

## PAYS BAS

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

#### A. L'APPLICATION DE LA CONVENTION

##### Questions formelles

Les Pays-Bas ont signé la Convention le 17 décembre 1997 et déposé l'instrument de ratification le 12 janvier 2001. Le projet de loi de ratification et le projet de loi d'application ont été déposés le 13 décembre 2000. La loi de transposition est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2001. Ces projets de loi ont été votés par le Parlement conformément aux obligations contractées dans le cadre de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de trois autres traités concernant le contrôle de la fraude et de la corruption<sup>1</sup>.

Les autorités néerlandaises précisent que la totalité du Royaume des Pays-Bas, qui comprend Aruba et les Antilles néerlandaises,<sup>2</sup> est signataire de la Convention. Toutefois, la Convention est ratifiée pour le territoire du Royaume des Pays-Bas en Europe. Dans les notes concernant le projet de loi de ratification (exposées plus en détails ci-dessous), il est prévu que « les gouvernements des Antilles néerlandaises et d'Aruba jugeront du bien-fondé de l'application de la Convention sur leurs territoires », et que la ratification a été élargie à ces derniers afin de rendre « cette application conjointe possible en temps utile ». Les autorités néerlandaises confirment qu'Aruba et les Antilles néerlandaises ont l'intention d'appliquer la Convention en temps utile.

##### La Convention dans son ensemble

###### *(i) Obligations de la Convention*

Le projet de loi d'application prévoit plusieurs amendements à la loi néerlandaise visant à remplir les obligations de la Convention et d'autres instruments internationaux<sup>3</sup>. Les amendements relatifs aux obligations de la Convention figurent à l'article I et à l'article II projet de loi d'application et peuvent être résumés comme suit :

---

1 Les trois traités s'ajoutant à la Convention sont les suivants : 1. La Convention établie sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (Recueil des Traités 1995, 289); 2. Le Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (Recueil des Traités 1996, 330) ; et 3. Le Protocole établi sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de Justice des Communautés européennes de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes (Recueil des Traités 1997, 40).

2 Les Antilles néerlandaises comprennent deux groupes d'îles : Curaçao et Bonaire, situés au large des côtes des côtes vénézuéliennes ; Saba, Saint-Eustache et Sint Maarten (les deux-cinquièmes de Saint-Martin appartenant aux Pays-Bas), à 800 km au nord.

3 Les amendements relatifs aux autres obligations internationales incluent les amendements correspondants concernant les infractions de corruption passive (cf. articles 362, 363 et 364 du Code pénal) aux fins d'application du Protocole sur la corruption.

- Un nouvel article (article 178a) a été ajouté au Code pénal afin d'élargir l'application des infractions de corruption active, réservée jusque-là aux seuls agents de la fonction publique nationale, aux « personnels du service public d'un Etat étranger ou d'une instance judiciaire internationale », aux « anciens agents du service public » et aux juges « d'un Etat étranger ou d'une instance judiciaire internationale ».
- Un nouvel article (article 177a) a été ajouté au Code pénal afin de caractériser l'infraction de corruption d'un agent du service public visant à obtenir de sa part un acte ou une omission qui ne constitue pas une violation de ses obligations officielles. L'article 177, relatif à la corruption d'un agent public, s'applique uniquement lorsque l'objectif du pot-de-vin était d'obtenir un acte ou une omission en violation d'obligations officielles.
- La peine d'emprisonnement et l'amende applicables aux termes de l'article 177 du Code pénal (c'est-à-dire lorsque le pot-de-vin vise à obtenir un acte ou une omission en violation d'obligations officielles) ont été modifiées pour passer de 2 à 4 ans pour la peine d'emprisonnement et de la catégorie 4 à la catégorie 5 pour l'amende.
- Les infractions ont été étendues pour couvrir le cas où une personne rend ou propose à un agent de la fonction publique un « service » (articles 177, 177a et 178 du Code pénal).
- L'article 51a de la Loi sur l'extradition a été modifié pour que les infractions aux termes des articles 177 et 177a du Code pénal soient considérées comme passibles d'extradition.

Les dispositions prévues dans d'autres parties du Code pénal concernent d'autres obligations aux termes de la Convention comme la complicité et la prescription. En outre, la législation, y compris le Code de procédure pénale, la Loi sur les services financiers et la Loi sur l'extradition, comporte d'autres dispositions concernant l'application de la Convention.

### *(ii) Questions connexes*

Les pouvoirs publics néerlandais indiquent que certaines dispositions dans la Constitution néerlandaise régissent les rapports entre la législation nationale et un traité. Toutefois, ces articles (article 93 et 94) concernent l'application immédiate des dispositions d'un traité qui sont directement contraignantes pour toute personne en vertu de leur contenu, comme la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme. La Convention impartit des obligations aux Parties contractantes, mais la Constitution ne confère pourtant pas à celle-ci un effet immédiat. C'est pour cette raison que les Pays-Bas ont transposé les dispositions de la Convention dans leur législation lorsque cela s'avérait nécessaire. Les pouvoirs publics néerlandais expliquent que les tribunaux néerlandais se réfèreraient aux dispositions de la Convention dans leurs décisions au cas, par exemple, où la notion d'« agent public étranger » est utilisée. Toutefois, aux termes de l'article 15(1) de la Constitution, « en dehors des cas stipulés par ou en rapport avec un acte parlementaire, nul ne peut être privé de sa liberté ». Reste par conséquent la question de savoir si les tribunaux interprètent cette disposition de manière restrictive étant donné qu'elle semble exiger que tous les éléments d'une infraction passibles d'emprisonnement doivent être stipulés dans la législation.

Les pouvoirs publics néerlandais ont fourni deux ensembles de notes explicatives sur les diverses modifications de la législation néerlandaise ; l'un d'eux est joint à un exemplaire du Projet de loi de ratification (notes sur le Projet de loi de ratification), et l'autre à l'exemplaire du Projet de loi d'application (notes sur le Projet de loi d'application).<sup>4</sup> Ces documents ont été rédigés aux fins de la lecture parlementaire des projets de loi et ils sont appliqués par le pouvoir judiciaire comme l'une des principales sources d'interprétation de l'objectif et du champ d'application de la loi.

---

4 Ces notes ont été, semble-t-il, préparées par le ministre de la Justice, dans le cas du Projet de loi d'application, et par le ministre de la Justice, le ministre des Affaires étrangères et le ministre de l'Economie, dans le cas du Projet de loi de ratification.

Les autorités néerlandaises ont en outre fourni des références à la jurisprudence de la Cour suprême à propos de diverses questions liées à la mise en oeuvre de la Convention, en expliquant que, selon la tradition juridique néerlandaise, les arrêts de la Cour suprême s'imposent aux juridictions de degrés inférieurs.

## **1.1 Description générale de l'infraction**

### ***(i) Les infractions***

Les infractions visées par les prescriptions de l'article 1 de la Convention figurent ci-après. Les amendements relatifs au projet de loi d'application apparaissent en caractères gras.

#### **Article 177 (Corruption d'un agent de la fonction publique assortie d'une violation des obligations)**

***1. Est passible d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de quatre ans ou d'une amende de cinquième catégorie :***

- 1. une personne qui fait un don ou une promesse à un agent de la fonction publique ou lui rend ou lui offre un service dans l'intention de l'inciter à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte en contravention avec l'exercice de ses fonctions.***
  - 2. une personne qui fait un don ou une promesse à un agent de la fonction publique ou lui rend ou lui offre un service en conséquence de ou en réponse à un acte qu'il a accompli ou non en contravention avec l'exercice de ses fonctions.***
- 2. La personne ayant commis l'infraction peut se voir privée des droits mentionnés dans l'article 128, premier paragraphe, alinéas 1, 2 et 4.***

#### **Article 177a (Corruption d'un agent de la fonction publique sans violation de ses obligations)**

***1. Est passible d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de deux ans ou d'une amende de quatrième catégorie toute personne qui :***

- 1. une personne qui fait un don ou une promesse à un agent de la fonction publique ou lui rend ou lui offre un service dans l'intention de l'inciter à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions sans violation de ces obligations .***
  - 2. une personne qui fait un don ou une promesse à un agent de la fonction publique ou lui rend ou lui offre un service en conséquence de ou en réponse à un acte qu'il a accompli ou non dans l'exercice de ses fonctions actuelles ou antérieures sans violation de ces obligations.***
- 2. La personne ayant commis l'infraction peut se voir privée des droits mentionnés dans l'article 128, premier paragraphe, alinéa 1, 2 et 4.***

#### **Article 178 (corruption d'un juge)**

- 1. une personne qui fait un don ou une promesse à un juge ou lui rend ou lui offre un service en vue d'influencer la décision qu'il doit rendre dans une affaire qui lui est soumise est passible d'une peine d'emprisonnement de six ans maximum ou d'une amende de quatrième catégorie.***

2. *Lorsque le don ou la promesse est octroyé en vue d'obtenir une condamnation dans une affaire pénale, l'auteur est passible d'une peine de prison de neuf ans maximum ou d'une amende de cinquième catégorie.*
3. *La personne ayant commis l'infraction peut se voir privée des droits mentionnés dans l'article 128, premier paragraphe, alinéas 28, 1, 2 et 4.*

#### **Article 178a (Application des articles 177, 177a et 178.)**

1. *Les personnels du service public d'un Etat étranger ou d'une institution internationale sont considérés comme les agents de la fonction publique mentionnés aux articles 177 et 177a.*
2. *Les anciens agents de la fonction publique sont considérés comme les agents de la fonction publique mentionnés aux articles 177, premier paragraphe, alinéa 2, et 177a, premier paragraphe, alinéa 2.*
3. *Un juge d'un Etat étranger ou d'une institution internationale est considéré comme le juge mentionné à l'article 178.*

#### **(ii) Exceptions et moyens généraux de défense**

##### ***Exonération de la responsabilité pénale aux termes du Code pénal***

Le Code pénal prévoit plusieurs exceptions d'irresponsabilité, dont celle de la non imputabilité « à une personne souffrant de déficience mentale ou d'une maladie mentale » d'actes pourtant répréhensibles pénalement (article 39). Les moyens de défense qui correspondent plus particulièrement aux infractions aux termes des articles 177, 177a et 178 sont traités ci-après.

