contexte de l'achat de marchandises ou de services commerciaux est passible de sanctions similaires.

(3) Les alinéas (1) et (2) s'appliquent également aux actes commis dans le contexte de transactions réalisées à l'étranger.

Éléments/concepts de l'infraction

« Personnes qui dirigent des entités du secteur privé ou travaillent pour ces dernières, en quelque qualité que ce soit »

57. Dans le cas d'une infraction au sens des articles 199 ss du CP, la personne qui accorde un avantage et celle qui le reçoit peuvent être un « employé ou un agent d'une entreprise », sachant que ces désignations doivent être interprétées au sens large du terme. Un « employé » (*Angestellter*) désigne quiconque entretient, dans le cadre d'un contrat ou *de facto*, une relation de service avec le propriétaire de l'entreprise et travaille sous ses ordres. L'activité en question n'est pas forcément permanente, ni rémunérée. Les employés *de facto* au sens de l'infraction englobent également les personnes qui servent « d'intermédiaires » pour camoufler l'acceptation et le paiement de pots-de-vin. Les responsables salariés de personnes morales (sociétés à responsabilité limitée), de même que les fonctionnaires et employés qui travaillent dans des entreprises de droit public (détenues ou non par l'Etat) et qui prennent part à des transactions commerciales entrent également dans la catégorie « d'employés ». Un « agent » (*Beauftragter*) désigne quiconque agit pour le compte d'une entreprise sans y être employé. Ce terme ne doit pas être compris en vertu des normes du droit civil ; la situation réelle est le seul élément pris en compte et une relation contractuelle n'est pas indispensable¹³. Les agents peuvent également désigner des organes ou des membres d'organes de personnes morales. En revanche, les propriétaires indépendants d'une entreprise, qui n'aurait pas la forme d'une société anonyme,

¹³ Cour fédérale de justice, arrêt du 13 mai 1952 – 1 StR 670/51 : « Dans les cas où il existe des doutes sur le statut d'un employé au motif que son activité n'est pas (...) de nature contractuelle, la personne en question doit au moins être considérée comme un agent. Ce terme doit être interprété au sens large ; il désigne toute personne qui, du fait de sa fonction dans une entreprise, est habilitée et tenue d'agir pour le compte de cette entreprise dans le cadre de son activité commerciale, et peut influencer sur les décisions à prendre dans ce contexte.

d'une société à responsabilité limitée ou autre forme d'organisation en tant que personne morale distincte, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 299 du CP.

« Dans le cadre d'une activité commerciale » ; « ...en violation de ses devoirs »

58. Les articles 299 ss du CP ne couvrent que les infractions commises dans le cadre d'une activité commerciale. Ce terme, très large, désigne toutes les mesures ayant un objectif commercial, à savoir toute activité à vocation économique impliquant une mise en concurrence. Dans leur formulation actuelle, les articles pertinents s'appliquent aux infractions où la personne qui accepte un avantage accomplit ou s'abstient d'accomplir un acte en violation de ses devoirs, de sorte à privilégier indûment le corrupteur ou un tiers face à la concurrence (« modèle de la concurrence »).

Autres éléments de l'infraction

59. Les infractions de corruption dans le secteur privé et les infractions de corruption d'agents publics présentent certains éléments communs, tels que « demander, permettre que lui soit promis ou accepter » (corruption passive), « offrir, promettre et accorder » (corruption active), « avantage » ou la prise en compte des avantages accordés à des tiers.

60. L'action sollicitée diffère toutefois dans les situations prévues respectivement aux articles 299 ss du CP et aux articles 331 ss du CP. Dans ce cas précis, le service à rendre en contrepartie consiste à donner la préférence à une entreprise au détriment de la concurrence, dans le contexte de l'achat de marchandises ou de services. Cette préférence sera accordée dans le cadre d'un acte futur. Le bénéficiaire de la préférence peut être le corrupteur ou un tiers, sachant que le tiers en question peut ne pas être formellement désigné au moment de la commission de l'infraction¹⁴.

Sanctions

61. Les infractions de corruption active et de corruption passive régies par l'article 299 du CP sont passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de trois ans ou d'une amende pénale (allant de 5 à 10 800 000 EUR). Dans le cas d'infractions particulièrement graves, la peine d'emprisonnement prévue varie de trois mois à cinq ans.

Article 300 Infractions d'acceptation ou d'offre de pots-de-vin particulièrement graves dans le contexte de transactions commerciales

Lorsqu'elles sont particulièrement graves, les infractions définies à l'article 229 sont passibles d'une peine d'emprisonnement allant de trois mois à cinq ans. En règle générale, les actes sont considérés particulièrement graves lorsque :

1. l'avantage accordé est considérable ; ou
2. que l'auteur des faits a agi contre paiement ou en tant que membre d'une bande organisée, constituée pour perpétrer continuellement de tels actes.

¹⁴ - Cour fédérale de justice, arrêt du 13 mai 1952 – 1 StR 670/51 : « L'acte qui leur a été suggéré et qu'ils ont promis d'accomplir était déloyal car en tenant leur promesse, ils ne conseilleraient plus leur supérieur sur la base d'aspects purement factuels, mais au contraire sous l'influence des avantages leur ayant été accordés ou promis. »

- Cour fédérale de justice, arrêt du 16 juillet 2004 – 2 StR 486/03 : « L'article 299, alinéa 2, du code pénal érige en infraction l'offre, la promesse ou l'octroi d'un avantage dans le contexte d'un accord illicite, qui a pour but de privilégier indûment une entreprise dans le cadre d'une future opération d'achat de marchandises ou de services commerciaux. Le terme « privilégier » désigne ici un choix abusif fait entre au moins deux entreprises ; en d'autres termes, il suppose de mettre les entreprises en concurrence et d'en désavantager au moins une.

Article 301 Ouverture de poursuites pénales

(1) L'acceptation ou l'offre d'un pot-de-vin dans le cadre de transactions commerciales telles que prévues à l'article 299 ne sont passibles de poursuites que si une plainte a été déposée, à moins que les services de poursuite considèrent de droit que des poursuites doivent être engagées compte tenu de l'importance particulière des faits pour le grand public.

(2) Le droit de déposer une plainte mentionné à l'alinéa (1) revient, outre à la partie lésée, à l'ensemble des entreprises, associations et chambres indiquées à l'article 8, alinéa 3 (1, 2 et 4) de la loi contre la concurrence déloyale.

Article 302 – Amendes sur biens et saisie étendue

(1) Dans les cas visés à l'article 299, alinéa (1), l'article 73d s'applique si l'auteur des faits a agi contre paiement ou en tant que membre d'une bande organisée, constituée pour perpétrer continuellement de tels actes.

(2) Dans les cas visés à l'article 299, alinéa (2), les articles 43a et 73d s'appliquent si l'auteur des faits a agi contre paiement ou en tant que membre d'une bande organisée, constituée pour perpétrer continuellement de tels actes. L'article 73d est également applicable si l'auteur des faits a agi contre paiement.

62. L'article 70 du CP prévoit une interdiction d'exercer une profession dans le cas d'infractions pénales commises à la suite d'un abus de fonction ou d'une violation grave aux devoirs correspondants.

Corruption de fonctionnaires internationaux (article 9 de la STE 173)**Définition de l'infraction**

63. La corruption active d'agents publics de l'UE est érigée en infraction de la même manière que celle concernant les agents publics nationaux. Par contre, les membres d'autres organisations internationales ne sont passibles de poursuites que pour des actes de corruption active en rapport avec de futurs actes illicites dans le contexte de transactions commerciales internationales. Ce type d'infractions est couvert par la loi sur la lutte contre la corruption internationale (*IntBestG*), qui transpose la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Eléments/concepts de l'infraction***« Fonctionnaires internationaux »***

64. Comme prévu à l'article 2, alinéa 1(2) c de la loi *IntBestG*, les agents publics et autres employés d'une organisation internationale, de même que les autres personnes chargées de remplir des fonctions pour une organisation internationale, sont assimilés à des agents publics allemands pour l'application de l'infraction de corruption active (article 334 du CP) dans le contexte de transactions commerciales internationales.
65. L'élément de l'infraction « organisation internationale » englobe toutes les organisations internationales mises en place par des Etats, des gouvernements ou d'autres organisations internationales, quelle que soit leur forme et leur domaine de compétence. Il inclut également les organisations régionales d'intégration économique, telles que la CE. Sont pris en compte les agents publics de ces organisations, mais également toutes les personnes y étant employées ou détachées, ainsi que les personnes qui remplissent des fonctions pour leur compte sans y être employées ou détachées.
66. L'article 2, alinéa 1(2) b et c, de la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption assimile les fonctionnaires communautaires ainsi que les membres de la Commission

et de la Cour des comptes européenne à des agents publics allemands pour l'application des articles 332 et 334 du CP.

Autres éléments de l'infraction et sanctions

67. Les lois *IntBestG* et *EuBestG* comportent uniquement des dispositions relatives à l'assimilation des agents publics d'organisations internationales à des agents publics nationaux. Par conséquent, les articles 332 (uniquement pour ce qui concerne les agents publics de l'UE) et 334 du CP s'appliquent à la corruption passive et à la corruption active d'agents publics d'organisations internationales. Les éléments de l'infraction ne diffèrent pas à cet égard. Dans la loi *IntBestG*, l'incrimination au titre de l'article 334 du CP se limite aux actes commis dans le contexte de transactions commerciales internationales. Les sanctions prévues pour l'acceptation d'un pot de vin par un agent public d'une organisation internationale ou pour la corruption d'un tel agent sont identiques à celles applicables aux agents nationaux, y compris pour les infractions particulièrement graves (articles 332, 334 et 335 du CP).

