

ESPAGNE

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

APPLICATION DE LA CONVENTION

Questions formelles

L'Espagne a signé la Convention le 17 Décembre 1997 et a déposé l'instrument de ratification le 14 janvier 2000. Le 12 janvier 2000, l'Espagne a publié, dans son Journal officiel, la *Loi organique 3/2000 du 11 janvier*, qui apporte un amendement au *Code pénal* par l'ajout de l'article 445 bis en vue d'appliquer les obligations aux termes de la Convention. Conformément aux règles générales relatives à l'entrée en vigueur de la législation, prévues par l'article 2 du *Code Civil*, l'article 445 bis est entré en vigueur le 2 février 2000.

La convention dans son ensemble

L'article 445 bis du *Code pénal* établit l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Il prévoit également des sanctions en intégrant, par référence, les sanctions prévues par l'article 423 du *Code pénal* pour la corruption d'un agent public national.

Les autorités espagnoles ont estimé qu'il n'était pas nécessaire d'introduire de nouvelles lois pour les autres obligations de la Convention, les dispositions existant dans le *Code pénal* et dans d'autres textes du droit espagnol ayant été jugées satisfaisantes à cette fin. A titre d'exemple, le *Code pénal* comporte des dispositions relatives à la saisie et à la confiscation, au délai de prescription et au blanchiment de capitaux, et la *Loi organique relative au pouvoir judiciaire* contient des dispositions sur la compétence en ce qui concerne les infractions pénales.

L'article 96.1 de la Constitution espagnole régit le statut des conventions et des traité internationaux en droit espagnol. Le paragraphe 1 de l'article 96.1 dispose que « les traités internationaux conclus en bonne et due forme, lorsqu'ils ont été officiellement publiés en Espagne, feront parti du système juridique interne », et le dernier paragraphe de l'article 96.1 dispose que :

Les dispositions des traités ne peuvent être annulées, amendées ou suspendues qu'aux termes de ces mêmes traités ou conformément aux règles générales du droit international.

Les autorités espagnoles précisent que la Cour constitutionnelle a reconnu « la primauté des traités internationaux sur le droit interne ».¹

1.1 Description générale de l'infraction et des dispositions correspondantes

L'article 445 bis du *Code pénal*, communiqué par les autorités espagnoles, dispose :

Quiconque, au moyen de dons, de présents, d'offres ou de promesses, corrompt ou tente de corrompre, directement ou au moyen d'intermédiaires, des autorités ou des agents publics, étrangers ou membres d'organisations internationales, dans l'exercice de leur charge à son profit ou au profit d'un tiers, ou se conforme à leurs demandes à cet égard, afin que ces

¹ Arrêt du 30 janvier 1985 et Arrêt 28/1991 du 14 février.

autorités ou ces agents agissent ou s'abstiennent d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, sera passible des peines prévues à l'article 423 pour chacun des cas respectifs.

L'article 423, qui établit l'infraction de corruption d'un agent public national, dispose :

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

Ainsi, en vertu de l'article 423.1, il est nécessaire de se référer aux sanctions correspondant à la corruption passive d'un agent public national afin de déterminer les sanctions adéquates pour la corruption d'un agent public étranger. Ces sanctions sont exposées dans les articles 419, 420, 421, 425 et 426, qui établissent différentes infractions de corruption passive en rapport avec les agents publics nationaux.² La sévérité des sanctions dépend de la nature de l'acte ou de l'omission de l'agent public que le pot-de-vin visait à obtenir. Par exemple, les sanctions sont plus sévères lorsqu'il s'agit d'un acte ou d'une omission « constituant une infraction » (article 419) et sont moins sévères dans le cas de l'exécution d' « un acte caractéristique » de la « fonction » d'un agent (article 425).

Aux termes de l'article 423.2, la sanction établie dans ce même article est réduite lorsqu'un pot-de-vin est octroyé en réponse à une demande émanant d'un agent public.

En vertu de l'article 424, les sanctions sont réduites lorsqu'un « pot-de-vin est octroyé dans le cadre d'une affaire pénale en faveur du prévenu par son épouse ou toute autre personne entretenant de façon établie une relation affective avec lui, ou tout ascendant, descendant ou membre de la fratrie du prévenu », etc. Les autorités espagnoles précisent que cette réduction ne s'applique en aucun cas à la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales. Elles expliquent que l'application de l'article 424 se limite au cas où une personne corrompt un magistrat dans le cadre d'une procédure pénale en Espagne, afin que son parent soit traité plus favorablement au cours de la procédure.

En outre, l'article 427 du *Code pénal* prévoit les exemptions de peines suivantes pour les personnes qui accèdent aux demandes de pots-de-vin :

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

Bien que le *Code pénal* n'interdise pas expressément l'application de l'article 427 à l'infraction de corruption d'un agent public étranger aux termes de l'article 445 bis, les autorités espagnoles indiquent que cet article ne s'applique en aucun cas à la corruption d'agents publics étrangers, et que cela serait évident pour un magistrat espagnol au vu de la formulation de l'article et de son insertion dans le *Code pénal* sous un titre distinct.

² Selon les autorités espagnoles, seules les infractions de corruption passive d'agents publics nationaux aux termes des articles 419, 420 et 421 s'appliquent à l'infraction de corruption d'un agent public étranger, pour des raisons exposées au point 1.2.8.

1.2 Eléments de l'infraction

1.2.1 Toute personne

L'article 445 bis du *Code pénal* s'applique à « quiconque ». Les autorités espagnoles soulignent que les dispositions du *Code pénal* relatives à la responsabilité pénale³ et à la nature de crime ou délit⁴, précisent que le *Code pénal* couvre la responsabilité pénale des personnes physiques.

1.2.2 Le fait intentionnel

L'article 445 bis s'applique aux pots-de-vin octroyés « afin que » des agents publics étrangers « agissent ou s'abstiennent d'agir dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions » et « en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Ainsi, la formulation même de l'infraction introduit un élément subjectif, intentionnel. En outre, l'article 5 du *Code pénal* dispose que l'on ne peut appliquer de sanction « lorsqu'il n'y a ni intention criminelle (*mens rea*) ni négligence ». Les autorités espagnoles précisent qu'on ne peut évoquer la négligence pour une infraction donnée, à moins que cela ne soit prévu expressément pour cette infraction.

L'article 12 du *Code pénal* dispose que « les actes ou les omissions par négligence ne seront punis que si la loi le prévoit expressément ». Ainsi, puisque l'article 445 bis ne fait pas expressément référence à la négligence, on ne peut commettre l'infraction de corruption d'un agent public étranger par négligence. D'autre part, les autorités espagnoles indiquent que l'article 445 bis prend en compte le principe de dol éventuel, décrit en ces termes par la Cour suprême :

*...Il y a dol éventuel lorsque l'agent a été à l'origine d'un préjudice dont la cause est éventuellement mais pas nécessairement établie, et dont les conséquences n'ont pas été directement recherchées ou voulues, l'a nécessairement accepté, sans renoncer à l'exécution des actes prévus*⁵.

Les autorités espagnoles indiquent en outre que la peine n'est pas réduite lorsque l'infraction a été commise par *dol éventuel*.

1.2.3 D'offrir, de promettre ou d'octroyer

L'article 445 bis définit la corruption ou les tentatives de corruption effectuées « au moyen de dons, de présents, d'offres ou de promesses ». Les autorités espagnoles affirment que les actes consistant à « offrir, promettre ou octroyer » sont de toute évidence couverts par cette formulation.

La formulation de l'article 445 bis permet également de préciser qu'il y a infraction lorsqu'un individu « accède » aux « demandes » d'un agent public étranger de lui remettre des pots-de-vin de la façon décrite précédemment. Conformément à l'article 423.2, lorsqu'une personne accepte la demande d'un agent public, elle est susceptible de bénéficier d'une réduction de peine. (l'article 423.2 est abordé au point 3.1/3.2 « Sanctions pénales... »)

³ Article 27 du *Code pénal*.

⁴ Article 10 du *Code pénal*.

⁵ Arrêt 2427/93 de la Cour suprême du 27 octobre.

1.2.4 Un avantage indu pécuniaire ou autre

Les autorités espagnoles déclarent que « tout avantage indu pécuniaire ou autre » est couvert dans l'article 445 bis par la formulation « au moyen de dons, de présents, d'offres ou de promesses ». Le droit espagnol ne fournit pas de critères de différenciation pour l'interprétation des termes « dons » et « présents », bien que le Dictionnaire de la langue espagnole publié par l'Académie royale (*Diccionario de la lengua española*) établisse quelques différences subtiles.⁶ Les autorités espagnoles indiquent que les deux termes ont été intégrés à la définition de l'infraction afin de s'assurer que les avantages en tous genres sont couverts. Elles indiquent que cette formulation couvre les avantages de toutes sortes, réels et personnels, corporels et incorporels, pécuniaires et non pécuniaires. La jurisprudence comporte quelques exemples où de l'argent en espèces⁷, un accord de rémunération⁸, un tableau et un manteau de vison⁹ ont été considérés comme relevant des infractions de corruption d'un agent public national.

1.2.5 Directement ou par des intermédiaires

L'article 445 bis s'applique expressément aux pots-de-vin octroyés « directement ou par le biais d'intermédiaires ».

1.2.6 A un agent public étranger

L'article 445 bis du *Code pénal* s'applique aux pots-de-vin offerts, etc. aux « autorités ou aux agents publics, étrangers ou membres d'une organisation internationale ». Même si l'article 24 du *Code pénal* contient la définition de l'expression « agents publics nationaux », qui peut être appliquée à l'infraction de corruption d'un agent public national aux termes de l'article 423, les législateurs espagnols ont décidé de ne pas amender cette disposition en vue d'y intégrer une définition de l'expression « agents publics étrangers ». Les autorités espagnoles affirment que les tribunaux espagnols devront appliquer la définition du terme « agent public étranger » prévue par l'article 1.4.a de la Convention. Les autorités espagnoles estiment que cette définition est une disposition de la Convention qui peut s'appliquer directement. Elles précisent qu'en dehors de la Constitution elle-même (précédemment abordée au point « La Convention dans son ensemble »), il existe des précédents d'application directe des définitions contenues dans des conventions et des traités internationaux. Par exemple, elles déclarent que la définition du terme « stupéfiants » dans la Convention unique des Nations unies sur les stupéfiants du 30 juin 1961 et la définition de l'expression « substances psychotropes » dans la Convention des Nations unies sur les substances psychotropes du 26 juin 1971 sont appliquées à l'article 368 du *Code pénal* sur le trafic de stupéfiants. Elles déclarent également que la définition du terme « armes chimiques » dans la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques ratifiée par l'Espagne en 1994 s'applique à l'article 566.2 du *Code pénal* sur le développement et l'utilisation des armes chimiques.