Conformément à l'article 40, la responsabilité pénale d'une personne n'est pas recherchée lorsque l'infraction commise est le « résultat d'un événement réputé irrésistible (*overmacht*) ». Les pouvoirs publics néerlandais précisent que ce moyen de défense aborde le concept de *force majeure* (« cataclysme »), qui se divise en deux catégories : physique et psychologique. Les pouvoirs publics néerlandais ne pensent pas que ces exceptions puissent être appliquées dans la pratique à l'infraction de corruption d'un agent public étranger.

L'article 43.1 du Code pénal prévoit une exception d'irresponsabilité pour une infraction commise suite à un « ordre officiel émanant d'une autorité compétente ». Conformément à l'article 43.2, lorsque l'ordre officiel est donné sans y être habilité, il ne peut y avoir exonération de la responsabilité pénale, sauf si « le subordonné suppose en toute bonne foi que l'ordre a été donné en y étant habilité et si son rôle de subordonné lui donnait les moyens d'accomplir l'ordre ». Les pouvoirs publics néerlandais confirment qu'en théorie cette exception peut s'appliquer à l'infraction de corruption d'un agent public étranger dès lors qu'il existe « un lien au regard du droit public entre l'auteur de l'infraction et la personne donnant l'ordre », mais ils n'ont trouvé aucun cas dans lesquels cette exception a été appliquée à la corruption et considèrent de fait qu'il est fortement improbable voire impossible que ce principe soit appliqué à la corruption dans la pratique. Cette exception ne peut être invoquée que si l'ordre émane formellement du gouvernement ; or aux Pays-Bas le gouvernement ne peut délivrer un ordre de corruption d'un agent public.

## ***Moyens généraux d'excuse et de justifications non codifiés***

La Cour suprême des Pays-Bas ne retient pas de culpabilité quand l'auteur de l'infraction commet une erreur de fait ou une erreur de droit.<sup>5</sup> L'erreur doit être raisonnable, ce qui signifie que ce motif ne peut être invoqué lorsque l'auteur de l'acte ne pouvait ignorer qu'il commettait une infraction.<sup>6</sup> Une erreur de fait est une erreur de jugement relative à une situation donnée, dès lors que l'auteur de l'infraction ne pouvait pas savoir qu'il commettait une infraction.<sup>7</sup> Les autorités néerlandaises précisent que l'auteur d'une l'infraction ne peut avancer le fait que la personne qu'il a corrompue était un agent public étranger car tout individu est censé s'informer de l'identité des personnes avec lesquelles il a des relations professionnelles.

Pour qu'une erreur de droit soit valable, l'auteur de l'infraction doit croire qu'aucun acte punissable n'a été commis. Toutefois, nul n'est censé ignorer la loi en vigueur et seuls les avis sur lesquels l'auteur de l'acte s'est fondé émanant d'une personne ou d'une entité dont le degré d'autorité est tel qu'il est normal de s'y référer, peuvent servir d'excuse.

Les autorités néerlandaises précisent que les moyens d'excuse généraux non codifiés ne contreviennent pas aux commentaires 7 et 8 de la convention, étant donné que l'obligation de connaître la loi n'empêche pas un individu « de n'utiliser que les informations réunies directement dans l'autre pays ». De plus, l'auteur de l'infraction est censé avoir cherché à savoir si l'acte en question était punissable aux termes de la loi néerlandaise. Les autorités néerlandaises ajoutent qu'à l'égard de la corruption d'agents étrangers, la seule possibilité d'exonération au moyen de l'erreur de droit est le cas dans lequel l'auteur de l'infraction s'est informé auprès d'une personne disposant d'une autorité suffisante qui lui a affirmé que le paiement en question était requis ou autorisé par la loi en vigueur dans le pays de l'agent public étranger.

### **1.2 Eléments de l'infraction**

L'examen et l'analyse des éléments de l'infraction de corruption d'un agent de la fonction publique étrangère se limitent aux infractions énumérées par la Convention [c'est-à-dire aux articles 177.1(1), 177a.1(1), 178.1 et 178.2]. Les articles 177.1(2) et 177a.1(2) qui sont relatifs à un don ou une promesse faits antérieurement vont au-delà des prescriptions de la Convention et ne sont donc pas examinés ici.

#### **1.2.1 Toute personne**

Les articles 177, 177a et 178 du Code pénal s'appliquent à « une personne ». L'article 51.1 précise que les infractions pénales peuvent être commises par des « personnes physiques comme par des « personnes morales ».

#### **1.2.2 Le fait intentionnel**

Les autorités néerlandaises indiquent que l'élément de l'intention est implicite dans la formulation des infractions. A titre d'exemple, selon la traduction, les articles 177.1(1) et 177a.1(1) s'appliquent dans les cas où un don, etc. a été fourni « dans le but de », « avec l'intention de » ou « pour inciter (un agent de la

---

5 *Code pénal néerlandais*, traduit par Louse Rayar et Stafford Wadsworth, 1997, dans *the American Series of Foreign Penal Codes: the Netherlands* (Rothman & Co., 1997). Cf p. 25 de l'introduction rédigée par Grat Van Den Heuvel et Hans Lensing.

6 *Ibid.*

7 Les autorités néerlandaises précisent que l'erreur de fait est parfaitement illustrée lorsqu'un automobiliste ignore l'ordre de s'arrêter donné par un agent de police, qu'il n'a pas pu reconnaître en tant que tel, alors qu'il se tenait sur le bord de la chaussée et qu'il était possible de le prendre pour un auto-stoppeur.

fonction publique) à agir » ou à ne pas agir dans l'exercice de ses fonctions, en violation de ses obligations officielles. Dans les articles 178.1 et 178.2, l'expression « dans le but de » est aussi employée.

Les autorités néerlandaises expliquent qu'une infraction est commise même si l'acte n'a pas d'effet. L'intention du corrupteur est d'inciter un agent public à commettre un acte ou une omission répréhensible pénalement. L'infraction est constituée, par exemple, lorsqu'une personne laisse un message contenant une promesse sur le répondeur téléphonique d'un agent public, mais que l'agent public ne l'a pas entendu.

Aux termes de la législation néerlandaise, le contenu de l'élément moral de l'infraction ne vise pas le cas où une personne refuse sciemment de se demander si l'acte de proposer, etc. de l'argent ou tout autre avantage pourrait inciter l'agent public à commettre un acte ou une omission (par exemple le concept de *dol éventuel*).

### **1.2.3 D'offrir, de promettre ou d'octroyer**

Les articles 177.1(1) et 177a.1(1) reposent sur la formulation suivante : « fait un don ou une promesse à un agent de la fonction publique ou lui rend ou lui offre un service ». <sup>8</sup> La dernière partie de la formulation (à savoir « lui rend ou lui offre un service ») a été ajoutée par un amendement au Projet de loi d'application. La formulation de l'article 178.1 est identique, à l'exception du mot « juge » qui remplace « agent de la fonction publique ». <sup>9</sup>

Les précédentes infractions de corruption ne s'appliquaient que lorsqu'il était question de faire « un don ou une promesse ». Dans les notes sur le Projet de loi d'application, il est précisé que la formulation « lui rend ou lui offre un service » a été ajoutée au Projet de loi d'application car la pratique a montré que la formulation précédente « ne peut pas, ou du moins pas automatiquement, être réputée inclure la proposition ou l'acceptation de services ». <sup>10</sup> Les raisons qui ont amené cet amendement sont traitées ci-après (voir 1.2.4 sur « un avantage indu pécuniaire ou autre »). Toutefois, dans le cadre de la présente discussion, il faut se demander si la formulation utilisée pour les infractions néerlandaises couvre les offres, les promesses et les dons d'un avantage indu pécuniaire ou autre. La nouvelle formulation prête quelque peu à confusion, dans le sens où le terme « offrir » n'apparaît qu'en relation avec « un service », alors que celui de « promettre » n'apparaît pas en relation avec ce mot. De toute évidence, l'intention est de couvrir deux catégories d'avantages et les autorités néerlandaises confirment que les propositions, les promesses et les dons sont couverts pour toutes les deux. Elles expliquent qu'aux termes de la législation néerlandaise, le terme « promesse » a un sens large et qu'il est considéré comme recouvrant la notion d'offrir. En outre, un arrêt de la Cour suprême (Jurisprudence néerlandaise – JN – 1916, p. 300) énonce explicitement qu'une offre entre dans le cadre d'une promesse.

### **1.2.4 Un avantage indu pécuniaire ou autre**

La formulation utilisée dans les articles 177.1(1), 177a.1(1) et 178 pour transmettre la notion du type d'avantage qui est interdit n'utilise pas les mêmes termes que l'article 1 de la Convention. Seul le terme « service » donne une idée de la nature de l'avantage interdit et, comme il a été mentionné plus haut, le législateur a choisi de l'ajouter à la définition des éléments constitutifs des infractions car la pratique a

---

8 Une des traductions données est rédigée en ces termes : « fait ou offre une promesse ou un don, ou octroie ou offre un service ». Toutefois, la traduction officielle du Code pénal, de même qu'une autre traduction fournie par les autorités néerlandaises, utilisent l'autre formulation.

9 Les autorités néerlandaises confirment que l'article 178.2 a été modifié de manière identique que les autres dispositions relatives au don, etc. mais que la traduction fournie n'en tient pas compte.

10 Voir page 10 des notes sur le Projet de loi d'application.

montré que la précédente formulation (à savoir « fait un don ou une promesse ») n'incluait pas nécessairement la notion de service.<sup>11</sup> Dans les notes sur le Projet de loi d'application, il est relevé que le terme « service » pourrait, par exemple, couvrir la « participation à des 'voyages gratuits' avec mise à disposition d'une villa de vacances pour un 'prix avantageux' ou l'octroi d'un poste au Conseil de surveillance ». <sup>12</sup> Les autorités néerlandaises précisent en outre que le terme « service » a été ajouté pour des raisons linguistiques et pour codifier la loi et qu'il ne modifie pas le large champ d'application de la disposition.

Les autorités néerlandaises expliquent que le terme « don » est compris comme étant « quelque chose ayant une valeur pour le bénéficiaire » et que le terme « promesse » transmet la même notion, mais avec l'idée que cela va se produire dans le futur. Par conséquent, l'avantage ne doit pas nécessairement prendre la forme d'argent, de biens ou de services et peut être aussi sans valeur matérielle.