Corruption de juges et d'agents de cours internationales (article 11 de la STE 173)

Définition de l'infraction

68. Tout comme la corruption d'agents publics étrangers et la corruption d'agents d'organisations internationales, la corruption de juges et d'agents de cours internationales n'est pas régie de manière uniforme. Dans ce contexte aussi, la loi sur la lutte contre la corruption internationale (*IntBestG*) et la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption (*EuBestG*) s'appliquent. Les juges de la Cour pénale internationale sont en outre soumis aux dispositions de la loi sur l'assimilation des agents de la Cour pénale internationale (*ISTGH-Gleichstellungsgesetz*) (voir paragraphes 44 ss pour les dispositions respectives de l'article 2 (1) de la loi *IntBestG* et de l'article 2 (1) de la loi *EuBestG*).
69. L'article 2, alinéa 1(1) b, de la loi *IntBestG* assimile les juges de cours internationales à des juges nationaux pour l'application de l'article 334 du CP à de futurs actes illicites de corruption active dans le contexte de transactions commerciales internationales. L'article 2, alinéa 1(1)b, de la loi *EuBestG* assimile quant à lui les juges d'un tribunal des Communautés européennes à des juges nationaux pour l'application des articles 332 et 334 du CP dans le cas d'actes de corruption active ou passive en rapport avec de futurs actes illicites. En outre, aux termes de l'article 2, alinéa 1, de la loi *ISTGH-Gleichstellungsgesetz*, les juges de la Cour pénale internationale sont assimilés à des juges au sens du droit allemand pour l'application des articles 331 ss du CP (les éléments de l'infraction ne diffèrent pas à cet égard). Les dispositions relatives à l'assimilation des agents publics s'appliquent de la même manière aux agents publics de cours internationales et aux agents publics d'organisations internationales.
70. Les sanctions prévues pour l'acceptation d'un pot-de-vin par des juges ou des agents publics de cours internationales ou pour la corruption de ces juges ou agents sont identiques à celles applicables aux juges et agents nationaux, y compris pour les infractions particulièrement graves (voir paragraphe 30 du présent rapport).

Trafic d'influence (article 12 de la STE 173)

71. Le droit allemand n'érige pas le trafic d'influence en infraction et ne prévoit aucune autre infraction interdisant d'exercer une influence au sens de l'article 12 de la Convention. Les

réponses au questionnaire indiquent que certaines infractions, telles que l'abus de confiance, permettent de couvrir, dans une certaine mesure, ce type de comportement criminel¹⁵.

Corruption d'arbitres nationaux et étrangers (articles 1-4 de la STE 191)

72. L'alinéa 2 des articles 331 à 334 du CP (voir paragraphe 9 ci-dessus) couvre également la corruption passive et la corruption active d'arbitres. Dans la mesure où cet alinéa érige aussi en infractions la corruption active et la corruption passive de juges nationaux, les mêmes règles s'appliquent à cet égard aux juges nationaux et aux arbitres nationaux et étrangers. Par conséquent, les faits en rapport avec des actes tant illicites que licites sont érigés en infractions dans le cas des arbitres.

Eléments des infractions et sanctions

« Arbitres nationaux / arbitres exerçant leurs fonctions sous l'empire du droit national sur l'arbitrage »

73. Le droit allemand ne donne pas de définition légale du terme « arbitre ». Conformément aux exigences du Protocole à la convention, le terme « arbitre » aux termes du droit allemand désigne quiconque est chargé, en vertu d'un accord d'arbitrage, de textes réglementaires, d'un testament ou du fait d'une autre transaction juridique, de rendre une décision finale concernant un litige juridique.

« Arbitres étrangers / arbitres exerçant leurs fonctions sous l'empire du droit national sur l'arbitrage de tout autre Etat »

74. L'alinéa 2 des articles 331 à 334 du CP ne limite pas l'élément « arbitre » aux arbitres allemands. Qui plus est, contrairement au terme « agent public », le terme « arbitre » n'est pas défini dans la partie générale du code pénal. Par conséquent, la restriction énoncée à l'article 11, alinéa 1(2), du CP, selon laquelle les agents publics et juges ne sont reconnus en tant que tels pour l'application du code pénal que s'ils exercent leurs fonctions en vertu du droit allemand, n'est pas applicable.
75. Les infractions de corruption passive et active d'arbitres nationaux ou étrangers correspondent aux infractions de corruption passive et active de juges. L'article 337 du CP (voir paragraphe 9 ci-dessus) énonce une règle sur l'interprétation légale du terme « avantage » dans le contexte de la corruption active et passive d'arbitres. Aux termes de cette règle, la rémunération d'un arbitre ne peut être assimilée à un avantage au sens des articles 331 à 335 du CP que si l'arbitre en question demande, permet que lui soit promis ou accepte cette rémunération d'une des deux parties sans que l'autre le sache ou si cette rémunération lui est offerte, promise ou accordée par l'une des deux parties sans que l'autre en ait connaissance. Cette règle d'interprétation vise à indiquer clairement que l'octroi à un arbitre et l'acceptation par ce dernier d'une rémunération, de même que la présentation d'offres d'honoraires, n'entrent pas dans le champ d'application des infractions définies aux articles 331 ss du CP. »

¹⁵ Si des biens d'une valeur élevée sont placés dans les « fonds cachés » d'une entreprise afin de servir à des actes de corruption ou de trafic d'influence au profit de ladite entreprise, le simple fait de prélever des biens et de les réserver à cette fin est passible de sanctions pour abus de confiance à l'égard de l'entreprise (article 266, alinéa 1 du CP), que l'utilisation des fonds en question soit ou non passible de sanctions. Le fait que les fonds soient destinés à être utilisés dans l'intérêt économique de l'entreprise ne joue ici aucun rôle (Cour de justice fédérale, arrêt du 29 août 2008 – 2 StR 587/07). L'abus de confiance tel que défini à l'article 266 du CP est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou d'une amende pénale. Dans les cas particulièrement graves, la peine d'emprisonnement varie de six mois à dix ans.

76. Les sanctions légales prévues pour la corruption passive et active d'arbitres nationaux ou étrangers sont identiques à celles applicables aux infractions mettant en cause des juges (voir paragraphes 30 ss du présent rapport). Elles sont plus sévères que celles définies pour la corruption passive et active d'agents publics.

Corruption de jurés nationaux (article 1, alinéa 3, et article 5 de la STE 191)

« Jurés nationaux / personnes exerçant les fonctions de jurés au sein de leur système judiciaire »

77. L'Allemagne ne dispose pas d'un système de jurés en tant que tel. Le système juridique allemand comprend des juges honoraires, à savoir des citoyens qui sans avoir été nommés juges sont désignés afin d'aider, à titre honoraire, les juges professionnels dans les procès. Les juges honoraires participent aux procès en tant que juges non professionnels dans les tribunaux locaux (un juge professionnel et deux juges non professionnels) et dans les chambres pénales des tribunaux régionaux (juridiction pénale), en tant que juges du commerce au sein des chambres de commerce et en tant que juges assesseurs non professionnels dans les tribunaux du travail et des affaires sociales ainsi que dans les tribunaux administratifs et financiers. Ils siègent également dans les instances professionnelles des praticiens du droit et dans les tribunaux disciplinaires en tant que juges assesseurs non professionnels. Toutes ces personnes sont des « juges » au sens de l'article 11, alinéa 1(3) du CP (voir paragraphe 10 ci-dessus).
78. Les infractions de corruption passive et active de juges honoraires correspondent à celles de corruption passive et active de juges (professionnels). A ce titre, elles sont soumises aux articles 331 ss du CP et donnent lieu aux mêmes types de sanctions.

Corruption de jurés étrangers (article 6 de la STE 191)

« Jurés étrangers / personnes exerçant les fonctions de jurés au sein du système judiciaire de tout autre Etat »

79. Les juges honoraires étrangers sont assimilés à des juges étrangers et donc soumis aux dispositions de la loi sur la lutte contre la corruption internationale et de la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption. La responsabilité pénale liée aux infractions de corruption passive et active de juges honoraires étrangers est identique à celle applicable aux infractions mettant en cause des juges (professionnels) étrangers. Ces juges entrent dans le champ d'application des dispositions relatives à l'assimilation contenues dans la loi sur la lutte contre la corruption internationale et dans la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption ; par conséquent, ils sont (uniquement) soumis aux dispositions spécifiques de ces deux lois.
80. Les sanctions prévues pour les infractions de corruption passive et active de juges honoraires étrangers sont identiques à celles applicables à la corruption de juges (nationaux et étrangers) ; elles sont plus sévères que pour la corruption passive et active d'agents publics.

Autres infractions et questions

Corruption d'électeurs

81. L'EEG a noté qu'à l'article 108b, le code pénal allemand érige également en infraction la corruption active et passive d'électeurs. Cette infraction y est libellée d'une manière similaire aux autres infractions de corruption :

Article 108b

(1) Quiconque offre, promet ou accorde des cadeaux ou d'autres avantages à une personne en contrepartie d'une abstention de vote ou d'un vote dans un sens donné est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou d'une amende.

(2) Quiconque demande, permet que lui soit promis ou accepte des cadeaux ou d'autres avantages en contrepartie d'une abstention de vote ou d'un vote dans un sens donné est passible de sanctions similaires.

Actes de participation

82. Les articles 25 à 27 du CP allemand énoncent des dispositions générales relatives à la commission d'infractions criminelles et aux actes d'incitation et de complicité dans ce contexte. L'incitation et la complicité intentionnelles sont passibles de sanctions dans le cas de toutes les infractions commises intentionnellement et donc également dans le cadre de toutes les infractions de corruption énoncées ci-dessus.

Article 25 Commission

(1) Quiconque commet une infraction lui-même ou par le biais d'un tiers est passible de sanctions en tant qu'auteur des faits.

(2) Si plusieurs personnes s'associent pour commettre une infraction, chacune d'entre elles est passible de sanctions en tant qu'auteur des faits (co-auteur).

Article 26 Incitation

Quiconque incite intentionnellement une tierce personne à commettre intentionnellement un acte illicite est passible, en tant qu'instigateur, des mêmes sanctions que l'auteur des faits.

Article 27 Complicité

(1) Quiconque apporte intentionnellement son aide à une tierce personne pour la commission intentionnelle d'un acte illicite est passible de sanctions en tant que complice.

(2) Les sanctions prévues pour les complices sont identiques à celles encourues par l'auteur des faits. Elles peuvent être allégées en vertu de l'article 49, alinéa (1).

Compétence

83. Le principe de territorialité, en vertu duquel l'Allemagne est compétente pour toutes les infractions commises sur son territoire (y compris sur les navires et dans les avions) est énoncé aux articles 3, 4 et 9 du CP. Ce principe est complété par la doctrine d'ubiquité et par la doctrine des effets, qui s'appliquent dans ce contexte en vertu de l'article 9 du CP.

Article 3 Applicabilité aux actes commis sur le territoire national

Le droit pénal allemand s'applique aux actes commis sur le territoire national.