Les autorités espagnoles expliquent que le Parlement national, lors de l'élaboration des amendements au droit interne nécessaires à la transposition des obligations souscrites aux termes d'un traité, procède à une évaluation préliminaire pour vérifier l'applicabilité directe ou non des dispositions du traité. Les instances

⁶ Le Dictionnaire de la langue espagnole publié par l'Académie royale (*Diccionario de la lengua española*) comporte les définitions suivantes : 1. les « présents » sont octroyés par une personne à une autre personne comme une marque de gratitude; et 2. les « dons » sont le fruit d'un acte volontaire ou d'usage.

⁷ Arrêt de la Cour suprême du 8 février 1982.

⁸ Arrêt de la Cour suprême du 28/10/1986.

⁹ Arrêt de la Cour suprême du 10/3/1995.

judiciaires, lors de la mise en œuvre du traité et de la législation d'application sont chargées de veiller à l'application des dispositions directement applicables.

1.2.7 A son profit ou au profit d'un tiers

Aux termes de l'article 445 bis, le fait de corrompre un agent public étranger au moyen de dons, etc. « à son profit ou au profit d'un tiers » est considéré comme une infraction. Il semble clair, d'après cette formulation, que le cas où la personne à l'origine du pot-de-vin et l'agent public étranger passent un accord afin de transmettre l'avantage directement à un tiers est couvert par cet article.

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

L'article 445 bis s'applique expressément lorsqu'un pot-de-vin est offert, etc. à des agents publics étrangers « dans l'exercice de leur charge... afin qu'ils agissent ou s'abstiennent d'agir dans l'exécution de fonctions officielles ». La seconde partie de cette formulation est en parfaite conformité avec la formulation de l'article 1 de la Convention. L'expression « dans l'exercice de leur charge » n'introduit pas de condition supplémentaire, mais précise simplement le fait que les actes commis par l'agent doivent être liés à l'exécution des fonctions de sa charge.

Afin de comprendre exactement quels types d'actes et d'omissions sont couverts par l'article 445 bis, il faut se reporter aux sanctions relatives aux agents publics nationaux. Or cela n'apparaît pas aussitôt lorsque l'on examine l'article 445 bis, qui intègre les sanctions par référence à celles prévues à l'article 423 pour l'infraction de corruption d'un agent public national. L'article 423 dispose que « la personne qui corrompt ou tente de corrompre des autorités ou des agents publics au moyen de dons, de présents, d'offres ou de promesses sera passible des mêmes peines d'emprisonnement et des mêmes amendes que les autorités ou les agents publics en question ». Est considéré comme une infraction le fait, pour un agent public, d'accepter ou de demander un pot-de-vin pour l'une des catégories suivantes d'actes ou d'omissions (la question des sanctions est abordée au point 3.1/3.2) :

1. « Se rendre coupable dans l'exercice de sa mission d'un acte ou d'une omission constituant une infraction » (article 419). Les autorités espagnoles déclarent que pour que l'article 419 s'applique à la corruption d'un agent public étranger, l'acte ou l'omission doit constituer une infraction aux termes de la législation du pays de l'agent public étranger.
2. « Commettre un acte injuste, ne constituant pas une infraction, en relation avec l'exercice de sa mission » (article 420).¹⁰ Les autorités espagnoles indiquent que l'expression « acte injuste, ne constituant pas une infraction » couvre la violation d'une loi civile ou administrative, la violation de principes d'éthique ou la violation d'obligations, conformément à la législation du pays de l'agent public étranger.¹¹
3. Empêcher l'exécution d'un acte qu'il est tenu d'exécuter dans l'exercice de sa charge (article 421).
4. « Commettre un acte caractéristique de sa mission » (article 425.1). Bien que cela ne soit pas expressément prévu dans l'article 445 bis, les autorités espagnoles déclarent que l'article 425.1 ne s'applique pas à l'infraction de corruption d'un agent public étranger dans la mesure où il fait référence à des agissements n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention. Elles ajoutent que ce serait évident pour un magistrat espagnol au vu de l'insertion de cette disposition dans le *Code pénal* sous un titre distinct.

¹⁰ La peine pour cette infraction est moins sévère si l'agent public n'exécute pas concrètement l'acte.

¹¹ Voir l'Arrêt de la Cour suprême du 24 février 1993 et l'Arrêt de la Cour suprême du 9 mars 1994.

5. « Au vu de sa position...ou afin qu'il commette un acte qui n'est pas interdit par la loi » (article 426). Bien que cela ne soit pas expressément prévu dans l'article 445 bis, les autorités espagnoles déclarent que l'article 426 ne s'applique pas non plus à l'infraction de corruption d'un agent public étranger dans la mesure où il fait référence à des agissements n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention. Elles ajoutent que ce serait évident pour un magistrat espagnol au vu de l'insertion de cette disposition dans le *Code pénal* sous un titre distinct. Elles expliquent que l'expression « au vu de sa position » signifie que le pot-de-vin doit avoir été offert, etc. « parce que (l'agent) exerce des missions publiques ; et que si la personne en question n'avait pas exercé de missions publiques, elle ne se serait pas vu offert le don ».

En résumé, l'article 445 bis couvre ainsi : 1) un acte ou une omission constituant une infraction aux termes de la législation du pays de l'agent public étranger ; 2) un acte considéré comme injuste sans être une infraction, mais constituant un acte injuste aux termes de la législation du pays de l'agent public étranger ; et 3) une omission d'accomplir un acte qu'un agent public est tenu d'exécuter dans l'exercice de sa charge. Il semble que tous les actes et omissions d'un agent public étranger couverts par la Convention ne le soient pas par l'article 445 bis. En particulier, on peut se demander si une sanction est applicable en cas d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, qui ne constitue ni une infraction ni un acte injuste aux termes de la législation du pays de l'agent public étranger.

1.2.9 En vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu

La formule utilisée dans la traduction anglaise de l'article 445 bis correspond à « en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu ». Dans le texte original de l'article 445 bis, on utilise les mots « un contrato » (un contrat) au lieu de « un marché ». Il apparaît clairement, après avoir effectué une comparaison entre ces différentes versions, que la formulation est conforme à la Convention sur cette question.

1.2.10 Dans le commerce international

L'article 445 bis vise les pots-de-vin octroyés en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu « dans le commerce international ». Sur cette question, la formulation de l'article 445 bis est la même que celle de la Convention.

1.3 Complicité

L'article 1.2 de la Convention demande aux parties d'attribuer la qualification pénale à la tentative ou au complot en vue de corrompre un agent public étranger dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette partie constituent une telle infraction.

L'article 27 du *Code pénal* établit que « les auteurs et complices principaux » sont responsables des crimes et délits. L'article 28 dispose que « les auteurs principaux sont ceux qui commettent eux-mêmes l'infraction, conjointement ou en utilisant une personne en tant qu'exécutant ». Il précise également que « les auteurs principaux » comprennent :

- a. *Quiconque incite directement ou indirectement d'autres personnes à commettre une infraction; et*
- b. *Quiconque collabore à la perpétration d'une infraction en exécutant un acte sans lequel le crime n'aurait pas pu être commis.*

L'article 29 définit les « complices » comme ceux qui « bien que n'étant pas compris » dans l'article 28 « collaborent à l'exécution d'une infraction par des actes préalable ou simultanés ».

Les critères permettant d'établir l'instigation sont répertoriés dans une décision de la Cour suprême¹². Il faut notamment que l'auteur réel de l'infraction soit identifié et que la personne incitée ait effectivement commis l'infraction qu'elle a été incitée à commettre. En ce qui concerne la collaboration, la Cour suprême déclare que les facteurs décisifs résident dans son efficacité, son caractère indispensable et son importance pour le résultat final, et qu'un accord passé avant que l'infraction ne soit commise suffit pour établir la participation.¹³

Ces dispositions semblent couvrir tous les types de complicité cités dans l'article 1.2 de la Convention. Toutefois, il existe une différence entre un auteur principal, dont l'intervention est indispensable pour commettre l'infraction, et un complice, dont l'intervention n'est pas indispensable.

L'article 63 du *Code pénal* prévoit que les complices seront sanctionnés moins sévèrement que les auteurs de la même infraction. Le paragraphe 2 de l'article 70.1 établit en outre que la sanction atténuée devra être calculée « sur la base du minimum fixé par la loi pour l'infraction en question, ce minimum étant réduit de moitié, pour obtenir la peine minimale pour cette infraction ».

1.4 Tentative et complot

L'article 1.2 de la Convention demande aux Parties que la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public étranger constitue une infraction pénale, dans la mesure où ces mêmes actes destinés à corrompre un agent public de ces Parties constituent une infraction pénale.

1.4.1 Tentative

Les autorités espagnoles expliquent qu'en raison de la définition même des infractions de corruption qui s'applique aux offres et promesses, la tentative de corruption est couverte, et il n'est donc pas nécessaire de prévoir explicitement que la tentative de corruption d'agents publics étrangers est punissable.

1.4.2 Complot

Conformément à l'article 17 du *Code pénal*, un complot visant à commettre une infraction n'est sanctionné que lorsque l'article prévoyant l'infraction en question y fait expressément référence. Ni l'article 423 sur la corruption d'agents publics nationaux ni l'article 445 bis sur la corruption d'agents publics étrangers ne comporte de mention explicite à ce sujet.

2. ARTICLE 2. RESPONSABILITE DES PERSONNES MORALES

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

2.1 Responsabilité pénale

Le système juridique espagnol n'établit pas la responsabilité pénale des personnes morales.

¹² Arrêt de la Cour suprême du 5 mai 1988.

¹³ Arrêt de la Cour suprême du 28 janvier 1991.

2.2. Responsabilité non pénale

2.2.1 Responsabilité pénale secondaire des dirigeants de personnes morales

L'article 31 du *Code pénal* établit une forme de responsabilité pénale secondaire relative au dirigeant d'une personne morale. Il prévoit que :

Toute personne agissant en tant qu'administrateur (dirigeant) de fait ou de droit pour une entreprise ou en son nom, ou en tant que représentant légal ou volontaire d'une autre personne, engagera sa responsabilité personnelle, même si elle ne réunit pas les conditions, les qualités ou les relations nécessaires pour répondre aux critères que la notion visée de crime ou d'infraction impose pour pouvoir être désigné comme en étant l'auteur, si de telle circonstance se présentent pour l'organisation ou la personne au nom de laquelle ou à titre de représentant de laquelle elle agit.