Dans les notes sur le Projet de loi d'application, il est précisé que les « dons insignifiants » n'ont pas été expressément exclus de la définition des infractions compte tenu des difficultés de rédaction qui en auraient résulté et des doutes quant à la possibilité qu'une exception expresse améliore la transparence.<sup>13</sup> Il est ajouté que, si nécessaire, le ministère public pourrait « prendre des mesures permettant une approche systématique » en définissant des instructions à cet égard.<sup>14</sup>

### ***Petits paiements dits de facilitation***

Les autorités néerlandaises déclarent que, bien que l'intention ne soit pas d'exclure les petits paiements dits de facilitation du champ de l'infraction, dans certaines circonstances on peut envisager de ne pas engager de poursuites pour une affaire portant sur des petits paiements de facilitation. Elles signalent aussi que le ministère public envisage de donner des directives pour le traitement des affaires de corruption, y compris celles liées à des paiements de facilitation. Ces instructions seront rédigées conformément aux critères définis par la Convention et, bien que l'on ne sache pas comment les paiements de facilitation y seront définis, les autorités néerlandaises pensent qu'ils seront définis comme des petits versements à des agents publics à un faible niveau de la hiérarchie dans le but de les inciter à un acte qui n'est pas en contravention avec leurs fonctions officielles, ou une formulation à cette fin.

### **1.2.5 Directement ou par des intermédiaires**

Les articles 177, 177a et 178 ne s'appliquent pas expressément aux pots-de-vin octroyés par le biais d'intermédiaires. Il a été décidé qu'un amendement à cet effet n'était pas nécessaire.<sup>15</sup> Les autorités néerlandaises déclarent que la formulation « fait un don ou une promesse à un agent de la fonction publique ou lui rend ou lui offre un service » est conçue pour être interprétée dans un sens large, fonctionnel, et que par conséquent elle couvrirait le cas où un intermédiaire recevrait ou transmettrait le paiement ou l'offre ou bien dans le cas où l'avantage est versé sur un compte accessible à l'agent de la fonction publique étranger. C'est l'interprétation qu'a donné le Ministre de la Justice au Parlement lors de

---

11 Bien que, conformément aux notes sur le Projet de loi d'application (page 9), la Cour suprême ait jugé en 1994 (*Jurisprudence néerlandaise – JN – 1994, 673*) que ce terme applique non seulement à « de l'argent, des biens ou une prestation », mais aussi à des avantages « sans valeur matérielle, comme l'octroi d'une décoration ou le bénéfice de faveurs sexuelles ».

12 Voir page 10 des notes sur le Projet de loi d'application.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

15 Voir page 19 des notes sur le Projet de loi de ratification.

l'examen des Projets et elle a également été suivie dans un arrêt de la Cour suprême [21 octobre 1918 (JN 1918, p. 1128)].

### 1.2.6 A un agent public étranger

Aux termes de l'article 178a.1 du Code pénal, la signification de l'expression « agent de la fonction publique » dans les articles 177 et 177a est étendue aux « personnels du service public d'un Etat étranger ou d'une institution internationale ». L'article 178a.3 élargit la signification de « juge » dans l'article 178 à « un juge d'un Etat étranger ou d'une institution internationale ». L'article 178a étend le champ d'application de ces infractions comme précisé précédemment en stipulant que les différentes catégories d'agents publics étrangers auxquels il est fait référence sont « considérés comme équivalentes » à celles auxquelles il est fait référence dans les infractions elles-mêmes.

#### (i) « Personnels du service public d'un Etat étranger »

La formulation « personnels du service public d'un Etat étranger » n'est pas définie plus en détail dans le Code pénal ou ailleurs dans la législation. Les autorités néerlandaises expliquent que les tribunaux procéderaient à un jugement indépendant pour décider si une personne particulière correspond à cette description en étudiant (1) le concept d'un agent public néerlandais tel qu'il est défini dans le Code pénal et la jurisprudence et (2) la définition dans la Convention. La définition d'un agent public aux termes de la loi du pays de l'agent public étranger peut aussi être prise en compte dans certaines circonstances. Les autorités néerlandaises soulignent que la définition de la Convention serait le principal instrument d'interprétation et que les notes rédigées aux fins de l'examen au Parlement du Projet de loi d'application précisent que l'objectif visé par l'élargissement du champ d'application des infractions en question à la corruption des personnes mentionnées précédemment est de permettre la mise en œuvre de la Convention.

Les autorités néerlandaises indiquent que l'expression « agent de la fonction publique » est définie dans l'article 84 du Code pénal, aux termes duquel elle s'applique à « toute personne élue à un mandat public à l'occasion d'élections dûment organisées en vertu de la loi » (84.1), aux « médiateurs » (84.2) et à « tout le personnel des forces armées » (84.3). En outre, dans les notes sur le Projet de loi d'application<sup>16</sup>, il est précisé que le terme « agent public » a été interprété au sens large dans la jurisprudence<sup>17</sup>, et comprend les personnes qui sont nommées à un poste officiel par les pouvoirs publics pour prendre en charge une partie des fonctions de l'Etat ou de ses instances. Les notes sur le Projet de loi d'application ajoutent pour plus de précision que le terme « agent » comprend toute personne élue en tant que membre du Parlement et membre d'un conseil municipal.<sup>18</sup> Par ailleurs, la Cour suprême a défini un « agent de la fonction publique » comme « toute personne, placée sous le contrôle et la responsabilité des autorités, a été nommée à une fonction dont on ne peut nier le caractère public dans le but de remplir des fonctions de l'Etat et de ses instances ».

Cette explication soulève apparemment deux problèmes. Tout d'abord, comme les définitions des agents nationaux de la fonction publique ne peuvent s'appliquer directement aux agents étrangers de la fonction publique, la définition d'un agent public étranger ne peut être considérée comme ayant un caractère autonome. Ensuite, il n'est pas certain que dans tous les cas toutes les catégories d'agents publics qui doivent être couvertes par l'article 1.4 de la Convention (en dehors de tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique, qui est traité ci-après) soient couvertes par l'infraction (par exemple

---

16 Voir page 11 des notes sur le Projet de loi d'application.

17 La Cour suprême, 30 janvier 1994, Réf. W 9149 ; La Cour suprême, le 1er janvier 1992, JN 1993, 354 ; et Cour suprême, 4 février 1995, JN 1995, 620.

18 Voir page 11 sur les notes sur le Projet de loi d'application.



les juges et les personnes exerçant une fonction publique pour une entreprise publique). Cependant, ces facteurs sont contrebalancés par l'assurance de la part des autorités néerlandaises que la définition dans la Convention se verra attribuer le plus de poids.

**(ii) « Personnels du service public d'une institution internationale »**

L'expression « personnels du service public d'une institution internationale » diffère sur un point important de l'expression correspondante dans l'article 1.4 de la Convention (à savoir « tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique ») dans le sens où elle s'applique à des « personnels du service public » par opposition à « tout fonctionnaire ou agent ». Les autorités néerlandaises signalent que les agents d'une organisation internationale sont couverts par la formulation dans le Code pénal et réitèrent que la définition dans la Convention serait considérée comme le principal instrument d'interprétation.

**(iii) « Juge d'un Etat étranger ou d'une institution internationale »**

- L'expression « juge d'un Etat étranger ou d'une institution internationale » semble correspondre à la signification de l'expression « toute personne qui détient un mandat judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue » que contient l'article 1.4 de la Convention. Cette partie de la définition s'applique tout particulièrement à l'infraction aux termes de l'article 178a du Code pénal de corruption d'un juge aux fins de l'influencer dans sa décision pour une affaire qu'il doit juger, et non pas aux infractions de corruption au champ d'application plus étendu qui sont définies dans les articles 177 et 177a.

En outre, si la définition aux termes de l'article 84.2 concernant un « juge » national devait être appliquée aux juges étrangers, elle comprendrait les « médiateurs » ainsi que « ceux qui ont compétence dans les affaires touchant l'administration publique ».

### **1.2.7 A son profit ou au profit d'un tiers**

Les articles 177, 177a et 178 ne font pas référence à la question d'une infraction au profit d'un tiers. Dans les notes sur le Projet de loi de ratification, il est expliqué qu'un amendement n'est pas nécessaire en ce qui concerne cet élément de l'infraction.<sup>19</sup> Pour ce qui est de l'infraction de corruption passive aux termes de l'article 363 du Code pénal, il est prévu qu'en principe l'infraction couvre le cas où un tiers perçoit un avantage à la connaissance de l'agent de la fonction publique.<sup>20</sup> Cela tendrait à montrer que l'infraction de corruption active correspondante couvre le cas où l'avantage va au profit d'un tiers. En outre, les autorités néerlandaises confirment qu'une infraction a lieu lorsqu'un accord est passé entre le corrupteur et l'agent étranger de la fonction publique pour transmettre l'avantage directement à un tiers, car dans ce cas on considère que l'agent public a reçu une chose de valeur dans le but de l'influencer.

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

Les infractions correspondantes couvrent les pots-de-vin aux fins d'inciter les actes et les omissions suivantes, etc.:

1. *Aux termes de l'article 177.1(1), les actes ou omissions en violation des fonctions officielles d'un agent de la fonction publique. Selon la traduction, cet élément est décrit comme des actes ou des omissions dans « l'exercice de ses fonctions, en violation de ses obligations*

---

19 Voir page 19 sur les notes sur le Projet de loi de ratification.

20 *Ibid.*

officielles », ou des actes ou des omissions « en contravention avec l’accomplissement de ses fonctions ». Les autorités néerlandaises confirment que cette infraction couvre la situation où un agent public est à l’origine d’un acte (ou d’une omission) contraire aux réglementations auxquelles il est soumis. Elles déclarent que le libellé est conforme au Commentaire 3 (selon lequel une infraction formulée en termes de violation de ses obligations répond aux critères de la Convention du moment qu’il apparaît clairement que tout agent public a le devoir d’exercer son jugement ou sa marge d’appréciation de façon impartiale et qu’il s’agit d’une définition « autonome » n’exigeant pas la preuve du droit du pays particulier de l’agent public) si on l’étudie conjointement avec l’infraction aux termes de l’article 177a.1(1), qui n’exige pas la violation de ses fonctions.