Article 4 Applicabilité aux actes commis sur des navires et dans des avions allemands

Le droit pénal allemand s'applique, indépendamment du droit en vigueur sur le lieu où les actes ont été commis, aux actes perpétrés dans un avion ou sur un bateau autorisé à battre pavillon ou à porter l'emblème national de la République fédérale d'Allemagne.

Article 9 Lieu de commission de l'acte

(1) Un acte est réputé commis en tous lieux où l'auteur des faits a agi ou, en cas d'omission, aurait dû agir, mais également en tous lieux où les effets, qui constituent un élément de l'infraction, se produisent ou auraient dû se produire d'après ce que l'auteur des faits avait prévu.

(2) Les actes d'incitation et de complicité sont réputés commis non seulement sur le lieu où l'infraction a été perpétrée, mais également en tous lieux où l'instigateur ou le complice a agi ou, en cas d'omission, aurait dû agir ou bien où l'infraction aurait dû être commise d'après ce que l'instigateur ou le complice en question avait prévu. Dans le cas d'une infraction commise à l'étranger, si l'instigateur ou le complice a agi en Allemagne, il sera passible de poursuites en vertu du droit pénal allemand, même si l'infraction n'est pas passible de sanctions aux termes du droit en vigueur sur le lieu où elle a été perpétrée.

84. Le principe de la compétence basée sur la nationalité est prévu à l'article 7, alinéa 2(1) du CP, qui dispose que l'Allemagne peut mener des poursuites pour des infractions commises à l'étranger par des ressortissants allemands, mais ce uniquement dans le respect du principe de la double incrimination ou de l'absence d'exécution¹⁶.

Article 7 Applicabilité aux actes commis à l'étranger dans d'autres situations

(1) Le droit pénal allemand s'applique aux actes commis à l'étranger contre un ressortissant allemand, si l'acte en question est passible de sanctions sur le lieu où il a été commis ou si le lieu où il a été perpétré n'est soumis à l'application d'aucun droit pénal.

(2) Le droit pénal allemand s'applique à d'autres actes commis à l'étranger, si l'acte en question est passible de sanctions sur le lieu où il a été commis ou si le lieu où il a été perpétré n'est soumis à l'application d'aucun droit pénal et que l'auteur des faits :

1. était ressortissant allemand au moment des faits ou l'est devenu après les faits ; ou
2. était ressortissant étranger au moment des faits, qu'il se trouvait sur le territoire allemand et que, bien que la loi relative à l'extradition autorise une extradition pour de tels faits, il n'a pas été soumis à une mesure d'extradition parce que la demande n'en a pas été faite dans un délai raisonnable, qu'elle a été rejetée ou que l'extradition n'était pas réalisable.

85. L'article 5 du CP établit la compétence (sans exiger de double incrimination) pour différents types d'actes commis à l'étranger : 1) actes commis par un agent public allemand ou par une personne soumise à des obligations de service public spéciales pendant un séjour officiel ou dans l'exercice de ses fonctions ; 2) actes commis par un étranger en tant qu'agent public allemand ou personne soumise à des obligations de service public spéciales ; 3) actes commis à l'encontre d'un agent public, d'une personne soumise à des obligations de service public spéciales ou d'un militaire appartenant aux forces armées fédérales dans l'exercice de ses fonctions (cette disposition ne permettrait pas, toutefois, de poursuivre des étrangers qui versent des pots-de-vin – à l'étranger – à des agents allemands qui se trouvent également à l'étranger au moment des faits) ; 4) corruption d'un parlementaire (article 108^e CP) si l'auteur des faits est allemand au moment de l'infraction ou que l'infraction a un rapport avec un ressortissant allemand.

Article 5 Actes commis à l'étranger contre des intérêts légaux nationaux

Le droit pénal allemand s'applique, indépendamment du droit en vigueur sur le lieu où l'infraction a été perpétrée, aux actes commis à l'étranger suivants :

(...)

12. actes commis par un agent public allemand ou une personne soumise à des obligations de service spéciales pendant un séjour officiel ou dans l'exercice de ses fonctions ;

13. actes commis par un ressortissant étranger en tant qu'agent public ou que personne soumise à des obligations de service spéciales ;

14. actes commis par un étranger à l'encontre d'un agent public, d'une personne soumise à des obligations de service spéciale ou d'un militaire appartenant aux Forces armées fédérales dans l'exercice de ses fonctions ;

14a. corruption d'un parlementaire (article 108^e), si l'auteur des faits est allemand au moment de l'infraction ou que l'infraction a un rapport avec un ressortissant allemand ; (...)

86. L'article 3 de la loi sur la lutte contre la corruption internationale confère à l'Allemagne une compétence spéciale pour certaines infractions de corruption (articles 334 à 336 du CP) commises à l'étranger par des ressortissants allemands à l'encontre d'agents publics ou de

¹⁶ Par ex., dans le no man's land des cercles polaires, dans l'espace ou à bord de navires ne battant aucun pavillon. Selon la doctrine, cela pourrait également s'appliquer à certaines situations d'« Etat déchu ».

parlementaires étrangers (la double incrimination n'est pas exigée, mais la compétence ne s'applique que dans le contexte de transactions commerciales internationales) :

Loi sur la lutte contre la corruption internationale – IntBestG (basée sur la Convention de l'OCDE)

Article 2 : Dispositions de mise en œuvre

Alinéa 3 Actes commis à l'étranger

Le droit allemand s'applique, sans égard au droit en vigueur sur le lieu où les actes ont été commis, aux infractions suivantes lorsqu'elles sont perpétrées à l'étranger par un ressortissant allemand :

1. corruption d'agents publics étrangers dans le contexte de transactions commerciales internationales (articles 334 à 336 du code pénal, en conjonction avec l'alinéa 1) ;
2. corruption de parlementaires étrangers dans le contexte de transactions commerciales internationales (alinéa 2).

87. Une compétence spéciale est également prévue à l'article 2, alinéa 2, de la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption pour certaines infractions de corruption (articles 332 et 334 à 336 du CP) commises à l'étranger, sans condition de double incrimination, si 1) l'auteur des faits est ressortissant allemand au moment de l'infraction ou s'il est ressortissant étranger et qu'il commet l'infraction en tant qu'agent public ou qu'agent communautaire (employé par un organisme dont le siège est basé en Allemagne) ; 2) l'acte commis met en cause un juge, un autre agent public ou une personne assimilée en vertu de l'article 1, alinéa 1, à condition qu'il soit allemand.

Loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption – basée sur le Protocole de l'UE à la Convention

Article 2 : Dispositions de mise en œuvre

Alinéa 2 Actes commis à l'étranger

Les articles 332 et 334 à 336 du code pénal, en conjonction avec l'article 1, alinéa 1, s'appliquent, indépendamment du droit en vigueur sur le lieu où les actes ont été commis, aux infractions perpétrées à l'étranger si :

1. l'auteur des faits
 - a) est ressortissant allemand au moment des faits, ou
 - b) est ressortissant étranger et a commis l'infraction
 - aa) en tant qu'agent public au sens de l'article 1, alinéa 1(2) du code pénal
 - bb) en tant qu'agent communautaire au sens de l'article 1, alinéa 1(2) b, membre de l'un des organismes créé en vertu des Traités instituant les Communautés européennes, dont le siège est basé en Allemagne,ou
2. l'acte a un rapport avec un juge, un autre agent public ou une personne assimilée en vertu de l'article 1, alinéa 1, à condition qu'il soit allemand.

88. Les réponses au questionnaire indiquent qu'à ce jour, le droit allemand ne s'applique pas dans les cas où un ressortissant allemand s'est rendu coupable à l'étranger d'une infraction consistant à accorder un avantage (article 333 du CP) et que cet acte n'est pas passible de sanction là où il a été commis.
89. Par ailleurs, les infractions commises à l'étranger par des ressortissants allemands au sens de l'article 299 du CP ne sont soumises au droit pénal allemand que si elles sont passibles de sanctions là où elles ont été perpétrées. Actuellement, le droit pénal allemand s'applique à l'infraction consistant à accorder un avantage à un arbitre allemand (article 333, alinéa 2, du CP) et à la corruption d'un arbitre allemand (article 334, alinéa 2, du CP) à l'étranger, uniquement si l'infraction en question est passible de sanctions là où elle a été commise. Dans ce cas, le terme « allemand » fait référence à la nationalité.

Prescription

90. La règle de prescription applicable en matière de poursuite d'infractions criminelles est régie aux articles 78 ss du CP.

Article 78 Délai de prescription

(1) Des sanctions ne peuvent être appliquées et des mesures (article 11, alinéa 1(8)), ordonnées, après expiration du délai de prescription. L'article 76a, alinéa 2, phrase 1(1) reste cependant applicable.

(2) Les infractions pénales graves prévues à l'article 211 (meurtre) ne sont pas soumises à prescription.

(3) Lorsque les poursuites sont soumises à prescription, le délai correspondant est de :

1. trente ans pour les actes passibles d'une peine d'emprisonnement à perpétuité ;
2. vingt ans pour les actes passibles d'une peine d'emprisonnement maximale supérieure à dix ans ;
3. dix ans pour les actes passibles d'une peine d'emprisonnement maximale supérieure à cinq ans mais d'un maximum de dix ans ;
4. cinq ans pour les actes passibles d'une peine d'emprisonnement maximale supérieure à un an mais d'un maximum de cinq ans ;
5. trois ans dans les autres cas.

(4) Ce délai est fonction de la peine encourue en vertu des sanctions prévues par la loi pour l'acte accompli, indépendamment des circonstances aggravantes ou atténuantes prévues dans les dispositions de la partie générale ou pour les cas particulièrement graves ou véniels.

Article 78a Début

Le délai de prescription court à compter de la commission de l'infraction. Si des effets constituant un élément de l'infraction ne se produisent que plus tard, le délai court à compter de ce moment.