Les autorités espagnoles confirment que l'article 31 s'applique à l'infraction de corruption d'un agent public étranger aux termes de l'article 445 bis et qu'une personne reconnue coupable en vertu de l'article 31 d'une infraction prévue par l'article 445 bis serait passible des mêmes sanctions qu'une personne dont la responsabilité n'est pas établie aux termes de l'article 31.

Les autorités espagnoles précisent que l'article 31 n'établit pas de règle aveugle ou systématique quant à la responsabilité objective des dirigeants, et que le faire serait contraire au principe de présomption d'innocence. Cet article vise plutôt à couvrir les cas où les conditions nécessaires à la commission de l'infraction sont réunies dans le cadre d'une personne morale, mais pas dans l'un des individus composant ladite personne morale. Les autorités espagnoles expliquent que, par exemple, la responsabilité d'un dirigeant peut être établie en vertu de l'article 31 s'il a autorisé l'octroi d'un pot-de-vin ou a eu connaissance de l'octroi d'un pot-de-vin et n'a rien fait pour empêcher de tels agissements.

Les autorités espagnoles confirment qu'aux termes de l'article 31, un dirigeant est responsable des actes de chacun des employés de la personne morale, indépendamment de la position de cet employé.

Le *Code pénal* ne fournit pas de définition du terme « dirigeant », et il est donc nécessaire de se référer à la définition de la loi appropriée relative à la personne morale au nom de laquelle une personne agit, afin de déterminer si elle est un dirigeant. A cette fin, il est nécessaire de se référer aux dispositions y afférentes du Code du commerce et aux lois relatives aux sociétés de capitaux, aux fondations, aux coopératives, etc. Par exemple, pour ce qui est des sociétés de capitaux, l'article 89.3 du *Décret-loi royal 1564/1989 du 22 décembre* établit que le terme « dirigeant » comprend non seulement les membres du conseil d'administration, mais aussi les cadres dirigeants ou les personnes disposant de l'autorité nécessaire pour représenter la société.¹⁴

Les autorités espagnoles confirment que les dirigeants des sociétés contrôlées ou détenues par l'Etat sont soumis à la responsabilité prévue par l'article 31. Elles confirment également qu'il n'est pas nécessaire que l'individu directement responsable d'un acte de corruption d'un agent public étranger aux termes de l'article 445 bis soit condamné, pour établir la responsabilité du dirigeant.

¹⁴ La définition du terme « dirigeant » dans l'article 89.3 du *Décret-loi royal 1564/1989 du 22 décembre* s'applique en lien avec les « violations » commises par les sociétés.

2.2.2 Responsabilité civile et administrative

En vertu de l'article 20.a de la Loi 13/1995 *relative aux contrats avec l'administration publique, modifiée par la Loi 53/1999*, une personne morale fait l'objet d'une interdiction de conclure des contrats avec les autorités publiques espagnoles¹⁵ lorsque l'un de ses administrateurs ou représentants a commis une infraction pénale en son nom. La durée de l'interdiction est déterminée au cas par cas, selon la gravité de l'infraction, notamment selon l'étendue des préjudices causés aux intérêts publics. Dans tous les cas, la durée de l'interdiction ne peut pas excéder 8 ans. Les autorités espagnoles confirment que les sociétés contrôlées ou détenues par l'Etat sont soumises à l'article 20.a. de la Loi 13/1995.

Pour que l'on puisse appliquer l'article 20.a, l'administrateur ou le représentant doit avoir été reconnu coupable de l'infraction en question. Les autorités espagnoles expliquent que ce type de responsabilité administrative « découle » du jugement définitif, à l'issue des procédures pénales engagées contre l'administrateur ou le représentant de la personne morale. L'interdiction peut être ordonnée par un juge lors d'une procédure au cours de laquelle une personne est condamnée pour corruption d'un agent public étranger ou lors d'une procédure administrative faisant suite à la condamnation prononcée par un tribunal pénal. Dans le dernier cas, c'est le ministre de l'Economie et des Finances qui ordonne l'interdiction.

En outre, en vertu des articles 116 et 120 du *Code pénal*, les personnes morales sont soumises à la responsabilité civile secondaire pour les préjudices associés aux infractions commises en leur nom. La responsabilité civile, dans ce cas, peut être déterminée lors du procès au pénal ou plus tard, devant un tribunal civil.

3. ARTICLE 3. SANCTIONS

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

3.1/3.2 Sanctions pénales pour la corruption d'agents publics nationaux et étrangers

Sanctions

Selon le *Code pénal*, les sanctions fixées aux termes de l'article 423 du *Code pénal* pour les diverses infractions de corruption d'un agent public national sont les mêmes que les sanctions fixées aux termes de l'article 445 bis pour la corruption d'un agent public étranger, dans la mesure où l'article 445 bis intègre par référence les sanctions de l'article 423. En vertu de l'article 423.1 toute personne qui corrompt ou tente de corrompre un agent public « sera sanctionnée des mêmes peines d'emprisonnement et des mêmes

¹⁵ Le terme « autorités publiques » est compris comme désignant le Gouvernement central, les Gouvernements des communautés autonomes et les institutions gouvernementales locales.

amendes que les autorités ou les agents publics en question »¹⁶. Les autorités espagnoles confirment que cette disposition est indépendante de la législation de l'Etat de l'agent public étranger, et que cela ne signifie pas qu'une personne qui corrompt un agent public fera l'objet de la même sanction que l'agent public étranger qui reçoit le pot-de-vin. Cela signifie simplement que les sanctions adéquates doivent être inférées des sanctions prévues aux termes du *Code pénal* pour la corruption passive d'agents publics nationaux.

Selon les autorités espagnoles, seules les infractions de corruption passive définies dans les articles 419, 420 et 421 s'appliquent à l'article 445 bis. D'après ces dispositions on peut établir que les sanctions applicables à la corruption active d'un agent public national sont les suivantes :

1. Une peine d'emprisonnement comprise entre 2 et 6 ans et une amende dont le montant est compris entre la valeur du pot-de-vin et le triple de la valeur du pot-de-vin, lorsque le pot-de-vin est offert, etc. afin que l'agent public se rende coupable dans l'exercice de ses fonctions, d'un acte ou d'une omission constituant une infraction. (article 419)
2. Une peine d'emprisonnement comprise entre 1 et 4 ans et une amende dont le montant est compris entre la valeur du pot-de-vin et le triple de la valeur du pot-de-vin, lorsque le pot-de-vin est offert, etc. afin que l'agent public commette un acte injuste, en relation avec l'exercice de ses fonctions, ne constituant pas une infraction, et qu'il exécute cet acte. Lorsque l'agent public n'exécute pas l'acte, la durée de la période d'emprisonnement est comprise entre 1 et 2 ans et l'amende est la même. (article 420)

Les autorités espagnoles indiquent que la réduction de peine accordée lorsque l'agent public ne commet pas l'acte a été étendue à la corruption active d'un agent public étranger car dans les cas où l'agent ne commet pas l'acte injuste, les préjudices causés aux « transactions commerciales internationales » sont « moins importants ».

3. Une amende dont le montant est compris entre la valeur du pot-de-vin et le triple de la valeur du pot-de-vin, lorsque le pot-de-vin est offert, etc. afin d'empêcher l'exécution d'un acte que l'agent public est tenu d'exécuter dans l'exercice de sa charge. (article 421)

Les autorités espagnoles indiquent que les peines d'emprisonnement et les amendes peuvent être cumulées lorsqu'elles sont toutes deux applicables.

Selon l'Espagne, lorsque la valeur exacte d'un pot-de-vin est inconnue, un magistrat espagnol doit évaluer la valeur approximative d'un pot-de-vin. De cette manière, même si l'amende est évaluée en fonction de la valeur du pot-de-vin, il est possible d'infliger une amende.

A titre de comparaison, l'Espagne indique que la fraude contre une institution publique est sanctionnée par une peine d'emprisonnement pouvant aller de 1 à 3 ans (article 436 et suiv.), et que le détournement de fonds est sanctionné par une amende quotidienne applicable de 6 à 12 mois¹⁷ (article 433).

¹⁶ L'article 423 ne prévoit pas si les autres sanctions prévues pour la corruption passive d'un agent public (c'est-à-dire l'incapacité d'occuper tout poste ou emploi public) s'appliquent à la corruption active.

¹⁷ En vertu de l'article 50.4 du *Code pénal*, le montant journalier d'une amende peut s'échelonner entre un minimum de 20 000 pesetas et un maximum de 50 000 pesetas, et lorsque la durée d'une amende est fixée en termes de mois, on considère qu'un mois est constitué de 30 jours. Le 16 février 2000, 100 pesetas espagnols valaient 0,59 dollar des Etats-Unis.

Réduction de la sanction

En vertu de l'article 423.2, lorsqu'un pot de vin est offert, etc. en réponse à une demande émanant d'un agent public, on appliquera une « sanction inférieure à celle » établie par l'article 423.1. En vertu de l'article 70.1, une telle réduction revient à abaisser de moitié la limite minimale d'une peine.

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

Les autorités espagnoles expliquent que la seule obligation concernant la peine d'emprisonnement relative à l'entraide judiciaire est établie à l'article 5.1 du *Traité européen d'assistance judiciaire pénale du 17 septembre 1982*. En vertu de l'article 5.1, « les commissions rogatoires aux fins de perquisition ou de saisie » ne peuvent être satisfaites que pour les infractions passibles d'extradition aux termes de la législation espagnole.¹⁸ Les autorités espagnoles indiquent qu'en vertu de l'article 2 de la *Convention européenne d'extradition*, l'extradition est possible pour les infractions passibles d'une peine privative de liberté d'au moins 1 an aux termes de la législation espagnole et de la législation de l'Etat requérant. Ainsi, lorsque l'entraide judiciaire est demandée sous la forme de « commissions rogatoires » en vertu de l'accord susmentionné, elle ne sera pas accordée pour tous les types de corruption d'un agent public étranger (voir liste des infractions et des sanctions au point 3.1/3.2 sur les « Sanctions pénales... »).

3.4 Sanctions pénales et extradition

L'Espagne indique qu'en vertu de la *Loi d'extradition passive*, l'extradition peut être accordée pour les infractions passibles d'une peine privative de liberté d'au moins 1 an aux termes de la législation espagnole et de la législation de l'Etat requérant. Lorsqu'il est possible d'appliquer un traité multilatéral ou bilatéral ou une convention d'extradition, leurs obligations relatives à l'extradition prévalent sur celles de la Loi. Toutefois, il semble que la plupart des accords d'extradition, dont la Convention européenne d'extradition, impose également un seuil de 1 an. Ainsi l'extradition ne sera pas accordée pour tous les types de corruption d'un agent public étranger (voir liste des infractions et des sanctions aux points 3.1/3.2 sur les « Sanctions pénales... »).