2. *Aux termes de l’article 177a.1(1), les actes ou les omissions dans l’accomplissement des fonctions d’un agent de la fonction publique, en l’absence de violation de ses obligations officielles. Cet élément est décrit dans une traduction comme des actes ou omissions « dans l’exercice de ses fonctions, mais en l’absence de violation de ses obligations officielles ». Dans une autre traduction, il est question d’actes ou omissions « dans l’accomplissement de ses fonctions, sans qu’il y ait violation de ces obligations ».*
3. *Aux termes de l’article 178.1, l’exercice d’une influence sur un juge en rapport avec une décision dans une affaire qu’il doit juger et aux termes de l’article 178.2, l’exercice d’une influence sur un juge aux fins d’obtenir une condamnation dans une affaire pénale. Les autorités néerlandaises confirment que lorsqu’un juge fait l’objet d’un acte de corruption en rapport avec d’autres aspects de ses fonctions (comme la radiation d’avocats, les pouvoirs en termes de poursuites ou d’enquêtes), l’article 177.1(1) ou l’article 177a s’appliquerait selon qu’il y ait violation d’obligations officielles ou non. En outre, en l’absence d’une formulation explicite, les autorités néerlandaises précisent que l’article 178 porte sur les omissions de la part de juges (par exemple la décision de ne pas condamner).*

En outre, les quatre catégories d’actes/de omissions sont limitées par l’étendue des obligations d’un agent de la fonction publique ou d’un juge selon le cas. Dans le cas d’infractions assorties d’une violation des ses obligations et de celles où il n’y a pas de violation des obligations, l’agent de la fonction publique doit être dans l’exercice de ses fonctions. La même limite est implicite pour les infractions liées à des juges, en raison de la nature des actes couverts. La Convention exige que la corruption d’un agent public étranger concerne des actes ou des omissions « dans l’exercice de fonctions officielles », qui aux termes de l’article 1.4.c sont définis comme comprenant « toute utilisation qui est faite de la position officielle de l’agent public, que cette utilisation relève ou non des compétences conférées à cet agent ». Les autorités néerlandaises confirment que l’objectif de la formulation utilisée pour définir les infractions à cet égard est de mettre en évidence que les infractions tiennent compte des avantages aux fins d’inciter à un acte ou une omission entrant dans les compétences de la personne corrompue en tant qu’agent public par opposition à d’autres compétences (comme président d’un club de football).

### **1.2.9/1.2.10 En vue d’obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu/Dans le commerce international**

Les infractions prévues par la loi néerlandaises ne se limitent pas à l’application aux pots-de-vin en vue d’obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international. Par conséquent, à cet égard, la législation néerlandaise va au-delà de la norme fixée par la Convention.

### **1.3 Complicité**

L'article 1.2 de la Convention demande aux Parties de prendre les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation.

Le Code pénal renferme deux dispositions relatives à la question de complicité : l'article 47.1(2), qui porte sur la sollicitation de l'exécution d'un acte criminel, et l'article 48, qui désigne les personnes responsables en tant que complices d'une infraction grave. Aux termes de l'article 47.1(2), une personne qui au moyen de dons, de promesses, d'abus de pouvoir, de recours à la violence, etc. fournit l'occasion, les moyens ou les informations pour commettre une infraction, sollicite l'exécution d'un acte criminel et se rend responsable d'une infraction principale. Les autorités néerlandaises déclarent que cette infraction recouvre la notion d'incitation.

L'article 48 du Code pénal stipule que les personnes suivantes sont responsables en tant que complices d'une infraction grave.

1. Celles qui apportent intentionnellement leur aide lors de la commission de l'infraction.
2. Celles qui fournissent intentionnellement l'occasion, les moyens ou les informations nécessaires à la perpétration de l'infraction.

Aux termes de l'article 49.1, un complice est passible de la peine maximum prescrite pour les infractions graves diminuée d'un tiers. Les infractions graves sont précisées dans le Livre II du Code pénal, où sont exposées les infractions de corruption en question. Les autorités néerlandaises signalent que la « participation » n'est passible d'une sanction que lorsque l'infraction correspondante a été consommée ou qu'au moins une tentative passible d'une sanction a eu lieu ; toutefois, il n'est pas requis que la personne qui commet l'infraction principale fasse l'objet de poursuites ou soit passible de poursuites.

Ces dispositions couvrent, semble-t-il, l'instigation, l'assistance ou l'autorisation, comme l'exige l'article 1.2 de la Convention.

### **1.4 Tentative et Complot**

L'article 1.2 de la Convention requiert en outre des Parties l'obligation de sanctionner pénalement la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public étranger dans la mesure où ils constituent une telle infraction à l'égard de l'agent public de la Partie.

#### ***(i) Tentative***

Aux termes de l'article 45.1 du Code pénal, une tentative passible de sanction survient « lorsque l'auteur manifeste son intention en engageant l'infraction grave ». L'article 45.2 prescrit une réduction d'un tiers de la sanction principale maximum dans le cas d'une tentative. L'article 46b stipule qu'une tentative (ou la préparation) d'une infraction grave n'a pas lieu lorsque l'infraction n'a pas été achevée en raison de circonstances dépendant de la volonté de l'auteur.

Les autorités néerlandaises donnent comme exemple d'application de la disposition concernant les tentatives d'infraction de corruption d'un agent de la fonction publique étrangère, etc. le cas d'une tentative sans succès de remettre quelque chose entre les mains de l'agent de la fonction publique.

## *(ii) Complot*

Au terme de la législation néerlandaise, le complot de corruption d'un agent public néerlandais ou le complot de corruption d'un agent public étranger ne constituent ni l'un ni l'autre une infraction pénale. Toutefois, aux termes de l'article 140.1 du Code pénal, la participation à une organisation « qui a pour objet la perpétration d'infractions graves » est passible d'une peine d'emprisonnement maximum de 6 ans ou d'une amende de la catégorie 5.

## **2. ARTICLE 2. RESPONSABILITE DES PERSONNES MORALES**

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

### **2.1 Responsabilité pénale**

La responsabilité pénale des personnes morales est établie par l'article 51 du Code Pénal, qui s'appliquent, les autorités néerlandaises le confirment, aux articles 177, 177a et 178 sur la corruption d'un agent public étranger.

#### *(i) Normes de responsabilité*

L'article 51.2, qui établit la responsabilité pénale des personnes morales ainsi que de ceux qui ont ordonné la perpétration de l'infraction pénale et de ceux qui contrôlent le comportement illégal, est formulé en ces termes :

*Lorsqu'une infraction pénale est commise par une personne morale, des poursuites pénales peuvent être engagées et des sanctions et des mesures prescrites par la loi, peuvent être imposées si elles sont applicables :*

*(1) contre la personne morale ; ou*

*(2) contre ceux qui ont ordonné la commission de l'infraction pénale, et contre ceux qui contrôlent ce comportement illégal ; ou*

*(3) contre les personnes mentionnées sous (1) et (2) conjointement.*

*(le soulignement a été ajouté pour mettre en évidence certains passages)*

L'utilisation du verbe « pouvoir » dans l'article 51.2 semble introduire une marge d'appréciation sur deux plans : l'engagement de poursuites judiciaires et l'application des sanctions. En outre, l'article 51.2 prévoit un choix entre engager des poursuites et imposer des sanctions soit à l'encontre de la personne morale elle-même, de ceux qui ont ordonné la perpétration de l'infraction pénale et de ceux qui contrôlent ce comportement illégal, soit à l'encontre des deux conjointement. Une certaine marge d'appréciation semble aussi exister pour effectuer ce choix. Cependant, les autorités néerlandaises précisent que l'article 51.2 ne prévoit pas plus de marge d'appréciation sur l'opportunité de poursuivre que ce qui est prévu pour des personnes physiques.

Les autorités néerlandaises déclarent qu'aux termes de l'article 51.2(2), il n'est pas nécessaire que les personnes aux commandes ou celles donnant la mission soient formellement membres du conseil d'administration, dirigeants ou propriétaires de la personne morale ; une personne juridiquement subordonnée au conseil d'administration peut être en situation de contrôle de fait. Les autorités néerlandaises expliquent qu'une « personne aux commandes » est pénalement responsable lorsque ses « intentions (sont) orientées vers les actes prohibés », lorsqu'elle « accepte consciemment d'envisager la possibilité que les actes prohibés auront lieu » ou qu'elle ne prend pas les mesures nécessaires pour « prévenir les actes prohibés en prenant les mesures qu'elle avait le pouvoir de prendre et qu'elle était

raisonnablement tenue de prendre ». Selon les autorités néerlandaises, aucun critère ferme et définitif n'existe pour déterminer si une personne exerce un contrôle de fait. La Cour suprême a jugé qu'une personne est réputée agir en tant que dirigeant lorsqu'elle détient une autorité ou une influence considérable sur d'autres personnes au sein de l'entreprise, d'une partie de l'entreprise ou en rapport avec une activité particulière de l'entreprise (HR 16 juin 1981, JN 1982, 586).

Les autorités néerlandaises expliquent que la personne donnant la mission est pénalement responsable lorsqu'elle ordonne explicitement la perpétration d'un acte criminel. En outre, la Cour suprême a jugé dans une affaire que la simple suggestion faite par un dirigeant à un subordonné de commettre un tel acte suffit à le rendre responsable.

Pour que la « personne aux commandes » ou la « personne donnant la mission » soit pénalement responsable, il faut que la personne morale ait commis une infraction pénale.

Pour ce qui est de la responsabilité de la personne morale aux termes de l'article 51.2(1), les autorités néerlandaises expliquent que la perpétration par une personne physique d'une infraction pénale qui peut être imputée à la personne morale est généralement requise. La jurisprudence exige que la personne morale (par l'intermédiaire du dirigeant ou du principal responsable) reconnaisse les actes ou les omissions prohibés commis par la personne physique, qu'elle accepte le risque que le comportement interdit se produise ou qu'elle ait accepté un comportement comparable par le passé. L'identification précise de la (des) personne(s) physique(s) qui ont effectivement fait la proposition, etc. à l'agent public étranger n'est pas requise lorsqu'il apparaît clairement que le comportement se produit au profit de l'entité morale et que l'entité morale ait toléré ou accepté un tel comportement. Les autorités néerlandaises confirment que la personne qui a effectivement commis l'acte de corruption ne doit pas occuper nécessairement un poste de responsabilité et citent un cas de décès par négligence dans un hôpital à l'appui de cette affirmation [Cour suprême (JN 1988, 981)].