Article 78c Interruption

(1) Le délai de prescription est interrompu par :

1. le premier interrogatoire de l'accusé, la notification de l'ouverture d'une procédure d'enquête à son encontre ou la décision ordonnant un tel interrogatoire ou une telle notification ;
2. un interrogatoire judiciaire de l'accusé ou la décision correspondante ;
3. la nomination d'un expert par le juge ou le procureur si l'accusé a déjà été interrogé ou que l'ouverture d'une procédure d'enquête le concernant lui a été notifiée ;
4. un mandat de saisie judiciaire ou de perquisition et les décisions judiciaires correspondantes ;
5. un mandat d'arrêt, une décision de placement en détention, un mandat d'amener devant le juge en vue d'un interrogatoire et les décisions judiciaires correspondantes ;
6. le dépôt d'un acte d'accusation ;
7. l'introduction de l'instance devant le tribunal jugeant au fond ;
8. la fixation de la date du procès ;
9. une ordonnance pénale ou une autre décision équivalente à un jugement ;
10. une suspension judiciaire provisoire de la procédure du fait de l'absence de l'accusé mis en examen et la décision rendue par le juge ou le procureur après une telle suspension ou lors d'une procédure *in absentia* en vue de déterminer où l'accusé se trouve ou de trouver des éléments de preuve ;
11. une suspension judiciaire provisoire de la procédure du fait de l'incapacité de l'accusé mis en examen d'être jugé et la décision rendue par le juge ou le procureur après une telle suspension en vue de soumettre l'accusé à un examen médical afin de déterminer s'il peut ou non passer en justice ; ou
12. une demande judiciaire d'investigations à mener à l'étranger.

Dans le cas d'une procédure de détention préventive ou d'une procédure indépendante, le délai de prescription est interrompu par les actes accomplis dans ce contexte, qui correspondent à ceux décrits au point 1.

(2) Le délai de prescription est interrompu par une ordonnance ou une décision écrite au moment de la signature de l'ordonnance ou de la décision en question. Si ledit document n'est pas traité immédiatement après sa signature, c'est le moment où il sera effectivement pris en compte qui sera déterminant.

(3) Le délai de prescription recommence après chaque interruption. Toutefois, les poursuites tombent sous le coup de la prescription, au plus tard, lorsque le double du délai légal de prescription s'est écoulé depuis le moment indiqué à l'article 78a ou après trois ans si le délai de prescription est inférieur à trois ans. L'article 78b reste valable.

(4) L'interruption ne vaut que pour la personne concernée par l'acte en question.

(5) Si des dispositions en vigueur au moment où l'acte est accompli sont modifiées avant que la décision ait été rendue et que cela entraîne une réduction du délai de prescription, les actes déclenchant une interruption qui ont été entrepris avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi restent valables, même si au moment de l'interruption, les poursuites seraient déjà tombées sous le coup de la prescription en vertu de la nouvelle loi.

91. Les peines d'emprisonnement maximales prévues pour les infractions de corruption (les cas véniels ou particulièrement graves ne sont pas pris en compte à cet égard) varient de trois à cinq ans. Par conséquent, l'arrêt des poursuites dans ce type d'infractions intervient après cinq ans (article 78, alinéa 3(4) du CP). Il existe une exception dans le cas de l'acceptation d'un pot-de-vin par un juge ou un arbitre (article 332, alinéa 2 du CP). Ces infractions étant passibles d'une

peine d'emprisonnement maximale de dix ans, les poursuites sont clôturées après dix ans (article 78, alinéa 3(3) du CP).

92. Le délai de prescription ne commence pas à courir avant que l'infraction ait été terminée. Si l'auteur des faits demande ou permet dans un premier temps que lui soit promis un avantage, puis accepte dans un deuxième temps cet avantage, l'infraction n'est consommée qu'au moment de l'acceptation. L'EEG a cru comprendre qu'il s'agit là d'une conséquence logique de la manière dont les infractions de corruption sont définies. S'il n'y a pas acceptation de l'avantage, l'infraction n'est réputée consommée qu'une fois qu'il a été établi de manière certaine que la demande ou la promesse n'a pas abouti et que l'auteur des faits n'espère plus qu'elle produise les résultats escomptés¹⁷.
93. Si l'avantage est accordé mais que l'acte officiel « acheté » n'est accompli que par la suite, la jurisprudence de la Cour fédérale de justice considère que le délai de prescription ne court qu'à compter de l'accomplissement de l'acte officiel en question (voir décisions de justice/jurisprudence¹⁸).

Statistiques

94. Les statistiques de la police sur les crimes (*Polizeiliche Kriminalstatistik – PKS*) indiquent les nombres d'infractions de corruption suivants – articles 299 du CP (acceptation ou offre d'un pot-de-vin dans des transactions commerciales), 300 du CP (infractions d'acceptation ou d'offre d'un pot-de-vin particulièrement graves dans le contexte de transactions commerciales) et 331 du CP (acceptation d'un avantage), 332 du CP (acceptation d'un pot-de-vin), 333 du CP (octroi d'un avantage), 334 du CP (offre d'un pot-de-vin) et 335 du CP (infractions d'acceptation ou d'offre d'un pot-de-vin particulièrement graves). Chaque affaire enregistrée correspond à l'infraction passible de la sanction la plus sévère (uniquement en termes de type et de gravité). Les variations au niveau des chiffres s'expliquent en partie par des procédures d'enquête complexes concernant de nombreuses affaires différentes.

Année	2004	2005	2006	2007	2008
	Affaires	Affaires	Affaires	Affaires	Affaires
Article 299	340	246	409	378	488
Article 300	42	37	69	23	124
Article 331	802	718	695	976	752
Article 332	242	240	303	250	291
Article 333	462	254	199	255	213
Article 334	421	436	477	574	435
Article 335	21	159	118	269	71

95. Le tableau ci-dessous donne une vue d'ensemble du nombre de personnes contre lesquelles un verdict a été prononcé et de celles qui ont été condamnées¹⁹:

¹⁷ Cour fédérale de justice, arrêt du 18 juin 2003 – 5 StR 489/02 : « Dans le cas d'infractions de corruption où un avantage est promis ou demandé mais n'est pas accordé, l'infraction... n'est réputée consommée qu'une fois qu'il a été établi de manière certaine que la demande ou la promesse n'a pas abouti et que l'auteur des faits n'espère plus qu'elle produise les résultats escomptés. »

¹⁸ Cour fédérale de justice, arrêt du 19 juin 2008 – 3 StR 90/08 : « Dans le cas d'infractions de corruption et d'acceptation d'un pot-de-vin où le corrupteur accorde d'abord l'avantage et l'agent public accomplit ensuite l'acte officiel demandé en violation de ses devoirs, le délai de prescription pour les deux infractions ne commence à courir qu'au moment où l'agent public réalise l'acte en question. »

¹⁹ Source : Statistiques sur les poursuites pénales (*Strafverfolgungsstatistik*). Les données pour les années 2004-2006 concernent uniquement l'ancien territoire de la République Fédérale Allemande (sans les 5 nouveaux Länder issues de l'ex-République Démocratique Allemande) ; les données pour 2007-2008 concernent en revanche l'ensemble du pays.

Année	2004		2005		2006		2007		2008	
	J	C	J	C	J	C	J	C	J	C
Article 299	23	17	46	35	40	33	64	56	72	49
Article 300	20	13	32	22	39	38	41	36	35	31
Article 331	58	33	120	30	72	17	43	23	62	29
Article 332	72	50	58	33	60	41	44	26	67	43
Article 333	99	91	22	17	39	29	37	31	54	37
Article 334	181	153	148	123	148	114	224	180	185	157
Article 335	33	32	27	25	29	25	46	38	33	23

J = personnes jugées; C = condamnations

96. Compte tenu du rôle important du pays sur le plan économique/commercial, l'EEG a souhaité avoir des données sur les affaires impliquant l'étranger. Les autorités fédérales ne tiennent pas de telles statistiques mais elles ont indiqué qu'au titre des années 2007-2008, il y a eu au moins 74 enquêtes ordonnées, au moins 27 procédures menées à terme et au moins 7 personnes condamnées.

Réformes et amendements législatifs en projet

97. En 2007, le ministère de la Justice a soumis au Parlement le projet de loi portant amendement au droit pénal (document imprimé du Parlement fédéral 16/6558), dont l'adoption était prévue en 2008. Malgré l'absence de réserves de la part de la Chambre haute [Bundesrat], le Bundestag n'a pas été en mesure d'adopter ce projet de loi avant la fin de sa législature à l'été 2009. Le projet en question visait à la mise en œuvre de la Convention pénale et de son Protocole additionnel (en vue de leur ratification)²⁰, de la décision-cadre de l'UE du 22 juillet 2003 sur la lutte contre la corruption dans le secteur privé et des exigences en matière pénale de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Il avait également pour objectif d'intégrer au code pénal les éléments de la corruption énoncés dans des dispositions pénales supplémentaires qui n'y figuraient pas encore (loi sur la lutte contre la corruption internationale et loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption, en particulier). Le projet de loi n'ayant pas été adopté, un nouveau texte devra être soumis au Parlement nouvellement élu en septembre 2009.

III. ANALYSE

98. L'Allemagne figure parmi les rares membres du GRECO qui n'ont pas ratifié la Convention pénale sur la corruption (STE 173) (ci-après désignée : la Convention) et son Protocole additionnel (STE 191). Il n'en reste pas moins que comme tout autre membre du GRECO, elle est soumise à une revue par les pairs, basée sur les critères de la Convention et de son protocole additionnel examinés dans le Troisième cycle d'évaluation, ainsi que sur le Principe directeur 2 de la Résolution (97) 24 portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la

²⁰ Les amendements proposés visaient, entre autres, à : a) étendre les dispositions relatives à l'applicabilité du droit pénal allemand aux infractions commises à l'étranger : toutes les infractions en rapport avec l'Allemagne commises à l'étranger auraient été passibles de sanctions en vertu du droit allemand, que l'infraction en question ait été ou non passible de poursuites sur le lieu où elle a été perpétrée (extension de l'article 5 du CP) – cette règle ne se serait pas appliquée à la corruption active et passive dans le secteur privé, comme il a été confirmé à l'EEG ; b) introduire une définition « d'agent public européen » qui assimile également les agents publics européens à des agents publics (allemands) au sens des articles 332 et 334 du CP et dans le cas d'autres infractions ; c) ériger les infractions d'acceptation et d'offre de pots-de-vin dans des transactions commerciales (article 299 du CP) en tant qu'infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux (article 261 du CP), visant à masquer les actes accomplis par des employés ou des agents en violation de leurs devoirs au préjudice de leur entreprise ; d) étendre l'assimilation des agents publics étrangers et internationaux à des agents publics (allemands) à l'ensemble des infractions de corruption passive et active (article 335a du CP) ; e) introduire la responsabilité pénale pour les cas où des militaires du rang des Forces armées fédérales acceptent un avantage.