3.5 Sanctions non pénales applicables aux personnes morales

Les sanctions non pénales applicables aux personnes morales sont abordées précédemment au point 2.2.2 « Responsabilité civile et administrative ».

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

Saisie

Les autorités espagnoles indiquent que la saisie est possible aux termes des règles générales établies à cet effet dans la Loi relative aux procédures pénales (par exemple dans les articles 13, 299, 334 à 338 et 589). Elles expliquent qu'en vertu de ces dispositions un juge peut ordonner la saisie de tous les actifs liés à l'infraction, y compris les instruments et les produits, afin d'empêcher leur dilapidation ou leur destruction et de s'assurer qu'ils sont disponibles au cas où les tribunaux rendraient une décision de saisie au moment du procès.

¹⁸ Aux termes de la législation espagnole, le rôle des commissions rogatoires est de recenser ou de saisir les biens.

Confiscation

L'Espagne indique également que la confiscation est possible dans les cas suivants en vertu de l'article 127 du *Code pénal* :

Les sanctions infligées à une personne coupable d'un crime ou d'un délit emporteront la perte des effets provenant de l'infraction et des instruments utilisés pour la commettre, ainsi que la perte des bénéfices de l'infraction quelles que soient les altérations subies. Ces effets, instruments et bénéfices seront saisis, sauf s'ils appartiennent à un tiers de bonne foi, qui n'est pas responsable de l'infraction, et qui les a acquis légalement. Les effets et les instruments saisis seront vendus si leur commerce est légal, et leurs produits seront utilisés pour couvrir les responsabilités civiles de la personne condamnée; si leur commerce est illégal, ils seront traités en fonction des réglementations, et si aucune réglementation ne peut leur être appliqué, ils seront détruits.

Aux termes de cette disposition, le tribunal peut confisquer les « effets, les instruments et les bénéfices » sur condamnation pour infraction, ce qui semble couvrir la corruption et les produits de la corruption.

Les autorités espagnoles indiquent qu'à présent, le système juridique espagnol ne permet pas de procéder à la confiscation de biens dont la valeur correspond à celle du pot-de-vin et des produits lorsque ces biens ne sont plus disponibles car, par exemple, ils sont entre les mains d'un tiers de bonne foi. Toutefois, on étudie actuellement la possibilité d'étendre l'application de l'article 127 à des cas de ce type.

L'Espagne indique que le critère pour déterminer si les biens en question sont en possession d'un « tiers de bonne foi » est donné dans l'article 433 du *Code civil*, qui établit qu'une personne possède un bien en toute « bonne foi s'il n'a pas connaissance d'une quelconque anomalie, liée à son bien ou à la méthode d'acquisition, qui invaliderait cette acquisition ».

En vertu de l'article 127, les produits des « effets et instruments » confisqués seront utilisés afin de couvrir les « responsabilités civiles » des personnes condamnées, si leur commerce est légal. L'expression « effets et instruments » semble pouvoir couvrir le pot-de-vin. Les articles 125 et 126 établissent les responsabilités civiles auxquelles peuvent servir les produits des « effets et instruments » par ordre de priorité, en commençant par les préjudices causés par l'infraction, et suivis des coûts encourus par l'Etat pour les procédures pénales, des coûts de procédure encourus par le prévenu pour sa défense et enfin, de l'amende. Selon les autorités espagnoles, les produits des « effets et instruments » confisqués serviront aux « responsabilités civiles » d'une personne uniquement si les actifs déjà saisis aux termes de l'article 589 de la Loi de justice pénale afin de fournir une « garantie » de la responsabilité pénale attendue, se sont avérés insuffisants.

L'Espagne indique que la confiscation aux termes de l'article 127 peut également être ordonnée pour le dirigeant d'une personne morale qui, en vertu de l'article 31 du *Code pénal*, est soumis à la responsabilité pénale secondaire. En outre, on peut ordonner la confiscation lorsque les biens sont en possession d'une personne morale.

3.8 Sanctions civiles et administratives complémentaires

Les autorités espagnoles indiquent que les sanctions civiles et administratives décrites pour les personnes morales s'appliquent également aux personnes physiques. [Voir le développement au point 2.2.2 sur la « Responsabilité civile et administrative »]

4. ARTICLE 4. COMPÉTENCE

4.1 Compétence territoriale

L'article 4.1 de la Convention demande à chaque Partie de prendre « les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou en partie sur son territoire ». Le commentaire 25 de la Convention précise qu'« un large rattachement matériel à l'acte de corruption » n'est pas exigé.

L'article 23 de la Loi organique relative au Pouvoir judiciaire établit la compétence à l'égard des « crimes et délits commis sur le territoire espagnol ou à bord d'un avion ou d'un bateau espagnol ». Les autorités espagnoles expliquent que le fondement de la compétence territoriale est interprété largement afin d'établir la compétence à l'égard des infractions commises entièrement ou partiellement sur le territoire espagnol. Ainsi, un lien territorial est établi lorsque tout ou partie de l'acte d'offrir, de promettre ou d'octroyer un pot-de-vin est commis sur le territoire espagnol et un appel téléphonique, une télécopie ou un courrier électronique provenant d'Espagne suffirait à établir la compétence.

4.2 Compétence fondée sur la nationalité

L'article 4.2 de la Convention demande que, lorsqu'une Partie est compétente pour engager des poursuites à l'encontre de ses ressortissants ayant commis une infraction à l'étranger, elle prenne, selon les mêmes principes, « les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger ». Le commentaire 26 de la Convention précise que, lorsque la condition de double incrimination fait partie des principes d'une Partie, elle « doit être réputée satisfaite lorsque l'acte est illicite dans le territoire où il est commis, même s'il a une qualification pénale différente dans ce territoire ».

En vertu de l'article 23.2 de la Loi organique relative au Pouvoir judiciaire, L'Espagne a compétence, aux termes des lois pénales espagnoles, à l'égard des crimes commis en dehors du territoire espagnol par des ressortissants espagnols ou par des étrangers qui ont acquis la nationalité espagnole après la commission de l'infraction, lorsque les conditions suivantes sont satisfaites :

- a. L'acte est passible d'une sanction sur les lieux où il a été commis, sauf lorsque cette condition n'est pas nécessaire en vertu d'un traité international ou du règlement d'une organisation internationale dont l'Espagne fait partie ;
- b. « La victime ou le ministère public dépose une plainte devant les tribunaux espagnols » ; et
- c. Le contrevenant présumé n'a pas été acquitté, gracié ou n'a pas purgé sa peine à l'étranger pour l'infraction. Si seule une partie de la peine a été purgée à l'étranger, la peine correspondante en Espagne sera réduite proportionnellement.

Les autorités espagnoles expliquent que la première condition est interprétée largement pour qu'il ne soit pas nécessaire que l'Etat dans lequel est commise l'infraction ait établi l'infraction de corruption d'un agent public étranger, dès lors que l'acte de corruption constitue une infraction.

En ce qui concerne la seconde condition, dans la mesure où la corruption d'un agent public étranger est considérée comme une « infraction à l'ordre public » aux termes du droit espagnol, on entend par « victime » soit un particulier soit le Procureur d'Etat.¹⁹

¹⁹ Lorsqu'une « infraction à l'ordre public » est commise en Espagne, la procédure judiciaire peut également être engagée par les autorités judiciaires et suite à une « action populaire ».

4.3 Procédures de consultation

L'article 4.3 de la Convention demande que, lorsque plusieurs Parties ont compétence, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer des poursuites.

L'Espagne a un certain nombre de procédures en place permettant les consultations et le transfert éventuel d'un dossier à une autre Partie qui peut établir la compétence à l'égard de l'infraction décrite dans la Convention. L'Espagne est une partie de la *Convention européenne sur la transmission des procédures répressives* et de la *Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959*, ce qui permet le transfert d'affaires pénales aux tribunaux d'autres Etats.

Lorsqu'une convention n'est pas applicable, aux termes de l'article 65 de la *Loi organique relative au Pouvoir judiciaire*, la Chambre pénale de l'Audiencia Nacional constitue l'autorité compétente pour assurer le transfert des procédures. Un tel transfert devra s'effectuer en accord avec les lois internes des Etats concernés. Dans de tels cas, les consultations se feront par l'intermédiaire des ministres de la Justice ou, en cas d'urgence, par l'intermédiaire d'INTERPOL.²⁰

4.4. Examen du fondement actuel de la compétence

L'article 4.4 de la Convention exige que chaque Partie examine si le fondement actuel de sa compétence est efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers et, dans le cas contraire, de prendre des mesures correctrices.

A l'heure actuelle, l'Espagne ne juge pas nécessaire de modifier le fondement de sa compétence.

5. ARTICLE 5. MISE EN OEUVRE

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

5.1 Règles et principes applicables aux enquêtes et poursuites

Conformément à l'article 124 de la *Constitution espagnole*, le Bureau du Procureur d'Etat est chargé de promouvoir la justice en faisant respecter l'application de la loi, les droits des citoyens et l'intérêt public ainsi que le prévoit la loi.

Les règles générales contenues dans la Constitution et la *Loi de justice pénale* s'appliquent à toutes les infractions pénales, y compris l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Par conséquent, le principe de l'obligation de poursuivre s'applique dans tous les cas. Autrement dit, le Procureur d'Etat ouvre, avec l'aide de la Police judiciaire, une enquête dès qu'il est informé de l'éventuel perpétration d'une infraction, sauf dans le cas de poursuites intentées uniquement à la demande d'une partie y ayant intérêt.²¹ L'infraction de corruption d'un agent public étranger n'est pas le type de délit pour lequel les poursuites doivent être engagées à la demande d'une partie y ayant intérêt.

²⁰ Telles sont aussi les étapes requises aux termes de l'article 13 de la *Convention européenne sur la transmission des procédures répressives*.

²¹ Voir articles 282-298 et 785 bis de la *Loi de justice pénale*.