Les autorités néerlandaises signalent que les prescriptions et réglementations sur la saisie, la confiscation et la répression qui s'appliquent aux personnes physiques s'appliquent également aux personnes morales.

Les autorités néerlandaises confirment que la responsabilité pénale de la personne morale ou de toute personne couverte par l'article 51.2 n'exclut pas la responsabilité d'une (de) personne(s) physiques qui n'est pas couverte par l'article 51.2.

#### ***(ii) Personnes morales***

L'article 51.3 stipule qu'aux fins de la responsabilité pénale de personnes morales aux termes de l'article 51.2, les « entités suivantes sont considérées équivalentes à des personnes morales » :

- Une entreprise d'armement de navires (*rederij*).
- Des associations sans personnalité morale, comme une société sans personnalité morale (*vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid*).
- Une société de personnes (*maatschap*).
- Des fonds spéciaux.

La formulation de cette disposition semble indiquer que la liste d'entités apporte des précisions sur les catégories d'entités, en dehors des entités constituées en société, qui sont pénalement responsables aux termes de l'article 51.2.

Les autorités néerlandaises exposent que le concept de personne morale est avant tout interprété comme un terme de droit civil et précisent les articles correspondant du Code civil sur les entités qui sont considérées comme ayant une personnalité morale. Pour résumer, il s'agit entre autres des entités suivantes :

- L'Etat, les provinces, les municipalités, les entreprises de contrôle des eaux, toutes les instances qui, conformément à la Constitution, ont un pouvoir de réglementation, et d'autres organismes « auxquels une partie des fonctions des pouvoirs publics a été déléguée » en vertu de la loi. (article 1)
- Les associations religieuses et leurs instances premières et secondaires indépendantes au sein desquelles elles sont réunies. (article 2)
- Les associations, coopératives, sociétés d'assurance mutuelles, sociétés par actions, sociétés à capital fermé et à responsabilité limitée et fondations. (article 3)

Les autorités néerlandaises confirment que les sociétés contrôlées par l'Etat et détenues par l'Etat sont couvertes. Elles expliquent en outre qu'en ce qui concerne les entités mentionnées dans le Code civil qui ont un pouvoir de réglementation, en particulier l'Etat, et d'autres organismes « auxquels une partie des fonctions des pouvoirs publics a été déléguée », ces entités n'ont pas de responsabilité pénale pour les infractions « commises dans le contexte de l'exécution des obligations de l'Etat », même si la jurisprudence en la matière est en phase de « transition dynamique ».

Les autorités néerlandaises signalent que les éventuelles lacunes formelles concernant la définition des personnes morales n'impliquent pas qu'une catégorie particulière d'entité ne soit pas couverte par l'article 51.2 du Code pénal. Il semble par conséquent que le concept de personne morale soit interprété au sens large dans la jurisprudence néerlandaise.

### **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 inclut, dans le cas des personnes physiques, des peines privatives de liberté suffisantes pour permettre l'entraide judiciaire et l'extradition. La Convention exige en outre 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**

##### **3.1.1/3.2.1 Personnes physiques/Personnes morales**

###### ***(i) Généralités***

Les sanctions sont identiques pour la corruption d'agents publics nationaux et celle d'agents publics étrangers et peuvent se résumer comme suit :

Aux termes de l'article 177.1(1) du Code pénal (à savoir l'objectif de l'acte de corruption est d'obtenir une violation de ses obligations), les sanctions sont les suivantes :

(a) *Personnes physiques* : peine d'emprisonnement de 4 ans maximum ou amende de la catégorie 5 (100 000 florins)<sup>21</sup>. Une privation des droits mentionnés dans l'article 28.1(1), (2) et (4) est aussi possible.

---

21

Au 8 février 2001, 100 florins néerlandais valaient 42 dollars des Etats-Unis et 45 euros.

(b) *Personnes morales* : l'amende est la même que pour les personnes physiques, bien qu'aux termes de l'article 23.7, elle puisse être augmentée dans certaines circonstances (voir ci-après), mais pas au-delà du montant de la catégorie suivante (1 million de florins).

Aux termes de l'article 177a.1(1) du Code pénal (à savoir l'objectif de la corruption n'est pas d'obtenir une violation de ses obligations), les sanctions sont les suivantes :

(a) *Personnes physiques* : peine d'emprisonnement de 2 ans maximum ou amende de la catégorie 4 (25 000 florins). Une privation des droits mentionnés dans l'article 28.1(1), (2) et (4) est aussi possible.

(b) *Personnes morales* : dans certaines circonstances, l'amende peut être augmentée, mais pas au-delà du montant de la catégorie suivante (100 000 florins).

Aux termes de l'article 178.1 du Code pénal (à savoir l'objectif de la corruption est d'influencer la décision d'un juge pour une affaire qu'il doit juger):

(a) *Personnes physiques* : peine d'emprisonnement de 6 ans maximum ou amende de la catégorie 4 (25 000 florins). Une privation des droits mentionnés dans l'article 28.1(1), (2) et (4) est aussi possible.

(b) *Personnes morales* : dans certaines circonstances, l'amende peut être augmentée, mais pas au-delà du montant de la catégorie suivante (100 000 florins).

Aux termes de l'article 178.2 du Code pénal (à savoir l'objectif de la corruption est d'obtenir une condamnation dans une affaire pénale) :

(a) *Personnes physiques* : peine d'emprisonnement de 9 ans maximum ou amende de la catégorie 5 (100 000 florins). Une privation des droits mentionnés dans l'article 28.1(1), (2) et (4) est aussi disponibles.

(b) *Personnes morales* : dans certaines circonstances, l'amende peut être augmentée, mais pas au-delà du montant de la catégorie suivante (1 million de florins).

Dans les notes sur le Projet de loi d'application, il est expliqué que les sanctions pour une infraction aux termes de l'article 177 ont été portées pour la peine d'emprisonnement d'une peine maximum de 2 ans à 4 ans ou pour l'amende de la catégorie 4 à la catégorie 5 pour éliminer la trop grande disparité entre les sanctions de corruption active et passive en cas de violation d'obligations.<sup>22</sup> Cependant, dans une certaine mesure, la différence a été conservée en ce qui concerne les infractions sans qu'il y ait violation d'obligations étant donné que l'amende, aux termes de l'article 177a est de la catégorie 4, contrairement à l'amende dans le cas de l'infraction passive correspondante (article 362), qui est de la catégorie 5.

Les autorités néerlandaises confirment que la détention provisoire et des formes associées de coercition ne sont possibles que pour des infractions pour lesquelles une peine d'emprisonnement d'au moins 4 ans est prévue ou bien lorsque aucun domicile fixe aux Pays-Bas ne peut être déterminé pour l'accusé. Elles déclarent, cependant, que pendant les premiers stades de l'enquête, le ministère public fonderait normalement ses soupçons sur les deux articles 177 et 177a et que par conséquent la condamnation la plus faible pour une infraction aux termes de l'article 177a ne présenterait aucun problème pratique à cet égard.

Le retrait des droits suivants est prévu aux termes de l'article 28.1(1), (2) et (4) :

Le droit d'occuper une fonction publique ou des postes particuliers. [28.1(1)]

Le droit de servir dans les forces armées. [28.1(2)]

Le droit d'occuper les fonctions de conseiller auprès des tribunaux ou d'un administrateur de la fonction publique. [28.1(4)]

Les sanctions pour des infractions comparables sont assez semblables en termes de sévérité à celles applicables aux infractions de corruption d'un agent public étranger. La sanction pour vol, par exemple, est

---

22 Voir page 15 des notes sur le Projet de loi d'application.

une peine d'emprisonnement de 4 ans maximum ou une amende de la catégorie 4, la sanction pour détournement de fonds va de 3 ans d'emprisonnement et une amende de la catégorie 5 à 5 ans d'emprisonnement et une amende de la catégorie 5. La sanction pour représentation mensongère pour obtenir un avantage illégal est une peine d'emprisonnement ou une amende de la catégorie 5.

Les autorités néerlandaises confirment qu'une amende et une peine d'emprisonnement peuvent être cumulées. Elles signalent également qu'aux Pays-Bas, les juges ne sont pas tenus de suivre des instructions ou des directives pour déterminer la sanction adéquate.

### *(ii) Questions spécifiques à la responsabilité des personnes morales*

En ce qui concerne les limites supérieures des amendes précisées ci-dessus pour les personnes morales, elles correspondent à l'article 23.7 du Code pénal, qui permet d'imposer une amende jusqu'à un montant maximum ne dépassant pas la catégorie au-dessus de la catégorie prévue « lorsque que la catégorie définie pour l'infraction ne permet pas d'appliquer une sanction adéquate ». Les autorités néerlandaises expliquent que la traduction en anglais de l'article 23.7 donne à tort l'impression que l'on présume que c'est la catégorie inférieure des amendes (à savoir la catégorie d'amendes pour les personnes physiques) qui s'applique à une personne morale, alors qu'en fait on présume que c'est la catégorie supérieure d'amendes qui s'applique.

L'article 74a du Code pénal prévoit la possibilité d'« éviter des poursuites pénales » lorsqu'un accusé propose de payer l'amende maximale pour l'infraction pénale et se conforme aux conditions qui peuvent être exigées conformément à l'article 74.2 (à savoir la restitution d'objets saisis)<sup>23</sup>. Lorsqu'un accusé propose de payer l'amende dans un cas où l'article 74a s'applique, le ministère public « ne peut refuser de fixer les conditions prévues dans l'article 74 ». Cette disposition s'applique dans le cas d'une infraction pénale « pour laquelle aucune sanction principale en dehors d'une amende est prescrite ». Toutefois, les autorités néerlandaises précisent qu'une personne morale ne pourrait invoquer cette disposition pour une infraction aux termes des articles 177, 177a ou 178 car ils prévoient une peine d'emprisonnement pour les personnes physiques.