corruption (« assurer une incrimination coordonnée de la corruption nationale et internationale »). L'EEG note que l'Allemagne est l'un des membres fondateurs du GRECO et qu'elle a signé la Convention le 27 janvier 1999. Son gouvernement a enfin soumis un projet de loi au Parlement en 2007 en vue d'adopter une série d'amendements, qui auraient permis au pays de ratifier la Convention pénale sur la corruption et son Protocole additionnel, ainsi que la Convention des Nations-Unies contre la corruption. Ce projet visait également à regrouper dans le code pénal les différents textes législatifs²¹ que l'Allemagne a adoptés ces dernières années en vue de satisfaire aux différentes exigences internationales, mais qui incriminent les infractions de corruption au-delà des frontières d'une manière qui, à l'heure actuelle, manque de cohérence. Le projet de loi devait être adopté en 2008 ou début 2009, ce que le Bundestag n'a pas été en mesure de faire²². L'EEG recommande à l'Allemagne **de ratifier dans les meilleurs délais la Convention pénale sur la corruption (STE 173) et son Protocole additionnel (STE 191)**. Dans ce contexte, elle attire l'attention sur l'Appel formel du Comité des Ministres formulé à la 103^e session ministérielle, lors de l'adoption du texte de la Convention pénale sur la corruption (4 novembre 1998), pour que les Etats limitent dans toute la mesure du possible les réserves déclarées en vertu de la Convention lorsqu'ils expriment leur consentement à être liés par celle-ci. Par la même occasion, le Comité des Ministres a appelé les Etats, « qui néanmoins se voient obligés de formuler des réserves, à s'efforcer de les retirer dès que possible. » Les recommandations énoncées aux paragraphes 99 à 122 du présent rapport sont émises sans préjudice du droit de l'Allemagne de faire des déclarations et des réserves en vertu des articles 36 et 37 de la Convention, ainsi que de l'article 9 du Protocole additionnel.

99. Le code pénal allemand contient deux séries de dispositions ayant trait aux infractions de corruption d'agents public nationaux. Ces dispositions incriminent, comme infractions de base, l'octroi d'un avantage (article 331 du CP) et l'acceptation d'un avantage (article 333 du CP) dans l'exercice de fonctions officielles. Par ailleurs, elles incriminent l'acceptation d'un pot-de-vin (article 332 du CP) et l'offre d'un pot-de-vin (article 334 du CP) en échange d'un acte officiel accompli en violation des devoirs de l'agent public, ou qui violerait ces devoirs. Les dispositions des articles 331 et suivants (ss) du CP découlent de modifications apportées en 1974, puis en 1997, avec une extension importante par la loi du 13 août 1997 sur la lutte contre la corruption en vue de faciliter la poursuite des infractions de corruption. Les autorités ont expliqué à l'EEG que ces dispositions des articles 331 et 333 du CP servent de « filet de sécurité » : les infractions qui ne constituent pas des infractions de corruption au sens des articles 332 et 334 du CP (par exemple, lorsqu'il n'y a pas eu violation des devoirs ou que la partie poursuivante n'est pas en mesure de prouver que le pot-de-vin a un lien avec une décision ou un acte spécifique de l'agent en cause) peuvent être considérées comme des infractions d'acceptation/d'octroi d'un avantage couvertes par les articles 331 et 333 du CP. Il est d'ailleurs courant que ces différents articles soient pris en considération d'une manière globale dans la théorie juridique allemande, car ils présentent de nombreuses caractéristiques communes pour ce qui est des éléments fondamentaux des infractions.
100. Les éléments fondamentaux des articles 2 et 3 (corruption active et passive d'agents publics nationaux) de la Convention se retrouvent dans les articles 331 ss du CP : le droit allemand

²¹ Voir paragraphe 8

²² Lors de sa visite sur place, l'EEG a été informée que l'explication la plus probable à la non adoption du projet de loi était le manque de volonté politique d'incriminer plus largement la corruption de membres d'assemblées (étant donné qu'aucune explication officielle n'a été fournie au sein du Bundestag) ; en principe, les projets d'amendements auraient pu être adoptés sans que l'incrimination de la corruption de membres d'assemblées ne soit élargie ; qui plus est, deux partis politiques d'opposition ne sont pas parvenus à s'entendre sur les projets de loi séparés qu'ils avaient soumis spécifiquement quant à cette incrimination. Cela étant, l'EEG a noté qu'une forte opposition à la plupart des modifications proposées par le gouvernement émane également de la part de la société (association du Barreau allemand, par exemple).

emploie l'expression « offrir, promettre ou accorder un avantage » pour décrire la corruption active (article 334 du CP) et l'infraction consistant à accorder un avantage (article 333 du CP), et l'expression « demander, permettre que lui soit promis ou accepter un avantage » pour désigner la corruption passive (article 332 du CP) et l'infraction consistant à accepter un avantage (article 331 du CP). La législation et la pratique sont claires sur le fait qu'en principe, les infractions de corruption active et celles de corruption passive sont des infractions distinctes, qui peuvent être poursuivies indépendamment les unes des autres (que l'offre ait été acceptée ou non par l'autre partie n'étant pas forcément déterminant). Le fait que la tentative de corruption soit incriminée résulte en premier lieu de la classification des infractions en infractions graves et en infractions vénielles²³. Qui plus est, la référence explicite à la tentative dans certaines dispositions relatives à la corruption est un élément de politique pénale, qui vise à assurer un niveau de protection maximal des juges et arbitres et à conforter la lutte contre les formes graves de corruption²⁴. L'incrimination de la tentative vise à permettre la poursuite d'actes unilatéraux (offrir, promettre, demander) y compris dans les cas où l'autre partie n'en a pas eu connaissance (par exemple, l'agent corrompu ou le corrupteur a rédigé une lettre et l'a envoyée, mais l'autre partie ne l'a pas reçue). La plupart des praticiens rencontrés sur place ont souligné que d'après leur expérience, les dispositions relatives à la « tentative » ne sont jamais utilisées en pratique, en particulier du fait que les infractions de corruption sont constituées dès l'offre (corruption active) et la demande (corruption passive) ; l'infraction de l'article 108e du CP (sur la corruption de parlementaires) tombe elle dans la catégorie des « infractions entreprises » (*Unternehmensdelikte*) pour lesquelles une infraction est réputée commise même si elle n'a pas produit le résultat escompté.

101. Les exigences de la loi concernant les éléments « en échange d'un acte accompli dans l'exercice de ses fonctions » et « en contrepartie de » désignent traditionnellement ce que les tribunaux allemands qualifient d'« accord contraire à la loi » (*Unrechtsvereinbarung*). Cette formulation est trompeuse dans la mesure où les actes unilatéraux (demande ou offre d'un pot-de-vin), qui sont couverts par la loi, n'impliquent pas que les parties se soient mises d'accord et même quand l'agent corrompu ou le corrupteur a répondu positivement à une sollicitation, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un accord formel mais plutôt un quelconque lien entre un pot-de-vin et l'action de l'agent corrompu (ou l'inaction). Par ailleurs, la preuve peut être basée sur les faits objectifs, y compris pour démontrer l'intention criminelle. Pendant les discussions menées sur place, la nécessité de nouvelles mesures visant à renforcer la spécialisation des juges dans le domaine des mesures anti-corruption a été soulignée par un procureur mais dans l'ensemble, les praticiens n'ont pas fait part d'un manque de satisfaction avec la situation actuelle.
102. L'EEG a noté que les infractions pénales de corruption active et passive visées aux articles 332 et 334 du CP impliquent systématiquement un acte en violation (effective ou potentielle) de ses devoirs par l'agent public (les articles 2 et 3 de la Convention sont plus larges à cet égard). Par conséquent, les infractions où il n'y a pas eu manquement aux devoirs devraient être poursuivies au titre des articles 331 et 333 du CP relatifs à l'acceptation et à l'octroi d'un avantage (« filet de sécurité » mentionné précédemment). Toutefois, ce « filet de sécurité » n'est pas toujours disponible au vu des dispositions spécifiquement applicables à certaines catégories d'agents

²³ Aux termes de l'article 12 du CP, en conjonction avec l'article 23 du CP : une tentative d'infraction pénale grave (acte passible d'une peine d'emprisonnement minimale d'un an ou plus) est toujours passible de sanctions, alors qu'une tentative d'infraction pénale moins grave ne l'est que si tel est expressément prévu par la loi.

²⁴ Au titre de l'article 331(2) sur l'acceptation d'un avantage par un juge ou un arbitre, de l'article 332(1) sur la corruption passive d'agents publics et de l'article 334(2) sur la corruption active de juges et d'arbitres ; la tentative de corruption passive au titre de l'article 332(2) concernant un juge ou arbitre est passible de poursuites puisqu'il s'agit d'une infraction grave (voir note 23).

employés à l'étranger ou au niveau international (voir ci-dessous; les articles 331 et 333 du CP sur l'octroi/l'acceptation d'un avantage ne sont pas applicables dans de nombreux cas)²⁵. En principe, ce problème devrait être résolu par la prise en compte de certaines des recommandations formulées ci-après (voir les paragraphes 107-110).