A la suite d'une enquête, le Procureur d'Etat a les possibilités suivantes :

1. Ordonner le « classement » de l'affaire lorsqu'il n'existe pas de preuve suffisante d'une infraction pénale et informer la ou les personnes qui se sont plaintes d'avoir été victimes de l'infraction de cette décision afin qu'elle(s) ai(en)t la possibilité de réitérer son (leur) accusation devant le juge chargé du dossier ; ou
2. Donner instruction au magistrat chargé du dossier d'engager les poursuites préliminaires correspondantes, lui fournir tous les éléments de preuve obtenus jusque là et mettre à sa disposition le détenu et les produits de l'infraction, le cas échéant.

Les autorités espagnoles expliquent que le Procureur d'Etat ne joue qu'un rôle très limité dans la l'interruption ou la suspension d'une enquête ou de poursuites, et qu'une telle décision est soumise à l'approbation du juge. Le Procureur d'Etat peut, conformément à l'article 785 bis de la *Loi de justice pénale*, ordonner le « classement » d'une affaire quand il considère qu'une infraction n'a pas été commise. En pareil cas, les autorités judiciaires²² sont compétentes pour arrêter les poursuites.

Une fois que le magistrat en charge du dossier prend le contrôle des opérations, la procédure de mise en accusation commence. Elle comporte la préparation du procès et la poursuite de l'enquête pour s'assurer qu'une infraction a bel et bien été commise et que l'accusé est bien coupable. Bien que le magistrat chargé du dossier soit responsable de cette étape de la procédure, le Procureur d'Etat peut donner son avis sur le cours de l'action à mener. Après la procédure de mise en accusation, le magistrat en charge du dossier doit soumettre l'affaire au tribunal compétent, qui a les trois possibilités suivantes, conformément aux articles 622 à 645 de la *Loi de justice pénale* :

1. Ordonner qu'un procès ait lieu ;
2. Retourner le dossier au magistrat en étant chargé pour une préparation plus approfondie ; ou
3. Déclarer l'arrêt des poursuites, soit de sa propre initiative, soit à la demande du Procureur d'Etat lorsqu'il a été estimé qu'aucune infraction n'a été commise.

5.2 Considérations d'intérêt économique national

Les autorités espagnoles déclarent que les facteurs énumérés dans l'article 5 de la Convention n'influenceront pas l'enquête ou les poursuites en rapport avec l'infraction de corruption d'un agent public étranger.

6. ARTICLE 6. PRESCRIPTION

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

Conformément à l'article 131 du *Code pénal*, la prescription applicable à une infraction dépend de ce qu'elle est « grave » ou « moins grave ». Les infractions passibles d'un emprisonnement maximum allant de plus de 5 ans à moins de 10 ans ont un délai de prescription de 10 ans. Toute « autre infraction grave » a un délai de prescription de 5 ans et « les infractions moins graves » ont un délai de prescription de 3 ans. L'article 33 du *Code pénal* dispose que les infractions sanctionnées par plus de 3 ans de prison sont des « infractions graves » et que les infractions sanctionnées par une amende de plus de deux mois sont « des infractions moins graves ».

²² Le tribunal compétent pour entendre les poursuites, qui est habituellement le tribunal de Comté.

D'après les autorités espagnoles, conformément à la formulation de l'article 131, lorsque l'infraction de corruption d'un agent public étranger est soumise à une sanction en vertu de l'article 419, le délai de prescription est de 10 ans, et quand la sanction est régie par l'article 420, le délai de prescription est de 5 ans. Le délai de prescription est de 3 ans quand la sanction a été ramenée de 1-4 ans à 1-2 ans en vertu de l'article 420, car l'agent public n'a pas mis l'acte à exécution, et lorsque, aux termes de l'article 421, seule une amende peut être appliquée.

Conformément à l'article 132.1 du *Code pénal*, le délai de prescription est calculé à compter de la date à laquelle l'infraction passible de sanctions a été commise. Dans le cas d'une infraction « continue », le délai est calculé à compter de la date à laquelle la dernière infraction a été commise, et dans le cas d'une infraction « permanente », le délai de prescription est calculé à compter de la date à laquelle l'activité illégale a cessé.

Conformément à l'article 132.2, le déroulement de la période de prescription s'interrompt lorsque des poursuites pénales²³ sont engagées, et la période recommence à courir quand les poursuites sont suspendues ou terminées sans condamnation.

Aucune disposition n'est prévue dans la législation espagnole en vue de suspendre l'écoulement du délai de prescription lorsque l'accusé ne se trouve pas en Espagne.

7. ARTICLE 7. BLANCHIMENT DE CAPITAUX

Aux termes de l'article 7 de la Convention, lorsqu'une Partie a fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment de capitaux, elle doit prendre les mêmes mesures en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où l'acte de corruption s'est produit.

7.1/7.2 Corruption d'un agent public national/étranger

L'article 301.1 du *Code pénal* établit l'infraction de blanchiment de capitaux selon les termes suivants :

Quiconque acquiert, convertit ou transmet des biens en sachant qu'ils sont issus d'une infraction grave, ou commet tout autre acte en vue de dissimuler ou de masquer leur origine illicite, ou d'aider la personne qui a participé à l'infraction ou aux infractions à échapper aux conséquences juridiques de ses actes sera passible d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 6 ans et d'une amende au moins égale à la valeur des biens et à concurrence du triple de cette valeur.

Les sanctions seront appliquées dans leur moitié supérieure si les biens proviennent d'infractions liées au trafic de drogues dangereuses, de stupéfiants ou de substances psychotropes, décrites dans les articles 368 à 372 de ce Code.

L'article 301.2 étend l'infraction de blanchiment de capitaux au fait de dissimuler ou masquer les véritables nature, origine, emplacement, appartenance, etc. des biens, sachant qu'il s'agit du produit d'une infraction grave.

L'article 301.3 limite la sanction à un emprisonnement de 6 mois à 2 ans et à une amende au moins égale à la valeur des biens et à concurrence du triple de cette valeur lorsque l'infraction est le résultat d'une négligence grave.

²³ Aux fins d'interrompre l'écoulement du délai de prescription, les « poursuites » comprendront tout acte conduisant à une procédure de mise en accusation tel que des actes de procédure effectués pour traiter le dossier.

L'article 301.4 précise qu'une infraction est commise indépendamment du fait que l'infraction principale a été entièrement ou partiellement commise à l'étranger. Lorsque l'infraction principale a lieu en totalité ou en partie à l'étranger, elle ne doit pas nécessairement avoir la qualification pénale en vertu de la législation du pays où elle a été commise pour que l'article 301 puisse s'appliquer.

Il n'est pas nécessaire d'obtenir une condamnation pour l'infraction principale pour que l'article 301 puisse s'appliquer. L'infraction de blanchiment de capitaux est constituée lorsqu'une des activités décrites dans l'article 301 est menée par une personne connaissant des origines illégales des biens. D'après la Cour suprême²⁴, cette condition sous-entend une certitude sur l'origine des biens, mais pas une connaissance détaillée de l'infraction principale. Des preuves circonstancielles montrant que la personne était informée de la situation sont suffisantes pour prouver l'infraction.²⁵

Les autorités espagnoles précisent que le terme « bien » porte sur le pot-de-vin de même que sur les produits de l'acte de corruption.

Les autorités espagnoles indiquent que les biens qui ont fait l'objet de l'infraction de blanchiment de capitaux doivent provenir d'une « infraction grave » au sens de la définition donnée dans l'article 13 du *Code pénal*. Aux termes de l'article 13, « les infractions graves » sont définies comme étant des « infractions sanctionnées par la loi par des sanctions graves ». Les autorités espagnoles expliquent que les « sanctions graves » sont celles qui requièrent une sanction maximale d'emprisonnement d'au moins 3 ans ou sont liées à une disqualification et une suspension en matière d'emploi pendant une période supérieure à 3 ans.

L'infraction de corruption, soit d'un agent public national, soit d'un agent public étranger, serait considérée comme une « infraction grave » aux fins de l'application de l'infraction de blanchiment de capitaux aux termes de l'article 301 dans les deux cas suivants :

1. Lorsqu'une infraction est commise aux termes de l'article 419 (autrement dit, lorsque le pot-de-vin a été offert, etc. afin que l'agent public commette un acte ou une omission qui constitue une infraction) ; ou
2. Lorsqu'une infraction est commise aux termes de l'article 420 (autrement dit, lorsque le pot-de-vin a été offert, etc. afin que l'agent public commette un acte injuste qui ne constitue pas une infraction) et que l'agent public commet l'acte en question.²⁶

Ni une infraction au sens de l'article 420 (autrement dit, lorsqu'un pot-de-vin a été offert, etc. afin que l'agent public commette un acte injuste et qu'il ne le commet pas), ni une infraction au sens de l'article 421 (autrement dit, lorsque le pot-de-vin est offert, etc. pour empêcher un agent de commettre un acte qu'il est tenu d'exécuter dans l'exercice de ses fonctions) ne constituent une infraction principale étant donné que ni l'une ni l'autre ne sont passible d'une peine d'emprisonnement d'un maximum d'au moins 3 ans.

²⁴ Arrêt de la Cour suprême du 24 décembre 1986.

²⁵ Arrêt de la Cour suprême du 12 février 1997.

²⁶ Voir plus haut à propos des sanctions relatives aux différentes infractions de corruption, les points 3.1/3.2 « Sanctions pénales pour la corruption d'agents publics nationaux ou étrangers ».

8. ARTICLE 8. NORMES COMPTABLES

L'article 8 de la Convention exige que dans le cadre de ses lois et règlements concernant la tenue de livres et états comptables, la publication d'informations sur les états financiers et les normes de comptabilité et de vérification des comptes, chaque Partie interdise l'établissement de comptes, de déclarations et d'états dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cet acte de corruption. La Convention exige en outre que chaque Partie prévoit des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de telles omissions ou falsifications.