### **3.3 Sanctions et entraide judiciaire**

Les autorités néerlandaises déclarent que la peine d'emprisonnement pour une infraction ne relève de la disposition d'entraide judiciaire que lorsqu'un pays demande la saisie des documents, qui ne peut intervenir que lorsqu'il y a possibilité d'extradition pour l'infraction en question. Aux termes de l'article 5(1)(a) de la Loi d'extradition, la possibilité d'extrader est limitée aux infractions pour lesquelles une peine d'emprisonnement de « au moins 1 an peut être imposée en vertu de la législation à la fois du pays demandeur et des Pays-Bas ».<sup>24</sup>

### **3.4 Sanctions et extradition**

Voir les précisions ci-dessus (3.3 sur « Sanctions et extradition ») concernant la condition d'une peine d'emprisonnement d'au moins 1 an aux termes de l'article 5(1)(a) de la Loi d'extradition.

---

23 L'article 74.1 est traité si après sous le point 5.1 sur la « Mise en œuvre ».

24 La question de double incrimination est traitée plus loin sous le point 9.2 « Double incrimination ».



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

#### (i) Saisie avant jugement

Les articles 94 et 94a du Code de procédure pénale régissent la saisie avant jugement et prévoient l'un comme l'autre, selon les autorités néerlandaises, une marge d'appréciation.

Aux termes de l'article 94.1, la saisie de « biens » peut être ordonnée aux fins de l'apport d'une preuve ou d'une démonstration concernant un avantage obtenu illégalement aux termes de l'article 36e du Code pénal. Aux termes de l'article 94.2, la saisie de « bien » peut être ordonnée aux fins d'assurer la disponibilité d'un bien au moment d'un procès où une « confiscation » pourrait être ordonnée.

Le pouvoir discrétionnaire de saisir un « bien » est également prévu par l'article 94a.1 aux fins de préserver le « droit de recouvrement » d'une amende en cas de condamnation lorsque l'on soupçonne une « infraction passible d'une mise en accusation » pour laquelle une amende de la catégorie 5 pourrait être imposée. En outre, le pouvoir discrétionnaire de saisir un « bien » existe aux termes de l'article 94a.2 aux fins de préserver le « droit de recouvrement relatif à un commandement de payer une somme à l'Etat au moyen d'une privation de l'avantage obtenu illégalement » qui peut être imposée lors de la condamnation.<sup>25</sup> Le pouvoir de saisir aux termes de l'article 94a.2 s'applique lorsque l'on soupçonne une « infraction passible de poursuites » pour laquelle une amende de la catégorie 5 pourrait être imposée. On présume que l'expression « infraction passible d'une mise en accusation » correspond à une « infraction grave », qui correspond à toutes les infractions de corruption d'un agent public étranger prévues par le Code pénal. Les autorités néerlandaises confirment qu'en restreignant ces formes discrétionnaires de saisie à des infractions pour lesquelles une amende de la catégorie 5 s'applique, une telle saisie ne peut avoir lieu dans le cas d'infractions aux termes de l'article 177a (absence de violation d'obligations) ou de l'article 178.1 (corruption d'un juge aux fins d'influencer sa décision pour une affaire qu'il doit juger). Cependant, elles soulignent qu'en dépit de cette restriction, une saisie serait possible pour ces infractions aux termes de l'article 94.1 pour apporter la preuve d'un avantage obtenu illégalement et conformément à l'article 94.2 pour en assurer la disponibilité aux fins d'une confiscation.

Aux fins d'une saisie aux termes des articles 94 et 94a, un « bien » est défini comme « tout objet et tout droit de propriété ».<sup>26</sup> Les autorités néerlandaises précisent que les objets comprennent tout bien d'une entreprise, bien mobilier ou propriété de toute nature, y compris une somme d'argent, et que les droits de propriété comprennent des revendications et des titres ainsi que des droits de propriété intellectuelle qui apportent un avantage à l'entreprise. Ils précisent également que le pot-de-vin ainsi que son produit sont couverts par la notion d'objet.

#### (ii) Saisie et confiscation (« confiscation » et « forfeiture »)

##### *Saisie (« confiscation ») d'« objets »*

Le Code pénal prévoit la « forfeiture » de même que la « confiscation ». La « forfeiture » constitue une sanction qui peut être imposée en cas de condamnation pour une infraction pénale (article 33), tandis que la « confiscation » est une mesure qui consiste à saisir des objets dont la détention non contrôlée est contraire à la loi ou à l'intérêt public (article 36b). Les autorités néerlandaises précisent que la confiscation aux

---

25 La saisie aux termes de l'article 94a.2 est aussi possible lorsqu'une condamnation a été prononcée, sans doute parce que la confiscation aux fins de priver une personnes d'« avantages obtenus illégalement » nécessite, aux termes de l'article 36e.1, une décision judiciaire distincte.

26 Article 94a.3

termes de l'article 36b est d'une importance minimale par rapport à l'infraction de corruption d'un agent public étranger étant donné que le fait de détenir le produit du pot-de-vin « ne peut constituer une telle infraction ». Cette étude se concentre par conséquent sur la possibilité de recourir à la « *forfeiture* » comme sanction.

### ***Confiscation (« forfeiture ») de l'instrument de la corruption***

La confiscation sur condamnation aux termes de l'article 33 est discrétionnaire.<sup>27</sup> et aux termes de l'article 33a elle est applicable à certains « objets », notamment des objets utilisés pour commettre ou préparer l'infraction [article 33a.1(c)]. Elle n'est en revanche pas applicable en ce qui concerne des objets découlant de l'infraction. Il semblerait donc qu'en ce qui concerne la corruption active, la déchéance des droits sur un objet soit possible en ce qui concerne le pot-de-vin, mais pas sur le produit de l'acte de corruption. L'article 33a.2 prévoit la déchéance des droits sur les objets énumérés à l'article 33a.1 lorsqu'ils sont en possession d'une autre personne que la personne condamnée, lorsque soit la tierce personne connaissait ou aurait dû avoir des raisons de soupçonner leur destination ou leur origine illicite, soit lorsqu'il n'a pas été possible de savoir avec certitude à qui ils appartiennent. Contrairement à l'article 3.3 de la Convention, il ne semble pas y avoir de quelconque obligation que, lorsque le pot-de-vin n'est pas soumis à confiscation (par exemple, parce qu'il est en possession d'un tiers de bonne foi) « des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues ».

### ***Privations des gains obtenus illégalement***

L'article 36e.1 du Code pénal prévoit le pouvoir discrétionnaire<sup>28</sup> d'ordonner, par « une décision judiciaire distincte », le paiement d'une somme d'argent pour priver une personne convaincue d'infraction pénale des « gains obtenus illégalement ». Les autorités néerlandaises expliquent que l'objet de l'article 36e consiste à rétablir « la légalité de la situation financière » plutôt que de rechercher une sanction supplémentaire.<sup>29</sup>

Une telle décision n'est possible qu'à la demande du Parquet sur condamnation pour une quelconque infraction pénale. Lorsqu'il n'y a pas eu de condamnation, elle n'est applicable que pour une infraction passible d'une amende de catégorie 5. En conséquence, comme dans le cas de la disposition correspondante sur la saisie avant procès (article 96a.2 du Code de procédure pénale) lorsqu'il n'y a pas de condamnation pour des infractions réprimées par l'article 177a (pas de violation des obligations officielles) ou de l'article 178.1 (corruption d'un juge en vue d'influencer la décision dans une affaire qu'il doit juger).

Il apparaît donc que même si le produit de la corruption en soi n'est pas soumis à confiscation, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement d'une somme d'argent pour rétablir le corrupteur dans sa situation financière antérieure à l'acte de corruption. De plus, les autorités néerlandaises indiquent que dans la pratique, la déchéance des droits sur le pot-de-vin et la mesure connexe concernant le paiement d'un montant équivalent aux gains obtenus illégalement s'appliquent normalement.

## **3.8 Sanctions complémentaires civiles et administratives**

Les autorités néerlandaises indiquent qu'aux termes du Code civil, les personnes morales peuvent faire l'objet d'une mesure de dissolution dans certaines circonstances à la demande du Parquet. Elles affirment

---

27 Le pouvoir est discrétionnaire en raison de la formulation « peut être imposé ».

28 Le pouvoir est discrétionnaire en raison de la formulation « peut être imposé ».

29. Lors du calcul du paiement à ordonner, les prétentions auxquelles le tribunal a accédé sont déduites et les obligations imposées par des arrêts antérieurs visant à procéder à ces paiements sont prises en compte. [articles 36e.6 et 36e.7]

qu'un tel recours peut s'appliquer par exemple, lorsque des activités d'une personne morale entrent en conflit avec l'ordre public et elles confirment qu'on peut imaginer qu'une personne morale ayant corrompu un agent public étranger relève de ce cas.

En outre, une partie lésée peut intenter une action en dommages-intérêts au motif qu'un acte illégal a été commis par la personne morale pendant ou avant les poursuites pénales concernant l'acte en question. Les autorités néerlandaises considèrent qu'il « n'est pas du tout invraisemblable » qu'une action de ce type soit réussie en ce qui concerne la corruption d'un agent public étranger en vue d'obtenir un avantage concurrentiel dans le commerce international.

## **4. ARTICLE 4. COMPETENCE**

### **4.1 Compétence territoriale**

L'article 4.1 de la Convention exige que chaque Partie « prenne 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 partie sur son territoire ». Le commentaire 25 sur la Convention énonce « qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption » n'est pas exigé.

L'article 2 du Code pénal définit la compétence territoriale comme suit :

*Le droit pénal des Pays-Bas est applicable à toute personne qui commet une infraction pénale aux Pays-Bas.*

L'article 3 précise qu'une infraction pénale commise à bord d'un navire ou d'un aéronef néerlandais en dehors des Pays-Bas serait couverte par le droit pénal néerlandais.

Les autorités néerlandaises expliquent que la compétence territoriale s'applique aux termes de l'article 2 lorsqu'une infraction a lieu pour tout ou partie aux Pays-Bas. Malgré l'absence de disposition dans le Code pénal pour déterminer le lieu où intervient une infraction, les autorités néerlandaises expliquent que les quatre points de référence ci-après découlent de la jurisprudence et des recherches universitaires :

1. le lieu où se déroulent les actions physiques. Ce principe est particulièrement utile lorsque le résultat n'est pas un élément constitutif de l'infraction ;
2. le lieu où l'instrument a produit son effet (par exemple, du poison ou une arme à feu) ;
3. le lieu où l'infraction a été réalisée par « occurrence ou conséquence constitutive » ;
4. le dogme de l'ubiquité, sur la base de l'ensemble des critères précédents.