103. Enfin, le droit allemand ne précise pas que l'avantage doit être « indu ». Au lieu de cela, la jurisprudence et la théorie juridique énoncent clairement qu'en principe, tous les cadeaux et bénéfices immatériels – quelle que soit leur valeur – constituent des « avantages » au sens des dispositions pénales relatives à la corruption. L'EEG a cru comprendre qu'il s'agit de l'une des raisons pour lesquelles le législateur a dû prévoir – aux articles 331(3) et 333(3) du CP régissant l'acceptation et l'octroi d'un avantage (mais pas aux articles 332 et 334 du CP relatifs aux actes de corruption active et passive en échange d'un acte particulier violant ou qui violerait les devoirs de la fonction) – l'existence d'un mécanisme destiné à autoriser de tels avantages en cas de doute quant à leur légitimité. Malgré le pragmatisme et les avantages d'une telle approche, la situation peut être perçue comme problématique du point de vue de la sécurité juridique et du (potentiel) corrupteur, qui ne connaît pas forcément les règles internes en place dans une administration donnée ou dont la responsabilité pourrait dépendre du fait que l'agent ait respecté ou non l'exigence de demande d'autorisation pour conserver l'avantage proposé. Ce mécanisme (qui ne s'applique pas aux juges ni aux arbitres) constitue parfois une source de doutes en Allemagne, comme l'EEG a pu le constater lors des entretiens sur place. Des représentants rencontrés ont, par exemple, confirmé que dans certains cas, des avantages avaient été autorisés par la hiérarchie alors qu'ils étaient contraires aux règles internes en vigueur.
104. Pour conclure sur les mécanismes d'incrimination de base applicables à la corruption active et passive d'agents publics, l'EEG estime qu'il peut s'avérer utile de disposer de deux ensembles de dispositions relativement différents pour lutter contre les différentes formes de corruption, en particulier si les incriminations portent sur des actes tant futurs que passés. Cela étant, ces mécanismes peuvent encore être améliorés s'agissant du dispositif d'approbation des avantages par les services administratifs pertinents. Compte tenu des points énoncés dans les paragraphes ci-dessus, l'EEG recommande aux autorités allemandes de **surveiller l'application de la procédure d'autorisation administrative visée aux articles 331 alinéa 3 et 333 alinéa 3 du code pénal (concernant l'acceptation et l'octroi d'un avantage) afin de cerner les implications possibles pour la sécurité juridique, y compris en ce qui concerne le domaine des enquêtes et poursuites liées aux infractions de corruption et, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires.**
105. Il est largement admis par la jurisprudence (y compris au niveau de la Cour fédérale de justice) et dans la doctrine que le concept d'« avantages » couvre les avantages tant matériels qu'immatériels et que l'infraction peut également être commise indirectement, à savoir par le biais d'un intermédiaire, même si la loi ne fait pas explicitement référence à ce type de situation. Les bénéficiaires tiers sont clairement mentionnés dans les différentes dispositions (les articles 331 à 334 du CP font tous référence à l'expression « pour le compte de cette personne ou pour un tiers ») et il est admis que le bénéficiaire peut être une personne physique mais également juridique, y

²⁵ L'EEG a en outre constaté que dans d'autres volets du droit pénal, l'Allemagne n'a pas systématiquement fait figurer l'infraction d'acceptation/d'octroi d'un avantage des articles 331 et 333 du CP dans la liste des infractions de corruption applicables : ainsi, dans une réserve à la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE 141), l'Allemagne a exclu les différentes infractions de corruption (y compris celles prévues aux articles 331 et 333 du CP) de la liste des infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux. Pour plus d'informations à ce sujet, voir également le paragraphe 15 du Rapport du deuxième cycle d'évaluation.

compris un parti politique ou une association²⁶. Les situations dans lesquelles l'agent s'abstient d'accomplir un acte sont également prises en compte dans les différentes infractions visées aux articles 331 à 335 du CP, comme prévu à l'article 336 du CP. Lors d'une future révision des incriminations, il serait souhaitable que les autorités allemandes envisagent d'intégrer à la législation les développements ci-dessus mentionnés concernant les avantages immatériels et les formes indirectes de corruption.

106. En Allemagne, le concept d'agent public englobe un large éventail de personnes (voir paragraphes 10 ss dans la partie descriptive). Comme décrit ci-après, le concept n'exclut que quelques catégories spécifiques de personnes²⁷ en dehors de celles soumises à des réglementations spécifiques. Aux termes de décisions rendues par la Cour fédérale de justice en 2006, n'entrent pas dans la catégorie d'agents publics les membres des collectivités locales, telles que les conseils municipaux et les conseils régionaux, à moins qu'ils ne remplissent des tâches administratives (membres du comité de surveillance d'une entreprise communale, par exemple). Les autorités reconnaissent que cette situation a créé des lacunes dans l'application des dispositions anticorruption au niveau local, qui exigeraient idéalement une extension de l'article 108e du CP (voir ci-après). L'EEG a également noté que les dispositions spécifiquement applicables aux militaires (voir paragraphes 47 ss) ne sont pas uniformes et les autorités allemandes pourraient souhaiter toutes les aligner sur celles applicables aux agents publics.
107. L'incrimination de la corruption de membres d'assemblées nationales visée à l'article 108e du CP est très restreinte ; elle se limite en effet à « l'achat » et à la « vente » de voix dans une élection ou un scrutin. En comparaison des articles 331 ss du CP, il manque de nombreux éléments importants à l'article 108e du CP²⁸. Étonnamment, depuis 1999, l'incrimination de la corruption de parlementaires étrangers est plus large (bien qu'elle se limite au contexte de transactions commerciales internationales). Pendant sa visite sur place, l'EEG a été informée que cette incrimination est particulièrement controversée et qu'il s'agit là de la raison la plus plausible pour expliquer que le Parlement n'ait pas adopté le projet d'amendements qui lui a été soumis. Les praticiens et les représentants de la société civile ont critiqué l'actuel libellé de l'infraction ; ils ont notamment souligné qu'elle était de peu d'utilité dans la pratique (les décisions sont souvent préparées dans des groupes de travail avant le vote proprement dit, ce que l'infraction ne prend pas suffisamment en compte) et que les poursuites étaient difficiles du fait des exigences imposées en matière de preuve²⁹. L'EEG considère qu'une disposition aussi étroite relative à la corruption de membres d'assemblées est une lacune majeure : en dehors d'autres facteurs qui sont spécifiques à l'Allemagne et qui montrent l'importance potentielle de cette question³⁰, il

²⁶ Le principal point examiné dans la pratique vise à déterminer si les entités avec lesquelles l'agent n'a pas de liens sont également couvertes, c'est-à-dire les entités au sein desquelles l'agent n'a aucun avantage indirect personnel, notamment dans les cas où le bénéficiaire final est une organisation caritative.

²⁷ En particulier les employés de bureau, qui ne sont soumis à aucune règle correspondante ; aux termes du droit militaire, les militaires sont soumis, selon leur grade, aux dispositions générales relatives à l'acceptation d'un avantage (section 331 du CP) ou à celles concernant la corruption passive (section 332 du CP).

²⁸ D'une manière générale, il ne prévoit pas les bénéficiaires tiers ; les avantages immatériels et le fait de s'abstenir d'accomplir un acte ne sont pas couverts ; même si elle est assimilée à une infraction de corruption comparable à celle visée aux articles 332 et 334 du CP, la tentative n'est pas mentionnée et les sanctions ne prévoient pas de peine d'emprisonnement minimale, etc.

²⁹ L'EEG note qu'à ce jour, une seule condamnation (définitive) a été prononcée (tribunal de Neuruppin, décision du 2 avril 2007 de la 3^e chambre pénale). La condamnation en question d'un membre d'un conseil municipal reposait sur l'existence d'un accord de prêt privé écrit, conclu entre ce membre et une agence immobilière, en vertu duquel il était explicitement convenu que l'agence accorderait au membre du conseil un prêt de 100 000 EUR à des conditions avantageuses si la municipalité approuvait son projet.

³⁰ D'après certaines estimations, l'Allemagne compterait plus de 220 000 élus. En outre, selon les derniers résultats du Baromètre mondial de la corruption concernant l'Allemagne, publiés par Transparency International (2007), les partis politiques et les entreprises seraient les plus touchés par la corruption.

convient de garder à l'esprit que le modèle de financement politique adopté en Allemagne ne soumet les dons personnels à des élus à aucune restriction ni aux règles relatives au financement politique (voir l'autre partie du présent Rapport d'évaluation sur le financement des partis). Par conséquent, il n'existe qu'un petit nombre d'instruments juridiques pour limiter, régir et sanctionner les comportements douteux d'élus s'apparentant à de la corruption, mais également d'entrepreneurs ou d'autres personnes qui les contacteraient ou avec lesquels ils signeraient des accords. Pour finir, comme indiqué au paragraphe précédent, de récentes décisions de la Cour fédérale de justice ont créé une faille pour ce qui concerne les membres des collectivités locales (telles que les conseils municipaux et les conseils régionaux) qui n'exercent pas de fonctions administratives. Ces derniers ne peuvent être assimilés à des agents publics et donc soumis aux dispositions générales des articles 331 ss. Il semblerait par conséquent qu'ils doivent être couverts par l'article 108e du CP, ce qui justifierait encore un peu plus la nécessité de modifier cet article. Au vu de ce qui précède, l'EEG recommande **d'élargir de façon significative l'incrimination de la corruption active et passive de membres d'assemblées telle que visée à l'article 108e du code pénal, sur la base de l'article 4 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173).**

108. A l'exception des membres du Parlement européen (qui sont soumis au régime applicable aux membres d'assemblées nationales, comme prévu à l'article 108e du CP examiné ci-dessus), l'incrimination de la corruption est la même pour les membres d'assemblées publiques étrangères et les membres d'assemblées internationales. Cette incrimination est régie par l'article 2 paragraphe 2 de la loi de 1998 sur la lutte contre la corruption internationale. Son objet diffère de celui des dispositions relatives à la corruption de membres d'assemblées nationales (elle ne couvre pas « l'achat » de voix), mais son champ d'application reste toutefois limité : conformément aux exigences de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, elle couvre la corruption active destinée à obtenir ou à conserver un avantage dans le contexte de transactions commerciales internationales. Par contre, les actes de corruption en dehors de ce contexte et la corruption passive plus généralement, ne sont pas pris en compte. L'EEG a cru comprendre que le concept « d'organe législatif [d'un Etat étranger] » (« *Gesetzgebungsorgan* ») ne soulève pas de problème particulier: il semble être suffisamment large pour couvrir les assemblées publiques quel que soit le niveau territorial et sans distinction de composition, étant entendu que la corruption d'un membre d'une assemblée uniquement investie de pouvoirs administratifs est passible de sanctions au titre des dispositions générales de la corruption des agents publics étrangers (voir paragraphe ci-dessous). L'EEG recommande **d'incriminer plus largement la corruption active et passive de membres d'assemblées publiques.**
109. En Allemagne, l'incrimination de la corruption active et passive d'agents publics étrangers est régie par des lois spécifiques, qui transposent les exigences de l'OCDE et de l'Union européenne dans le droit interne, à savoir la loi sur la lutte contre la corruption internationale (*IntBestG*) et la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption (*EuBestG*). Du point de vue de la Convention pénale et des agents publics d'Etats non membres de l'UE, seules sont possibles les poursuites pour corruption active et ce, dans le contexte des transactions commerciales internationales. En outre, l'extension aux agents publics étrangers des dispositions en vigueur ne s'applique pas aux infractions consistant à offrir/accepter un avantage, telles que prévues aux articles 331 et 333 du CP. Or, ces articles constituent le « filet de sécurité », censé couvrir les actes qui ne peuvent être poursuivis au titre des articles 332 et 334 du CP (relatifs à la corruption active et passive) du fait du niveau de preuve requise (lien évident entre pot-de-vin et acte particulier). L'EEG souligne qu'aux termes de la Convention, les agents publics nationaux et