8.1/8.2 Normes de comptabilité/Sociétés soumises à ces normes

Le *Code de commerce espagnol* établit, article 25.1, le principe général selon lequel « tous les entrepreneurs doivent tenir des comptes en bonne et due forme en rapport avec l'activité exercée de manière à permettre un contrôle chronologique de toutes les opérations correspondantes, et établir des bilans et dresser des inventaires régulièrement ». D'autres dispositions du *Code de commerce* et dans d'autres textes de loi portent sur les normes comptables concernant les « entrepreneurs », en particulier les suivantes :

1. L'entrepreneur ou une personne dûment autorisée doit tenir des livres de compte. (article 25.2 du *Code de commerce*)
2. Les entrées dans les livres de comptes doivent être justifiées et claires et suivre un ordre chronologique, etc. (article 29.1 du *Code de commerce*)
3. Les livres comptables et les documents y afférents doivent être conservés 6 ans. (article 30.1 du *Code de commerce*)
4. A la fin de l'exercice comptable, l'entrepreneur est tenu de fournir des états financiers, comprenant un bilan et un compte de résultats. L'ensemble de ces états constitue un document unique. (article 34. du *Code de commerce*)
5. Les comptes annuels doivent être présentés clairement et donner une représentation fidèle des éléments d'actif et de passif, de la situation financière et du résultat de l'activité commerciale. (article 34.2 du *Code de commerce*)
6. Conformément au Plan comptable général, adopté par *Le Décret royal 1643/90, du 20 décembre*, qui s'applique à toutes les sociétés indépendamment de leur statut juridique, les informations contenues dans les comptes annuels doivent être compréhensibles, fiables, cohérentes et susceptibles de faire l'objet d'une comparaison.
7. En cas de conflit entre les règlements applicables, le principe d'évaluation prudente primera, par conséquent les comptes annuels doivent refléter tout risque prévisible et toute perte éventuelle apparus durant l'exercice ou au cours d'un exercice antérieur, et établir une distinction entre les risques et les pertes réalisés ou réversibles et ceux qui sont potentiels ou irréversibles. (article 38.1.c du *Code de commerce*)

L'article 1 du *Code de commerce* dispose qu'aux fins de l'application du droit commercial, un « entrepreneur » est un individu qui détient une société ou une entité d'un groupe, pouvant être une société de capitaux, une société de personnes, une société en nom collectif ou en commandite, ou une société en nom collectif ou en commandite par actions. Les « sociétés de capitaux » comprennent les sociétés de Bourse et maisons de titres, les sociétés détenant des concessions autoroutières, les établissements bancaires, les sociétés de capital risque, les sociétés de crédit hypothécaire, les sociétés de développement industriel régional, les sociétés financières et sociétés de gestion de régimes de retraite.

Les autorités espagnoles signalent que les mêmes conditions sont requises en ce qui concerne les sociétés anonymes²⁷, les sociétés à responsabilité limitée²⁸, les coopératives²⁹ et les sociétés appartenant à leurs salariés³⁰ dans les textes législatifs relatifs à ces entités.

Une fois que les comptes annuels ont été approuvés, conformément à l'article 218 de la *Loi sur les sociétés*, les sociétés commerciales sont tenues de déposer leurs états financiers et les documents y afférents, y compris les rapports des commissaires aux comptes lorsque la société était tenue de faire procéder à une vérification, au Bureau du registre du commerce. Une fois que les comptes y ont été déposés, ils sont ouverts à la consultation du public.³¹

8.1.1/8.2.1 Normes de vérification des comptes/Sociétés soumises à ces normes

Les autorités espagnoles déclarent que certains types de sociétés sont tenus de se soumettre à une vérification des comptes, notamment les banques, les sociétés d'assurance, les établissements et sociétés de crédit, en raison de leur activité, de même conformément à l'article 203 de la *Loi sur les sociétés* que des sociétés qui ne peuvent présenter un bilan simplifié. Par ailleurs, conformément à l'article 40.1 du *Code de commerce*, un juge peut contraindre un entrepreneur à soumettre les comptes annuels devant faire l'objet d'une vérification s'il accepte une pétition émanant d'une personne ayant un intérêt légitime dans ces comptes.

La vérification doit être effectuée par une personne ayant le statut légal de commissaire aux comptes. Aux termes de l'article 1.2 de la *Loi sur la vérification des comptes*³² et de l'article 208 de la *Loi sur les sociétés*, une vérification consiste à contrôler et à rapporter si les comptes d'une société présentent, conformément aux normes comptables définies par le *Code de commerce* et d'autres textes de loi, une image fidèle des éléments d'actif et de passif, de la situation financières et des transactions, etc. de la société. Aux termes des mêmes textes³³, le rapport de vérification des comptes annuels doit porter mention d'éventuelles violations des normes comptables ou de tout autre fait représentant un risque pour la situation financière de l'entreprise. Les autorités espagnoles indiquent que le rapport de vérification des comptes annuels a le statut de « document de commerce ».

8.3 Sanctions

Sanctions pénales

Le *Code pénal* prévoit des infractions, notamment celles qui suivent, qui pourraient s'appliquer en relation avec les normes de comptabilité et de vérification des compte évoquées précédemment :

²⁷ Article 171, seq. du *Texte consolidé de la Loi sur les sociétés, adoptée par le Décret législatif royal 1564/1989 du 22 décembre.*

²⁸ Article 84 de la *Loi 2/95, du 23 mars.*

²⁹ Article 60, seq. de la *Loi 27/1999 du 16 juillet.*

³⁰ Première disposition définitive de la *Loi 4/1997, du 24 mars.*

³¹ En outre, les autorités espagnoles signalent que l'obligation de déposer les états financiers annuels est régie par l'article 365 seq. de la *Réglementation du registre du commerce, adoptée par le Décret royal 1784/1996 du 19 juillet* et la *Disposition supplémentaire quatre de La Loi du 15 janvier 1996 régissant le commerce de détail.*

³² 13 juin 1988

³³ Voir article 2 de la *Loi sur la vérification des comptes* et article 209 de la *Loi sur les sociétés.*

1. Conformément à l'article 290, un directeur d'une société qui a été immatriculée ou est en cours de formation commet une infraction s'il falsifie les comptes annuels ou tout autre document devant refléter la situation financière d'une entité en vue de porter un préjudice financier à l'entité, aux sociétaires ou à un tiers. La sanction est de 3 ans d'emprisonnement assortis d'une amende de 6 à 12 mois.³⁴ Lorsque l'infraction entraîne un préjudice financier, la sanction sera la plus lourde possible dans cette échelle des peines.
2. Conformément aux articles 392 et 395, la falsification d'un « document de commerce » constitue une infraction. Les sanctions pour ce type de falsification sont de 6 mois à 3 ans de prison assortis d'une amende de 6 à 12 mois conformément à l'article 392, et de 6 mois à 2 ans d'emprisonnement conformément à l'article 395.

Sanctions administratives

Les sanctions administratives qui pourraient s'appliquer en relation avec les normes de comptabilité et de vérification des comptes évoquées précédemment, sont entre autres les suivantes :

1. Conformément à l'article 221 de la *Loi sur les sociétés*, une société qui ne se conforme pas à l'obligation de déposer ses comptes annuels auprès du Registre du commerce peut être sanctionnée par « l'exclusion du Registre » de la société et une amende pouvant atteindre 500 millions de pesetas par année de retard. « L'exclusion du Registre » d'une société signifie qu'aucun document ne peut être inscrit au Registre du commerce tant que la société ne s'est pas conformée aux conditions requises, à l'exception de certains documents, notamment ceux concernant le changement ou la démission de directeurs. Sans accès au Registre, une société ne peut exercer les activités de l'entreprise. L'impact de cette mesure est temporaire, étant donné que la société a de nouveau accès au Registre dès qu'elle a remédié au problème.
2. Conformément à l'article 17.1.2 de la *Loi sur la vérification des comptes, du 12 juin 1988*, un commissaire aux comptes qui prépare un rapport non conforme aux informations qu'il a obtenues ou dont le non-respect des normes de vérification des comptes pourrait causer un préjudice à des tiers ou à la société faisant l'objet de la vérification, peut être radié du Registre officiel des commissaires aux comptes.

9. ARTICLE 9. ENTRAIDE JUDICIAIRE

L'article 9.1 de la Convention impose que chaque Partie accorde, autant que possible, « une entraide judiciaire prompte et efficace » aux fins des enquêtes et des procédures pénales ainsi qu'aux fins des procédures non pénales engagées contre une personne morale qui relèvent de la Convention.

Outre les exigences de l'article 9.1 de la Convention, il existe deux autres conditions à respecter en matière pénale. Aux termes de l'article 9.2, qui subordonne l'entraide judiciaire à une double incrimination, celle-ci est réputée exister si l'infraction pour laquelle l'entraide est demandée relève de la Convention. Par ailleurs, conformément à l'article 9.3, une Partie ne pourra refuser d'accorder l'entraide judiciaire en invoquant le secret bancaire.

³⁴ Voir note 17 sur le calcul des amendes en termes de mois.

9.1 Lois, traités et accords permettant l'entraide judiciaire

9.1.1 Questions pénales

Les autorités espagnoles déclarent que l'Espagne peut accorder l'entraide judiciaire pour l'infraction de corruption d'un agent public étranger conformément à un accord multilatéral³⁵ comme les *Accords de Schengen*, ou à un accord bilatéral³⁶ comme dans le cadre de la *Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, ou au principe de réciprocité³⁷ quand il n'existe aucun accord multilatéral ou bilatéral entre l'Espagne et le pays requérant.

Les conditions qui doivent habituellement être remplies en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral pour que l'Espagne puisse fournir l'entraide judiciaire sont les suivantes : l'infraction visée ne doit pas être une infraction politique ; l'octroi de l'entraide judiciaire ne doit pas menacer la souveraineté, la sécurité ou l'ordre public en Espagne et la demande ne doit pas entraîner la persécution de la personne concernée au motif de sa race, sa religion, sa nationalité, son origine ethnique, ses opinions politiques ou son sexe.

Lorsque qu'aucun traité bilatéral ou multilatéral ne s'applique et que le principe de réciprocité est adopté, conformément à l'article 278 de la *Loi institutionnelle sur la compétence judiciaire*, l'entraide judiciaire ne sera refusée que lorsque, par exemple, l'affaire en question relève de la compétence exclusive de l'Espagne ou si l'objet de la requête est de toute évidence contraire à l'ordre public en Espagne. Conformément à l'article 278.2 de la Loi, c'est aux pouvoirs publics, par le biais du ministère de la Justice, qu'il incombe de déterminer si la réciprocité a été établie entre l'Espagne et le pays requérant.³⁸

Les autorités espagnoles indiquent qu'en l'absence d'accord multilatéral ou bilatéral, ou du principe de réciprocité, l'Espagne considérerait la Convention comme une base juridique suffisante pour accorder l'entraide judiciaire.

L'Espagne peut accorder l'entraide judiciaire sous toutes ses formes, sous réserve qu'elle ne soit pas incompatible avec la législation et la jurisprudence espagnoles. Par conséquent, les mesures d'entraide disponibles comprennent la remise de déclaration ou de témoignages, de documents et d'extraits de casier judiciaire, la notification de documents, la localisation et l'identification de personnes, le transfèrement de détenus, l'exécution d'ordonnance de mise sous séquestre et de saisie et le gel d'avoirs bancaires.

9.1.2 Questions non pénales

Les autorités espagnoles affirment que l'Espagne peut accorder l'entraide judiciaire aux Parties qui en font la demande dans le cadre de poursuites non pénales engagées contre une personne morale.