Les autorités néerlandaises confirment qu'à la lumière d'un certain nombre d'arrêts récents de la Cour suprême,<sup>30</sup> la compétence territoriale est établie lorsqu'une infraction est commise aux Pays-Bas ainsi qu'à l'étranger et que, par exemple, un appel téléphonique, une télécopie ou un courrier électronique émanant des Pays-Bas apporte un lien suffisant.

### **4.2 Compétence fondée sur la nationalité**

L'article 4.2 de la Convention stipule qu'une partie compétente pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger « prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes ». Le commentaire 26 sur la Convention précise que lorsque les principes d'une partie comportent l'obligation de double incrimination,

---

30 Dont le plus récent est l'arrêt du 13 avril 1999 (JN 1999, 538).

cette obligation « 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 ».

Aux termes de l'article 5.1 du Code pénal, les Pays-Bas sont compétents à l'égard des infractions pénales commises en dehors des Pays-Bas par des citoyens néerlandais<sup>31</sup> dans les deux cas suivants :

1. en ce qui concerne une quelconque infraction grave définie aux termes de certains articles du Code pénal. Les articles du Code pénal pertinents pour l'infraction de corruption d'un agent public étranger (à savoir les. articles 177, 177a et 178) ne sont pas mentionnés ici. [article 5.1(1)]
2. En ce qui concerne une infraction considérée comme grave aux termes du droit pénal néerlandais et qui est également considérée comme une infraction grave aux termes des lois du pays dans lequel l'infraction a été commise. [article 5.1(2)]

Il semble donc nécessaire de respecter dans tous les cas l'obligation de double qualification pénale pour que la compétence en fonction de la nationalité soit établie vis-à-vis d'une infraction aux termes des articles 177, 177a ou 178. Les autorités néerlandaises confirment que l'obligation de la double qualification pénale n'est pas interprétée de façon stricte et qu'elle serait considérée comme respectée dès lors que l'infraction est passible de sanctions dans les deux pays, indépendamment de la formulation de l'infraction dans l'autre pays. Ils confirment en outre que la compétence en fonction de la nationalité « pourrait éventuellement ne pas être » établie vis-à-vis d'un ressortissant néerlandais qui corrompt un agent public étranger dans un pays autre que celui pour lequel il exerce une fonction publique si seule la corruption d'un agent public national relève de la qualification pénale dans ce pays (et si la conduite n'est pas couverte par une autre infraction pénale).

Il n'existe pas de jurisprudence sur la compétence fondée sur la nationalité à l'encontre d'une personne morale. Toutefois, les autorités néerlandaises estiment qu'une personne morale peut avoir une nationalité et qu'une personne morale immatriculée conformément à la législation néerlandaise aurait la nationalité néerlandaise. En outre, la doctrine affirme qu'une personne morale peut être soumise à la compétence fondée sur la nationalité aux termes de l'article 5 du Code pénal.

L'article 5.2 confirme que la compétence fondée sur la nationalité s'applique lorsque la personne poursuivie acquiert la nationalité néerlandaise après avoir commis l'infraction.

#### **4.3 Procédure de consultation**

L'article 4.3 de la Convention stipule que lorsque plusieurs parties sont compétentes, les Parties concernées se consultent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites.

Aux termes des articles 552t à 552w du Code de procédure pénale, la transmission de procédure pénale vers un autre pays est possible avec ou sans convention pour les « infractions graves ». <sup>32</sup> Le principe général dans un cas comme dans l'autre est que la transmission doit se faire dans l'intérêt d'une bonne

---

31 Aux fins d'établir la compétence fondée sur la nationalité, on détermine si une personne est citoyenne néerlandaise en fonction de la Loi relative à la nationalité néerlandaise. Il semblerait donc qu'un résident permanent aux Pays-Bas ne soit pas considéré comme un citoyen à cet effet.

32 Le processus de transmission de la procédure à un autre Etat est lancé par le dépôt par le procureur d'une « demande raisonnée » au ministre de la Justice. Si ce dernier accepte la requête du procureur, cette dernière est alors formellement soumise aux autorités du pays requis. Un processus correspondant s'applique lorsque les Pays-bas sont requis par un autre Etat de reprendre une procédure.

administration de la justice. En règle générale, la transmission de procédure peut avoir lieu en ce qui concerne toute infraction grave pour laquelle le suspect est un étranger qui n'est pas résident néerlandais.

De plus, lorsqu'il n'y a pas de convention entre les Pays-Bas et le pays requérant, la transmission n'est possible que lorsque l'Etat requérant et les Pays-Bas ont compétence aux termes de leur droit interne respectif.

#### **4.4 Révision des fondements actuels de la compétence**

L'article 4.4 de la Convention demande que chaque Partie examine si le fondement actuel de sa compétence est efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers et que, si tel n'est pas le cas, elle prenne les mesures correctrices appropriées.

Les autorités néerlandaises estiment que les Pays-Bas disposent de suffisamment de prérogatives juridictionnelles pour permettre les initiatives qu'il convient à l'encontre de la corruption d'agents publics étrangers, considérant que les principes de territorialité et de nationalité ont fait l'objet d'interprétations larges.

### **5 ARTICLE 5. MISE EN ŒUVRE**

L'article 5 de la Convention demande que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger soient « soumises aux règles et principes applicables de chaque partie ». Il stipule aussi que chaque Partie veille à ce que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger « 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 régissant les enquêtes et les poursuites**

##### **(i) Enquêtes**

La police ouvre généralement une enquête préliminaire à la suite d'un signalement rapportant la survenance d'une infraction. La police peut appliquer des mesures coercitives<sup>33</sup>, notamment une arrestation et un interrogatoire, lorsqu'elle a des raisons de soupçonner, sur la base de faits et de circonstances, qu'une personne a pu commettre une infraction. Lorsque la police a effectué son enquête, elle prépare un rapport, sous serment, qui est transmis au Parquet.<sup>34</sup> Les autorités néerlandaises indiquent qu'un dossier est transmis à ces autorités de justice lorsque suffisamment de preuves ont été réunies pour justifier une décision de poursuivre.

Les procureurs sont considérés comme des agents de l'Etat qui relèvent de l'autorité judiciaire et sont sous la responsabilité en dernier ressort du Ministre de la Justice.<sup>35</sup> Leur responsabilité première est de détecter les infractions, et ils sont habilités à donner des instructions à la police quant à l'exécution des enquêtes

---

33 Les procédures d'enquête comme la perquisition d'installations sont réalisées conformément aux dispositions du Code de procédure pénale.

34 Aronowitz, Alexis, 'The Netherlands', *The World Factbook of Criminal Justice Systems* (U.S. Department of Justice; Bureau of Justice Statistics, 1993). Ce document peut être consulté à l'adresse : <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfbcjnet.txt/>

35 *Rapport sur les Pays-Bas*, Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme (26/02/96). Ce document peut être consulté à l'adresse : [http://www.asem.org/Documents/UN\\_Docs/ASEM\\_Countries/Netherlands.htm/](http://www.asem.org/Documents/UN_Docs/ASEM_Countries/Netherlands.htm/)

criminelles. De plus, l'autorité permettant d'appliquer la majorité des mesures coercitives est confiée par la loi au procureur. Les mesures coercitives comportant les intrusions les plus importantes comme les écoutes téléphoniques, relèvent de la responsabilité du magistrat instructeur.

Aux termes de l'article 12 du Code de procédure pénale, les parties lésées (les victimes) sont habilitées à porter plainte auprès de la Cour d'appel lorsqu'une décision de ne pas poursuivre ou de clore les poursuites à l'encontre d'un crime a été prise.

## **(ii) Poursuites**

L'article 167 du Code de procédure pénale délègue le droit exclusif de poursuite au Parquet. Les autorités néerlandaises expliquent que l'objet de cette délégation de pouvoir est « d'empêcher les poursuites pénales de devenir dépendantes de considérations politiques ». Elles affirment que même si l'article 167 du Code de procédure pénale « autorise » le Parquet à ne pas poursuivre pour des motifs « d'intérêt public », elles n'ont trouvé aucune jurisprudence indiquant que de telles décisions sont influencées par l'un des quelconques motifs interdits aux termes de l'article 5 de la Convention,<sup>36</sup> et qu'en fait, la jurisprudence va tout à fait dans le sens contraire.

Les autorités néerlandaises indiquent que les poursuites sont menées selon le principe de l'opportunité (*opportuïteitsbeginsel*)<sup>37</sup>. Le Parquet dispose d'un large pouvoir souverain d'appréciation pour classer les dossiers. Cela recouvre le pouvoir de régler les affaires par voie extra-judiciaire par le recours à un « classement conditionnel des poursuites » ou une « transaction ».<sup>38</sup> Un « classement conditionnel des poursuites » est accordé lorsque le procureur estime qu'une alternative au procès au pénal est préférable compte tenu des circonstances.<sup>39</sup> Il est accompagné par une mesure imposant une cure de désintoxication vis-à-vis de l'alcool ou des stupéfiants, un travail d'intérêt général ou une restitution à la victime.<sup>40</sup> Les autorités néerlandaises confirment que cette mesure n'est pas prévue par la loi, mais qu'elle est depuis longtemps admise dans la pratique. Elles affirment en outre qu'elle n'est appliquée que dans de rares cas, lorsque les mesures prévues aux termes de l'article 74 (évoqué immédiatement ci-après) sont considérées comme trop restrictives.