étrangers devraient, en principe, être traités d'une manière similaire³¹. Elle recommande par conséquent **d'incriminer la corruption active et passive d'agents publics étrangers plus largement, selon les règles de l'article 5 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173).**

110. La situation est similaire pour ce qui concerne l'incrimination des actes de corruption mettant en cause les autres catégories de personnes employées ou travaillant au niveau international : agents d'organisations internationales, membres d'assemblées parlementaires internationales (comme expliqué ci-dessus, ils sont soumis aux règles sur la corruption de membres d'assemblées étrangères), juges et agents de tribunaux internationaux, à l'exception des juges et autres agents de la Cour pénale internationale (qui sont soumis aux dispositions juridiques spécifiques de la loi sur l'assimilation des fonctionnaires de la Cour pénale internationale et relèvent de l'ensemble du régime juridique des articles 331 ss du CP). L'EEG recommande **d'incriminer plus largement la corruption active et passive d'agents d'organisations internationales, de membres d'assemblées parlementaires internationales, de juges et d'agents de tribunaux internationaux selon les règles des articles 9 à 11 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173).**
111. Les différentes infractions de corruption visées aux articles 331 ss du CP s'appliquent explicitement aux arbitres (sans distinction entre les arbitres nationaux et étrangers). Pour ce qui est des jurés, l'Allemagne ne possède pas de système de jury proprement dit, mais le système judiciaire comprend des juges honoraires qui, comme les juges ordinaires, sont couverts par les articles 331 ss du CP. Les autorités allemandes ont expliqué que les arbitres étrangers étaient couverts par les dispositions ci-dessus dans la mesure où le Code pénal ne fait pas de distinction entre arbitres nationaux ou étrangers. Les jurés étrangers sont, pour leur part, soumis aux règles définies dans la loi sur la lutte contre la corruption internationale (*IntBestG*) et dans la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption (*EuBestG*), dans la mesure où ils sont (ou pourraient être) considérés comme des juges honoraires. En tout état de cause, cela impliquerait que les limites concernant ces lois, constatées précédemment dans le présent rapport, s'appliqueraient également à l'incrimination de la corruption de jurés étrangers. Par conséquent, l'EEG recommande **de s'assurer que la corruption active et passive de jurés étrangers soit incriminée sur la base de l'article 6 du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (STE 173).**
112. L'incrimination de la corruption dans le secteur privé, couverte par l'article 299 du CP, ne suppose pas que la personne ayant accepté le pot-de-vin ou que celle l'ayant proposé ait agi en violation de ses devoirs (contrairement aux articles 7 et 8 de la Convention). Par conséquent, les règlements, les obligations générales et les conditions de travail/d'embauche du personnel et des représentants en vigueur dans une entreprise n'entrent pas, en principe, en ligne de compte pour la qualification de l'infraction. En outre, les personnes corrompues au sens de l'article 299 du CP peuvent être des employés (*Angestellte*) ou des agents (*Beauftragte*). Bien que cela ne s'applique pas aux propriétaires indépendants d'une activité commerciale (*Geschäftsinhaber*) qui ne serait pas organisée sous forme de société, la situation présente ne semble pas être en contradiction avec la Convention (en effet, les propriétaires indépendants ne peuvent violer de devoirs à l'encontre d'eux-mêmes). Par ailleurs, le champ d'application de l'article 299 du CP se limite à être « indûment privilégié (...) par rapport à la concurrence dans le contexte de l'achat de marchandises ou de services commerciaux ». Cet article fait suite à l'intégration au code pénal, en 1997, d'une disposition précédemment contenue dans la loi de 1909 sur la concurrence

³¹ Les pays peuvent bien sûr faire valoir l'article 36 de la Convention et limiter l'incrimination de la corruption active et passive d'agents publics étrangers et de certaines autres catégories de personnes (fonctionnaires d'organisations internationales et juges et fonctionnaires de tribunaux internationaux) aux seuls actes commis en violation de devoirs.

déloyale (elle figure aujourd'hui au *Chapitre 26 – Infractions de concurrence* du CP). Tel qu'il est actuellement libellé, l'article 299 du CP exclut de nombreuses situations dans lesquelles les entreprises du secteur privé peuvent se trouver ou auxquelles elles peuvent être confrontées dans la pratique, et qui ne sont pas en rapport direct avec les opérations d'achat. A titre de comparaison, les articles 7 et 8 de la Convention font référence à la corruption « dans le cadre d'une activité commerciale », ce qui englobe un éventail de situations aussi large que possible. L'EEG recommande par conséquent **de modifier les dispositions de l'article 299 du CP relatives à la corruption dans le secteur privé en tenant compte des articles 7 et 8 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173)**.

113. L'EEG a également noté que l'article 301 du CP introduit une contrainte en matière de poursuite des infractions de corruption dans le secteur privé, en ce sens qu'une plainte de la partie lésée ou d'une autre entité ayant un intérêt légitime³² est – en principe – nécessaire à l'ouverture d'une procédure ; certaines organisations et les services de poursuite peuvent³³ toujours agir d'office, mais ce uniquement si l'affaire présente « un intérêt public particulier ». Compte tenu des nécessités liées à une politique anticorruption efficace, il existe – en théorie – peu de justifications en faveur d'une différenciation entre le régime de poursuite des infractions dans le secteur privé et celui applicable aux différentes autres infractions de corruption. Ceci dit, le nombre des cas de corruption dans le secteur privé traités par les autorités répressives en Allemagne est loin d'être insignifiant ; ceci signifie que les restrictions susmentionnées ne constituent pas un réel obstacle pour les poursuites de tels cas dans la pratique. En outre, le fait que les poursuites peuvent être lancées par des organisations privées constitue une sorte de garantie au cas où les autorités de poursuite ne peuvent agir.
114. En Allemagne, le trafic d'influence n'est pas érigé en infraction. Les dispositions relatives à « l'abus de confiance au préjudice de l'entreprise » (article 266 du CP) contiennent des mécanismes qui pourraient s'avérer efficaces dans le cadre de la lutte contre la corruption en général. Cependant, elles ne peuvent être considérées comme une alternative pleinement satisfaisante à l'infraction de trafic d'influence, telle que définie à l'article 12 de la Convention, qui vise à prendre en compte un large éventail de situations. Même si tous les interlocuteurs rencontrés sur place par l'EEG ne se sont prononcés en faveur de la nécessité d'incriminer le trafic d'influence, l'EEG a noté que l'Allemagne elle aussi pourrait être concernée par certains phénomènes qualifiables de trafic d'influence (impliquant par exemple des élus) ; l'introduction de dispositions pénales dans ce domaine permettrait donc de combler une lacune. L'EEG recommande donc **d'ériger le trafic d'influence en infraction, conformément à l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173)**.
115. S'agissant des sanctions applicables aux infractions de corruption (en dehors de la situation des personnes morales, qui a été traitée dans le Rapport du deuxième cycle d'évaluation), l'EEG a été informée que les peines d'emprisonnement prononcées en pratique étaient d'environ un à deux ans en moyenne et que le sursis s'appliquait généralement aux primo-délinquants, comme dans les autres pays. L'EEG a cru comprendre que pour plusieurs infractions passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de 3 ans, il n'existe pas de peine plancher et qu'une amende peut être infligée à la place d'une peine d'emprisonnement³⁴. De plus, elle a également noté que les peines relatives aux infractions d'acceptation et d'octroi d'un avantage des articles 331 et

³² Comme indiqué dans la partie descriptive, l'article 8, alinéa 3 (1), (2), (3) et (4), définit ces entités comme suit : concurrents, associations professionnelles et chambres de l'industrie et du commerce concernées par l'affaire.

³³ Cette possibilité est une dérogation au principe général (ou à la légalité) de poursuites obligatoires en Allemagne

³⁴ Infractions de corruption dans le secteur privé en général (article 299 du CP), infractions où un avantage a été accepté par un agent public ou lui a été accordé (articles 331(2) et 333(2) du CP) et infractions de corruption active et passive prévues aux articles 332 et 334 du CP dès lors qu'elles sont vénielles.

333 du CP ne semblent pas être assorties de circonstances aggravantes dans les cas particulièrement graves, ni de mesures interdisant l'exercice d'une activité professionnelle ou le mécanisme de la confiscation étendue (des produits du crime). Ceci dit, tel qu'indiqué dans le paragraphe 31, commettre plus d'une infraction au titre des infractions de corruption relevant des articles 331 ss mène à une sanction globale allant jusqu'à 15 ans d'emprisonnement. Par conséquent, il semblerait que la loi dispose de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives pour toutes les infractions de corruption.