³⁵ L'Espagne est partie à des conventions multilatérales d'entraide judiciaire en matière pénale avec les pays suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Danemark, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Turquie.

³⁶ L'Espagne a conclu des accords bilatéraux pour l'octroi d'une entraide judiciaire en matière pénale avec les pays suivants : Argentine, Australie, Canada, Chili, Etats-Unis et Mexique.

³⁷ L'Espagne applique le principe de réciprocité avec les pays suivants : Brésil, Corée, Japon et Nouvelle Zélande.

³⁸ Conformément à l'article 276 de la *Loi institutionnelle sur la compétence judiciaire*, les demandes d'entraide judiciaire seront transmises par le Premier président de la Cour suprême, la Haute Cour ou l'Audiencia (subdivision de la Haute Cour) au ministère de la Justice.

9.2 Double incrimination

Les autorités espagnoles déclarent que l'entraide judiciaire n'est généralement pas subordonnée à la double incrimination. Cependant, dans certains cas, la double incrimination est expressément requise dans un accord sur l'entraide judiciaire en matière pénale. A titre d'exemple, l'article 5 de la *Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale* exige une double incrimination en ce qui concerne les « commissions rogatoires aux fins de perquisition ou de saisie ». (Voir point 3.3 « Sanctions et Entraide judiciaire. ») L'Espagne signale que l'accord d'entraide judiciaire conclu avec les Etats-Unis prévoit également cette condition.

Les autorités espagnoles signalent que toute condition de double incrimination présente dans un accord multilatéral ou bilatéral ou un accord de réciprocité est réputée exister si l'infraction pour laquelle l'entraide a été demandée relève de la Convention.

9.3 Secret bancaire

L'article 7.4 de la *Loi constitutionnelle 1/82*, du 5 mai, établit le droit d'un individu au respect de sa vie privée et dispose que la divulgation de renseignements personnels obtenus dans le cadre de l'exercice d'une activité professionnelle ou officielle est une ingérence illégale. Ce droit au respect de la vie privée constitue la base du principe du secret bancaire, mais il ne s'agit pas d'un droit absolu, étant donné que l'article 8.1 de la *Loi constitutionnelle* autorise l'existence de lois remettant en cause le droit au respect de la vie privée lorsqu'une telle ingérence est dans l'intérêt public. A titre d'exemple, le secret bancaire est levé lorsque des informations financières sont requises par les autorités judiciaires dans le cadre de poursuites civiles, pénales ou de poursuites administratives litigieuses. Le système financier est également tenu, conformément à la *Loi 19/93 sur les mesures de prévention du blanchiment de capitaux* et les Règlements d'application, de coopérer avec le SEPBLAC³⁹ (le Département exécutif de la Commission de prévention du blanchiment de capitaux et des infractions monétaires) en fournissant des renseignements sur les transactions suspectes ou inhabituelles.

10. ARTICLE 10. EXTRADITION

10.1 Extradition relative à l'infraction de corruption d'un agent public étranger

Aux termes de l'article 10.1 de la Convention, les Parties doivent faire en sorte que la corruption d'un agent public étranger constitue une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu de leur droit et des conventions d'extradition existant entre elles.

Les autorités espagnoles déclarent que l'extradition peut être accordée conformément aux conventions d'extradition multilatérales⁴⁰ et bilatérales⁴¹, ou au principe de réciprocité⁴² en l'absence de conventions multilatérales ou bilatérales entre l'Espagne et le pays requérant. L'Espagne signale que dans les cas où la *Convention européenne d'extradition* et « presque toutes les conventions d'extradition multilatérales et

³⁹ Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

⁴⁰ L'Espagne est partie à des conventions multilatérales d'extradition avec les pays suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Danemark, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, République slovaque, République tchèque, Suède, Suisse et Turquie.

⁴¹ L'Espagne a conclu des accords d'extradition bilatéraux avec les pays suivants : Argentine, Australie, Brésil, Canada, Chili, Corée, Etats-Unis et Mexique.

⁴² L'Espagne applique le principe de réciprocité avec les pays suivants : Japon et Nouvelle Zélande. C'est aux Gouvernements qu'il incombe de déterminer si la réciprocité a été établie entre l'Espagne et l'Etat requérant.

bilatérales dont l'Espagne est partie » s'appliquent, l'infraction en question doit être passible d'une peine privative de liberté pour une durée maximum d'au moins 1 an, conformément aux législations de la Partie requérante et de l'Espagne. La *Loi d'extradition passive* prévoit le même seuil. L'Espagne indique en outre que, compte tenu de la sévérité des sanctions établies dans la législation d'application, le seuil de 1 an ne devrait pas être difficile à respecter. Cependant, l'Espagne confirme que le seuil de 1 an ne serait pas respecté pour toutes les catégories de corruption d'un agent public étranger couvertes par la Convention étant donné qu'aux termes de l'article 421, aucune sanction d'emprisonnement ne s'applique lorsque le pot-de-vin est offert, etc. pour empêcher un agent public d'exécuter un acte qu'il est tenu d'effectuer dans l'exercice de sa charge. L'Espagne souligne que l'article 2.2 de la *Loi d'extradition passive* autorise l'extradition dans le cas de l'application d'une sanction moins sévère lorsque la demande porte sur plusieurs actes dont seulement certains répondent à la condition du seuil de 1 an.

Outre la condition de double incrimination, l'Espagne ne peut accorder l'extradition dans les cas spécifiés dans les articles 3, 4 et 5 de la *Loi d'extradition passive*. Par exemple, aux termes de l'article 3, lorsque l'infraction a été commise en dehors du territoire de l'Etat requérant l'extradition, la demande peut être refusée si la législation espagnole n'autorise pas l'extradition pour une infraction de la même catégorie commise ailleurs qu'en Espagne. De plus, en vertu de l'article 4, l'extradition ne sera pas accordée lorsque, par exemple, l'infraction est de nature politique (à moins, par exemple, qu'il s'agisse d'un acte de terrorisme ou d'un crime contre l'humanité conformément à la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies). Aux termes de l'article 5, l'extradition peut être refusée lorsque, par exemple, la demande a été déposée aux fins de persécuter une personne au motif de sa race, sa religion, sa nationalité ou ses opinions politiques.

D'après l'article 6 de la *Loi d'extradition passive*, une « décision ferme et définitive du tribunal » qui refuse l'extradition sera définitive. Lorsque le tribunal autorise l'extradition, le Gouvernement ne sera pas lié par l'arrêt du tribunal et peut refuser d'accorder l'extradition en l'absence de réciprocité ou pour des raisons liées à la souveraineté nationale, la sécurité, l'ordre public « ou tout autre raison en vue de protéger les intérêts fondamentaux de l'Espagne ». La décision du Gouvernement à cet égard sera sans appel.

10.2 Base juridique pour l'extradition

L'article 10.2 prévoit que « lorsqu'une Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'une convention d'extradition reçoit une demande d'extradition de la part d'une autre Partie avec laquelle elle n'a pas de convention d'extradition, elle peut considérer la présente Convention comme une base juridique pour l'extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger ».

L'Espagne précise qu'en l'absence de convention d'extradition, la Convention de l'OCDE serait considérée comme une base juridique pour l'extradition.

10.3/10.4 Extradition de ressortissants

L'article 10.3 de la Convention exige que les Parties prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte, soit de pouvoir extraditer leurs ressortissants, soit de pouvoir les poursuivre à raison de l'infraction de corruption d'un agent public étranger. En outre, lorsqu'une Partie refuse une demande d'extradition au seul motif que la personne est son ressortissant, elle doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

Les autorités espagnoles expliquent que l'Espagne peut extraditer ses ressortissants conformément aux accords d'extradition multilatéraux et bilatéraux qu'elle a conclus. Elles ajoutent que, conformément au

Commentaire 33 de la Convention, l'Espagne peut considérer la Convention comme une base juridique aux fins de l'extradition de ses ressortissants lorsque aucune convention ne s'applique.

Aux termes de l'article 3.3 de la *Loi d'extradition passive*, lorsque l'extradition est refusée au motif de la nationalité, « le Gouvernement espagnol, sur requête de l'État dans lequel les actes ont eu lieu, devra rapporter les faits qui ont suscité l'accusation au Procureur d'État afin que des mesures juridiques soient prises, si elles s'avèrent justifiées, contre la personne incriminée ».

10.5 Double incrimination

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

Les autorités espagnoles confirment que lorsque la condition de double incrimination s'applique (la question est évoquée plus en détail au point 10.1), elle est interprétée dans son sens large. Par conséquent, l'infraction ne doit pas nécessairement être décrite exactement dans les mêmes termes dans la législation du pays requérant, du moment que l'activité en question est passible de sanctions.

11. ARTICLE 11. AUTORITES RESPONSABLES

L'article 11 de la Convention requiert que les Parties notifient au Secrétaire général de l'OCDE l'autorité ou les autorités chargées de l'envoi et de la réception des demandes de consultation, d'entraide judiciaire et d'extradition.

Lors de la ratification, l'Espagne a notifié au Secrétaire général de l'OCDE que le ministère de la Justice était chargé des questions énumérées dans l'article 11.

B. MISE EN ŒUVRE DE LA RECOMMANDATION

3. DEDUCTIBILITE FISCALE

La Loi relative à l'impôt sur les sociétés n'interdit pas expressément la déductibilité fiscale des pots-de-vin octroyés aux agents publics étrangers. L'article 14 de cette Loi énumère les frais non autorisés, qui comprennent aux termes du paragraphe 1.e les « dons et faveurs ». Il existe des exceptions à la non déductibilité des dons, notamment les suivantes :

- « les frais occasionnés pour promouvoir les relations publiques avec les clients et les fournisseurs » ; et
- les frais « liés à la promotion directe ou indirecte de la société, à la vente de marchandises ou à l'offre de services ».

En outre, le paragraphe 2 de l'article 14 autorise la déductibilité des frais en relation avec les « paiements effectués et la valeur comptable de marchandises offertes » lorsqu'ils sont liés à la réalisation des objectifs des sociétés réceptrices suivantes :

- a. Les sociétés qui participent au développement industriel régional.
- b. Les fédérations sportives espagnoles, les fédérations locales et les clubs de sport lorsque le montant provient de sociétés sportives d'intérêt public pour la promotion et le développement

d'activités sportives non professionnelles. Pour que cette catégorie soit en mesure d'en faire la demande, un contrat doit être établi entre le donateur et le bénéficiaire moyennant une contrepartie importante « indispensable pour permettre à ces fédérations et ces clubs sportifs d'atteindre leurs objectifs et leurs ambitions ».