116. Les discussions sur place ont montré qu'il n'existe pas de définition officielle d'un avantage d'une « grande valeur » pour désigner les infractions de corruption particulièrement graves mettant en cause des agents (article 335 en conjonction avec les articles 332 et 334 du CP) ou des transactions commerciales (article 300 en conjonction avec l'article 299 du CP). Cette définition est laissée à l'appréciation des tribunaux et à ce jour, aucun ensemble de critères ou de valeurs seuils n'a été établi dans la jurisprudence comme cela avait été le cas pour les infractions de fraude. Les représentants rencontrés ont expliqué à l'EEG que dans ce cadre, les tribunaux doivent prendre en compte différents paramètres, dont le niveau socioprofessionnel du corrupteur / de la personne corrompue (ce qui implique de faire une distinction entre la valeur d'un avantage accordé à un employé de niveau inférieur et celui proposé à un responsable de haut niveau). Il semblerait qu'il en soit de même pour l'expression « infractions vénielles » employée aux articles 332 et 334 du CP. Cependant, les autorités allemandes ont souligné que le manque de définitions ou de critères généraux n'était pas un problème dans la pratique.
117. L'EEG a été informée que de nombreuses infractions de corruption (particulièrement celles ayant une dimension internationale) sont poursuivies en tant qu'infractions d'abus de confiance car la preuve est plus facile à rapporter, ne nécessitant pas le recours à l'entraide avec d'autres pays ; cela explique que le nombre de condamnations prononcées en Allemagne ne traduise par pleinement les efforts anticorruption menés par le pays dans le domaine pénal. La tendance à invoquer de plus en plus fréquemment les dispositions relatives à l'abus de confiance – qui fait suite à de récentes affaires de premier plan, médiatisées – reflète l'intérêt porté à l'efficacité et à la rentabilité générales des procédures pénales ainsi qu'à des considérations relatives à la protection des droits de l'homme (durée raisonnable des procédures) ; toutefois, cette démarche ne permettrait pas de dévoiler l'éventail complet des auteurs d'infractions et des modes opératoires correspondants, laissant ainsi certains actes criminels hors de la portée de la justice pénale. L'EEG est parvenue à la conclusion que la présente situation ne soulève pas de problème particulier tant que les dispositions sur les infractions d'abus de confiance ne sont pas utilisées comme la base principale pour la poursuite des cas de corruption.
118. Parmi les membres du GRECO, l'Allemagne est une grande nation économique et commerciale fortement présente à l'étranger, en particulier dans ses pays européens voisins. Les chiffres disponibles en matière de poursuites pour la corruption internationale est loin d'être négligeable. Bien que ces chiffres soient considérés par les autorités allemandes comme faisant partie des plus élevés sur l'ensemble des pays de l'OCDE, ils révèlent les difficultés du pays à traiter les affaires ayant une dimension internationale.
119. Le délai de prescription en matière de poursuite pour des faits de corruption est de 5 ans pour la grande majorité des infractions de corruption (10 ans dans le cas d'actes de corruption passive de juges ou d'arbitres prévus à l'article 332, alinéa 2). Compte tenu de la nature secrète de la corruption, ce délai pour engager une procédure n'est pas très étendu ; il est toutefois semblable à celui de bon nombre d'autres pays et le calcul de la prescription peut être interrompu par la quasi-totalité des actes marquant le début d'une procédure pénale.

120. La compétence de l'Allemagne est définie par les dispositions générales du code pénal ainsi que par des dispositions spécifiques de la loi sur la lutte contre la corruption internationale et de la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption (adoptées en 1998 en vue de se conformer aux exigences des conventions de l'UE et de l'OCDE). Les autorités allemandes considèrent qu'elles sont compétentes dans les cas où l'infraction a été commise en tout ou en partie en Allemagne (article 17, alinéa 1a, de la Convention): l'EEG a noté que l'article 9 du CP limite l'applicabilité du principe d'ubiquité au lieu où l'auteur des faits et ses complices ont agi et au lieu où les effets de l'infraction se sont produits ou auraient dû se produire selon l'entendement des auteurs.
121. Concernant la compétence telle que définie à l'article 17, alinéas 1b et 1c, de la Convention, les dispositions pertinentes sont relativement fragmentées et pourraient s'avérer difficiles à comprendre par les praticiens et par les auteurs d'infractions eux-mêmes ; les règles générales sont contenues dans le code pénal et des dispositions complémentaires sont présentes dans la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption ainsi que dans la loi sur la lutte contre la corruption internationale. S'agissant de la compétence basée sur le type d'auteurs d'infractions (article 17, alinéa 1b, de la Convention), à ce jour, le droit allemand ne semble pas couvrir certaines infractions qui sont commises à l'étranger par des ressortissants allemands si elles ne sont pas passibles de poursuites dans le pays où elles ont été perpétrées : accorder et accepter un avantage (articles 331 et 333 du CP), infractions de corruption dans le secteur privé (article 299 du CP), accorder un avantage à un arbitre allemand (article 333, alinéa 2, du CP) et corruption d'arbitres allemands (article 334, alinéa 2, du CP). L'EEG a noté que la compétence générale pour les infractions de corruption active et passive (commises par ou impliquant des membres d'assemblées ou agents publics étrangers, agents d'organisations internationales – en dehors de l'UE, dans certains cas spécifiques –, de membres d'une assemblée internationale ou de juges et d'agents d'un tribunal international) est limitée au contexte de l'UE et de transactions commerciales internationales dans la mesure où l'incrimination de la corruption étrangère se limite à ces secteurs.
122. Concernant les mécanismes décrits à l'article 17, alinéa 1c, de la Convention, en principe, les dispositions de portée générale de l'article 5, alinéa 14, et de l'article 7, alinéa 1, du CP se limitent aux infractions « à l'encontre » et non « impliquant » des agents publics ou ressortissants allemands ; elles ne sont pas applicables dans le contexte de la corruption (par exemple, dans le cas où un agent national – ressortissant allemand ou non – se verrait proposer un pot-de-vin à l'étranger par un ressortissant étranger). Des exceptions partielles ont cependant été prévues à l'article 5, alinéa 14a, du CP pour la corruption de parlementaires allemands³⁵, ainsi que dans la loi sur la lutte contre la corruption internationale et dans la loi de transposition de la convention de l'UE contre la corruption³⁶. Compte tenu de ce qui précède, l'EEG considère que les règles applicables en matière de compétence doivent être étendues. Elle recommande **i) d'établir clairement, sur la base de l'article 17, alinéa 1, de la Convention pénale sur la corruption (STE 173) et de son Protocole additionnel (STE 191) la compétence pour les différentes infractions de corruption ; ii) d'inclure autant que possible toutes les règles dans le code pénal afin de faciliter leur compréhension par les praticiens et par le grand public.**

³⁵ L'auteur de l'infraction doit être ressortissant allemand ou l'infraction doit avoir été commise à l'encontre d'un ressortissant allemand.

³⁶ Il y a plusieurs restrictions: le contexte se limite aux transactions commerciales internationales, à l'applicabilité des articles 334 à 336 du CP, aux infractions commises à l'étranger par des ressortissants allemands (loi sur la lutte contre la corruption internationale) et aux infractions de corruption, à part celles prévues aux articles 331 et 334. L'auteur de l'infraction doit être ressortissant allemand ou, s'il est étranger, doit avoir agi en tant qu'agent public ou qu'agent communautaire.

IV. CONCLUSIONS

123. En Allemagne, l'incrimination des infractions de corruption a légèrement évolué au fil des années. Il semblerait que les praticiens chargés de mener les enquêtes et les poursuites en matière de corruption déploient de réels efforts afin de faire le meilleur usage possible des instruments juridiques dont ils disposent. Toutefois, malgré la puissance économique et commerciale de l'Allemagne, ces instruments présentent certaines insuffisances dans le cas des formes transfrontalières de corruption. Dans ce contexte, il est regrettable que le Parlement fédéral n'ait pas été en mesure, pendant sa précédente législature, d'adopter le projet de loi sur la révision des dispositions anticorruption, présenté en 2007. Ce projet aurait enfin permis à l'Allemagne de ratifier la Convention pénale sur la corruption (et son protocole additionnel) et la Convention des Nations Unies contre la corruption. Le pays a ainsi perdu une occasion de continuer à améliorer, en temps opportun, ses dispositions pénales sur la corruption et de simplifier sa législation, en accord avec les normes internationales. Le fait que certaines catégories de personnes (dont les membres d'assemblées parlementaires et les membres des conseils municipaux qui ne sont pas des agents publics) soient soumises dans une moindre mesure à des dispositions anticorruption est particulièrement préoccupant. Le grand public pourrait en effet en déduire qu'une partie de la société allemande n'est pas assujettie aux mêmes règles que le reste de la population lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité dans les relations sociales, politiques et commerciales. L'Allemagne est donc exhortée à adopter un ensemble ambitieux de mesures juridiques en vue de compléter les dispositions juridiques en vigueur en matière de corruption. Dans ce contexte, les autorités devront notamment veiller tout particulièrement à élargir l'incrimination de la corruption active et passive des membres d'assemblée, des agents publics étrangers et des personnes employées à un niveau international, à élargir l'incrimination de la corruption dans le secteur privé, à incriminer le trafic d'influence et à harmoniser et étendre les règles sur la compétence de l'Allemagne en matière d'infractions de corruption.

124. Au vu de ce qui précède, le GRECO adresse les recommandations suivantes à l'Allemagne :

- i. ratifier dans les meilleurs délais la Convention pénale sur la corruption (STE 173) et son Protocole additionnel (STE 191) (paragraphe 98) ;**
- ii. surveiller l'application de la procédure d'autorisation administrative visée aux articles 331 alinéa 3 et 333 alinéa 3 du code pénal (concernant l'acceptation et l'octroi d'un avantage) afin de cerner les implications possibles pour la sécurité juridique, y compris en ce qui concerne le domaine des enquêtes et poursuites liées aux infractions de corruption et, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires (paragraphe 104) ;**
- iii. élargir de façon significative l'incrimination de la corruption active et passive de membres d'assemblées telle que visée à l'article 108e du code pénal, sur la base de l'article 4 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173) (paragraphe 107) ;**
- iv. incriminer plus largement la corruption active et passive de membres d'assemblées publiques (paragraphe 108) ;**
- v. incriminer la corruption active et passive d'agents publics étrangers plus largement, selon les règles de l'article 5 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173) (paragraphe 109) ;**

- vi. **incriminer plus largement la corruption active et passive d'agents d'organisations internationales, de membres d'assemblées parlementaires internationales, de juges et d'agents de tribunaux internationaux selon les règles des articles 9 à 11 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173) (paragraphe 110) ;**
 - vii. **s'assurer que la corruption active et passive de jurés étrangers soit incriminée sur la base de l'article 6 du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (STE 173) (paragraphe 111) ;**
 - viii. **modifier les dispositions de l'article 299 du CP relatives à la corruption dans le secteur privé en tenant compte des articles 7 et 8 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173) (paragraphe 112) ;**
 - ix. **ériger le trafic d'influence en infraction, conformément à l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173) (paragraphe 114) ;**
 - x. **i) établir clairement, sur la base de l'article 17, alinéa 1, de la Convention pénale sur la corruption (STE 173) et de son Protocole additionnel (STE 191) la compétence pour les différentes infractions de corruption ; ii) inclure autant que possible toutes les règles dans le code pénal afin de faciliter leur compréhension par les praticiens et par le grand public (paragraphe 122).**
125. Conformément à l'article 30.2 de son Règlement Intérieur, le GRECO invite les autorités allemandes à lui remettre un rapport sur la mise en œuvre des recommandations ci-dessus, d'ici le 30 juin 2011.
126. Enfin, le GRECO invite les autorités allemandes à autoriser, dès que possible, la publication du rapport, à le faire traduire dans la langue nationale et à rendre cette traduction publique.