Bien qu'il semble que certains pots-de-vin octroyés à des agents publics étrangers puissent appartenir à ces catégories d'exceptions vis-à-vis des frais non autorisés, les autorités espagnoles affirment qu'il est impossible d'autoriser la déductibilité fiscale de frais occasionnés dans le cadre d'une infraction. Pour appuyer leurs propos, elles évoquent une décision de la Cour suprême d'Espagne⁴³ dans laquelle l'Etat se pourvoit en appel de la décision de la Cour supérieure de justice de la Région de Valence qui avait autorisé la déductibilité fiscale de frais alors que celle-ci avait été rejetée par les services de contrôle fiscal. Les frais correspondaient à des dépenses occasionnées par une société à des fins de publicité et de promotion en rapport avec des activités de jeu, pour lesquelles toute publicité est interdite aux termes de l'article 39 de la *Réglementation sur le jeu*. Conformément à l'article 39.2 de la *Réglementation*, toute publicité interdite pour ce type d'activités constitue « une faute grave ». Dans son arrêt, la Cour suprême d'Espagne renverse la décision du tribunal inférieur et maintient la décision des autorités chargées d'enquêter sur les affaires fiscales, selon laquelle le fait d'autoriser la déductibilité de ces dépenses « reviendrait à reconnaître comme légal sur le plan de la fiscalité un comportement expressément interdit » par la loi.

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

⁴³ Décision de la Cour suprême, Troisième Chambre, Deuxième Section, qui examine le Recours en appel 3065/1992, présenté par l'Etat contre le jugement rendu le 31 décembre 1991 par le Tribunal administratif des contentieux de la Cour supérieure de justice de la Région de Valence, en Appel 1734/1990, concernant « Begomatosa, SA », en rapport avec l'impôt sur les sociétés, pour un montant de 1.515.785 pesetas.

EVALUATION DE L'ESPAGNE

Remarques générales

Le Groupe de travail félicite les autorités espagnoles pour leur coopération et leur ouverture au cours du processus d'évaluation et reconnaît les efforts consentis pour permettre une bonne compréhension de la législation du pays.

Le Groupe de travail a estimé que la législation d'application espagnole, à l'exception des lacunes précisées ci-après, était en conformité avec la Convention. L'Espagne a mis en œuvre la Convention par le biais d'un amendement au Code pénal espagnol en ajoutant l'article 445 bis, qui établit l'infraction de corruption d'un agent public étranger, mais la relie aux infractions de corruption d'agents publics nationaux, notamment à la corruption passive. Le Groupe de travail craint que ce lien complique la législation et rende difficile son application dans certains cas de corruption relatifs à des transactions commerciales.

Le Groupe de travail craint également que les sanctions ne soient pas toujours efficaces, proportionnées et dissuasives.

Questions spécifiques

1. Définition de l'infraction

1.1. Actes ou omissions de l'agent public étranger

L'article 445 bis stipule que les sanctions relatives à l'infraction sont précisées dans l'article 423, qui porte sur l'infraction de corruption active d'un agent public national. L'article 423, quant à lui, stipule qu'une personne à l'origine d'un acte ou d'une tentative de corruption d'un agent public sera passible « des mêmes peines d'emprisonnement et amendes » que l'agent public en question. Les sanctions relatives à la corruption passive d'un agent public national, qui sont énumérées dans les articles 419, 420, 421, 425.1 et 426, se divisent en 5 catégories, la sévérité de la sanction dépendant de l'acte ou de l'omission dont s'est rendu coupable l'agent public en réaction au pot-de-vin. L'Espagne déclare que seules les sanctions prévues dans les articles 419, 420 et 421 s'appliquent à une infraction aux termes de l'article 445 bis, autrement dit des sanctions peuvent s'appliquer pour des pots-de-vin offerts, etc. dans le but qu'un agent public étranger : 1. soit à l'origine, dans l'exercice de ses fonctions, d'un acte ou d'une omission constituant un délit dans le pays de l'agent public étranger (art. 419) ; 2. commette un « acte injuste » ne constituant pas un délit, qui correspond à un acte injuste aux termes de la législation du pays de l'agent public étranger (art. 420) ; ou 3. empêche de mener à bien un acte qu'il est tenu d'effectuer dans l'exercice de sa charge (art. 421). Compte tenu de l'interprétation que les autorités espagnoles ont donnée du terme « acte injuste » (autrement dit, une violation du droit civil ou administratif, une violation des normes d'éthique ou un manquement aux fonctions, conformément à la législation du pays de l'agent public étranger), le Groupe de travail se demande si l'Espagne est en mesure de couvrir tous les actes et toutes les omissions qui relèvent de la Convention. Plus particulièrement, le Groupe de travail craint que la législation espagnole ne couvre pas l'exercice d'une faculté d'appréciation qui ne constitue ni un délit ni un acte injuste au regard de la législation du pays de l'agent public étranger, mais relève néanmoins de la Convention.

Pour conclure, le Groupe de travail recommande que l'application des différentes catégories de sanctions fasse l'objet d'un suivi durant la phase 2 pour vérifier si l'Espagne est en mesure de sanctionner les personnes pour tous les actes et toutes les omissions d'un agent public étranger couverts par la Convention,

même si l'infraction de corruption d'un agent public étranger définie dans l'article 445 bis du Code pénal reflète largement les termes de la Convention.

1.2 Définition d'un agent public étranger

L'article 445 bis ne donne pas une définition d'« agent public étranger » et ne se réfère pas expressément à une définition dans d'autres textes de loi. Cependant, les autorités espagnoles déclarent qu'il sera demandé aux tribunaux d'appliquer la définition de la Convention. Elles affirment que la Constitution espagnole reconnaît la primauté des traités et conventions ratifiés par l'Espagne sur la législation nationale et qu'il n'y a, par conséquent, besoin d'aucune référence juridique pour assurer l'application à la législation nationale des définitions contenues dans les traités et les conventions. De plus, d'après l'Espagne, des précédents existent concernant l'application directe de définitions contenues dans des conventions internationales.

Le Groupe de travail craint qu'un conflit puisse survenir à l'avenir entre la définition de la Convention de l'OCDE et la définition d'une autre convention qui s'appliquerait à la corruption d'un agent public étranger et que le tribunal risque, par conséquent, de choisir d'appliquer la définition aux critères les moins rigoureux. Le Groupe de travail estime qu'il s'agit là d'un problème général qui devrait faire l'objet d'un suivi sur un plan horizontal durant la phase 2.

2. Responsabilité des personnes morales

Le système juridique espagnole n'établit pas la responsabilité pénale des personnes morales. Les autorités espagnoles indiquent que leur système prévoit, en revanche, la responsabilité administrative d'une personne morale lorsqu'un administrateur ou un représentant a été reconnu coupable de la perpétration d'une infraction pénale en son nom. Conformément à l'article 20.a de la Loi relative aux contrats avec les administrations publiques, en pareil cas, il est interdit à une personne morale de passer un contrat avec les autorités publiques espagnoles pendant une période pouvant aller jusqu'à 8 ans. En outre, aux termes des articles 116 et 120 du *Code pénal*, les personnes morales sont soumises à une responsabilité civile secondaire pour les préjudices liés à des infractions commises en leur nom.

Le Groupe de travail pense qu'une telle approche ne résout pas la question de la responsabilité comme le préconise la Convention et estime par conséquent que l'Espagne n'est pas en conformité avec les dispositions de l'article 2 de la Convention. Le Groupe de travail recommande donc que l'Espagne prenne dans les meilleurs délais les mesures nécessaires pour mettre en place les dispositions et les sanctions adéquates à l'encontre des personnes morales.

3. Sanctions

3.1 Niveau des sanctions

Lorsque, conformément à l'article 421, le pot-de-vin est offert, etc. dans le but d'empêcher un agent public de commettre un acte qu'il est tenu d'effectuer dans l'exercice de sa charge, aucune période d'emprisonnement n'est prévue. En outre, le Code pénal prévoit des réductions de sanction dans 2 cas. Conformément à l'article 423.2, la sanction sera réduite lorsqu'une personne accepte de répondre à la demande exprimée par un agent public, etc. La réduction dans ce cas correspond à la moitié du seuil prévu pour la sanction. Conformément à l'article 420, lorsqu'un pot-de-vin est offert, etc. afin qu'un agent public commette un acte injuste ne constituant pas une infraction, en rapport avec l'exercice de ses fonctions, la période d'emprisonnement est ramenée de 1-4 ans à 1-2 ans lorsque l'agent n'exécute pas l'acte.

3.2 Questions secondaires

En raison du niveau des sanctions, l'Espagne ne sera pas en mesure d'accorder, en vertu de l'article 421, l'extradition concernant cette infraction pour laquelle aucune période d'emprisonnement n'est prévue. Des problèmes du même ordre se poseront pour l'entraide judiciaire lorsque des « commissions rogatoires » liées à la confiscation sont requises. L'entraide judiciaire (dans le cas particulier évoqué) et l'extradition ne peuvent avoir lieu que pour les infractions passibles d'une sanction d'au moins 1 an d'emprisonnement. En outre, ni l'infraction aux termes de l'article 420, lorsque l'agent public ne commet pas l'acte, ni l'infraction aux termes de l'article 421, ne constitue une infraction principale aux fins de l'infraction de blanchiment de capitaux en vertu de l'article 301 du Code pénal. Seules les infractions passibles d'une sanction allant au-delà de 3 ans de prison constituent des infractions principales. En outre, le délai de prescription pour une infraction aux termes de l'article 420 est ramené de 5 à 3 ans lorsque l'agent public ne commet pas l'acte. Le délai de prescription pour l'infraction aux termes de l'article 421 est également de 3 ans.

Le Groupe de travail considère que le niveau des sanctions applicables à l'infraction de corruption d'un agent public étranger est faible par rapport aux autres Parties, ce qui s'explique partiellement par l'impossibilité d'appliquer la confiscation aux termes de l'article 127 du *Code pénal* lorsque les actifs générés par l'infraction de corruption d'un agent public étranger ne sont plus disponibles. Il s'inquiète également des répercussions éventuelles de cette impossibilité sur la capacité de l'Espagne à mettre en œuvre certaines de ses obligations conformément à la Convention, l'extradition et certains cas d'entraide judiciaire. Le Groupe de travail recommande par conséquent que l'Espagne réexamine les niveaux de sanctions lorsque l'emprisonnement n'est pas prévu et que l'entraide judiciaire et l'extradition ne peuvent s'appliquer.