La « transaction » régie par l'article 74 du Code pénal consiste pour l'essentiel dans le règlement d'une somme d'argent<sup>41</sup> par le prévenu pour éviter les poursuites pénales. Elle peut aussi consister à renoncer à un titre ou à restituer des objets saisis et confisqués, ou encore au paiement d'une somme déterminée<sup>42</sup>. De plus, elle peut aller de pair avec le paiement des gains estimés avoir été retirés de l'infraction pénale<sup>43</sup>, ainsi qu'une compensation pour les éventuels dommages causés.<sup>44</sup> Aux termes de l'article 74.1, cette possibilité est offerte en lien avec des « infractions graves », hormis celles qui sont passibles d'une peine d'emprisonnement de plus de 6 ans. Le droit de poursuivre s'éteint une fois que les conditions fixées dans

---

36 En d'autres termes, les 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.

37 Voir par exemple, l'article d'Aronowitz, *Supra*, 34.)

38 Aronowitz, *Supra*, 34.

39 Aronowitz, *Supra*, 34.

40 Aronowitz, *Supra*, 34.

41 . Selon l'article 74.2.a du code pénal, entre 5 florins et le maximum de l'amende prévue par la loi.

42 Voir article 74.2.b, c et d.

43 . Voir article 74.2.d.

44 Voir article 74.2.e.

une affaire particulière ont été satisfaites. Les autorités néerlandaises indiquent que des instructions relatives à l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation du procureur de régler une affaire aux termes de l'article 74 ont été rédigées pour un large éventail de crimes, bien que jusqu'ici aucune instruction n'ait été rédigée en ce qui concerne la corruption. Les autorités néerlandaises expliquent que lorsque de telles instructions seront préparées, elles s'attacheront à la question de savoir si certaines formes « mineures » de corruption peuvent donner lieu à des règlements extra-judiciaires et plus particulièrement si le processus légal sera servi par l'ouverture d'un procès public.

Pour contrebalancer ce large pouvoir discrétionnaire, deux méthodes sont offertes pour obtenir l'annulation d'une décision du procureur : le recours individuel (plainte) et l'instruction ministérielle. Les autorités néerlandaises indiquent qu'aux termes de l'article 12 du Code de procédure pénale, toute « personne intéressée » (y compris une victime<sup>45</sup>) est habilitée à exercer un recours devant un tribunal contre la décision d'un procureur de ne pas poursuivre, auquel cas ledit procureur est tenu de motiver sa décision. De plus, les autorités néerlandaises indiquent que le Parquet a pris des directives pour permettre la poursuite d'un certain nombre d'infractions et qu'il a l'intention d'agir de même dans des affaires de corruption. Selon les autorités néerlandaises, ces instructions réduisent le risque d'un traitement disparate des poursuites sur le territoire national dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Il semble que le Ministre de la Justice détienne l'autorité en dernier ressort sur le Parquet, conformément aux termes de l'article 127 de la Loi d'organisation du pouvoir judiciaire, et qu'il est habilité à promulguer des instructions générales et spécifiques concernant les missions et les compétences des procureurs. Les autorités néerlandaises indiquent qu'en pratique, le Ministère de la Justice ne fait que peu usage de ce pouvoir.

Aux termes de l'article 51 du Code de procédure pénale, une partie lésée qui a subi des dommages directs par suite d'un crime peut demander des dommages-intérêts dans le cadre du procès pénal. Le dommage direct est subi lorsqu'une personne a été lésée par suite de la violation d'une disposition légale qui protège ses intérêts. Les autorités néerlandaises affirment que comme l'infraction de corruption d'un agent public étranger est destinée à combattre la concurrence déloyale, un concurrent qui a été lésé par l'acte de corruption serait en droit de former un tel recours en se joignant à la procédure en tant que partie lésée. De plus, aux termes de l'article 36f du Code pénal, le juge dans une affaire criminelle peut *ex officio* ordonner qu'au titre des dommages subis par une victime, des sommes soient versées à l'Etat pour son bénéfice.

## **5.2 Considérations d'intérêt économique national**

Les autorités néerlandaises confirment que les facteurs énoncés à l'article 5 de la Convention n'influenceront pas l'enquête ou les poursuites à l'encontre de l'infraction de corruption d'un agent public étranger (voir plus haut en 5.1 à propos de la notion « d'intérêt public ».)

## **6. ARTICLE 6. PRESCRIPTION**

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

L'article 70 du Code pénal contient les règles relatives au délai de prescription. Ces dispositions qui sont pertinentes pour les infractions prévues par les articles 177, 177a et 178 prévoient que « le droit de poursuivre s'éteint » selon les modalités suivantes :

---

45 Une victime peut se pourvoir auprès de la Cour d'appel en ce qui concerne une décision du procureur de ne pas poursuivre (Aronowitz, *Supra*, 34).

1. au bout de 6 ans pour les infractions graves passibles d'une amende, d'une peine de détention ou d'emprisonnement ne dépassant pas 3 ans [article 70(2)] ;
2. au bout de 12 ans pour les infractions graves passibles d'une peine d'emprisonnement de plus de 3 ans. [article 70(3)]

En conséquence, le délai de prescription pour les infractions commises aux termes des articles 177 (violation d'obligations officielles) et 178 (versement de pots-de-vin à des juges) est de 12 ans, et pour les infractions commises aux termes de l'article 177a (pas de violation d'obligations officielles), il est de 6 ans.

Aux termes de l'article 71.1, le délai de prescription commence à courir le jour suivant celui au cours duquel est commis l'acte visé. Aux termes de l'article 72.1 « un acte quelconque de poursuite met fin au délai », à condition que la personne poursuivie en ait connaissance ou que cela lui ait été notifié. Aux termes de l'article 72.2, lorsqu'un délai de prescription se termine, un nouveau délai commence. De plus, l'article 73 stipule que la suspension des poursuites aux fins de résoudre une question préliminaire « interrompt » (suspend temporairement) le délai de prescription.

## **7. ARTICLE 7. BLANCHIMENT DE CAPITAUX**

L'article 7 de la Convention stipule que 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 prendra la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite.

### ***(i) L'infraction de blanchiment de capitaux***

Les autorités néerlandaises renvoient aux articles 416 et 417bis, qui établissent les infractions de recel de biens volés, en ce qui concerne l'obligation prévue à l'article 7 de la Convention. En résumé, l'article 416 s'applique lorsque la personne recelant le bien sait qu'il a été obtenu au moyen d'une infraction grave et l'article 417bis s'applique lorsque la personne recelant le bien « devrait avoir des raisons de soupçonner » qu'il a été obtenu au moyen d'une infraction grave. Ces deux infractions couvrent le fait d'obtenir, d'avoir à sa disposition ou de transférer ce bien aux fins d'en retirer un « avantage pécuniaire » (articles 416.1.b et 417bis.1.b) ainsi qu'en l'absence de telles fins (articles 416.1.a et 417bis.1.a). Les infractions s'appliquent en lien avec un « bien » ou « un droit *in personam* ou *in rem* ». La sanction maximale prévue pour l'infraction aux termes de l'article 416.1 est une peine d'emprisonnement de 4 ans ou une amende de catégorie 5 (soit 100 000 florins) et la sanction maximale prévue aux termes de l'article 417bis.1 est une peine d'emprisonnement de 1 an ou une amende de catégorie 5 (soit 100 000 florins).

Les articles 416.2 et 417bis.2 précisent que les sanctions respectives s'appliquent aussi lorsqu'une personne « tire intentionnellement avantage des produits d'un quelconque bien obtenu au moyen d'une infraction grave » (article 416.2) ou « tire avantage des produits d'un quelconque bien dont il aurait dû avoir des raisons de soupçonner qu'il a été obtenu au moyen d'une infraction grave » (article 417bis.2). Les autorités néerlandaises confirment que les articles 416.1 et 417bis.1 traitent de « l'acceptation d'une partie d'argent volé », alors que les articles 416.2 et 417bis.2 traitent de « l'acceptation de biens acquis avec de l'argent volé ». Ils stipulent qu'à l'inverse, en ce qui concerne le vol « de biens », les articles 416.1 et 417bis.1 traitent de l'acceptation desdits biens alors que les articles 416.2 et 417bis.2 traitent du « partage des produits de la vente des biens ».

Selon les autorités néerlandaises, les articles 416.1 et 417bis.1 ainsi que 416.2 et 417bis.2 s'appliquent à l'ensemble des objets matériels, y compris de l'argent. Elles indiquent en outre que l'argent doit néanmoins représenter les produits directs de l'infraction. Le gouvernement néerlandais estime en effet que le pot-de-



vin et le produit de la corruption d'un agent public étranger sont l'un comme l'autre couverts par ces dispositions en ce qui concerne la corruption active d'un agent public étranger.

Les autorités néerlandaises indiquent que pour établir la responsabilité pénale des infractions de recel de biens volés aux termes des articles 416 ou 417, le tribunal doit établir qu'un crime a été commis au moyen duquel le bien a été acquis, même s'il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'infraction correspondante soit pénalement responsable de cette infraction ou que les poursuites à son encontre soient possibles. Il importe peu de savoir si l'infraction « correspondante » a été commise dans le territoire de compétence du droit pénal néerlandais. De plus, aux termes des articles 416 et 417, l'auteur de l'infraction de manipulation de bien volé doit simplement savoir ou avoir dû soupçonner que le bien avait été obtenu au moyen d'une infraction passible de sanctions ; en conséquence, la connaissance ou le soupçon du crime spécifique n'est pas obligatoire. Les autorités néerlandaises confirment que ces dispositions ne s'appliquent pas au recel du bien par l'auteur de l'infraction principale.

Les autorités néerlandaises indiquent que des initiatives sont en cours pour établir une infraction distincte de blanchiment de capitaux et qu'une motion visant à amender le Code pénal à cet égard doit être débattue sous peu à la Deuxième Chambre du parlement néerlandais. Il est prévu que si le parlement adopte cette motion, ces amendements seront promulgués avant la fin de 2001. L'infraction s'appliquera aussi à l'auteur de l'infraction principale (on parle parfois de « l'auto-blanchiment »).

Les autorités néerlandaises estiment que les articles 416 et 417 suffisent à traiter les activités de blanchiment de capitaux en attendant que les nouvelles dispositions soient en place. Elles ajoutent que les amendements ont été rédigés de façon à satisfaire à l'obligation d'uniformité internationale, dans la mesure où de nombreux pays sont actuellement dotés d'infractions distinctes de blanchiment de capitaux.

#### **(ii) Obligations de déclaration pour les institutions financières**

Aux termes de l'article 8 de la Loi relative à la notification des transactions inhabituelles (Loi sur les services financiers) qui est entrée en vigueur en février 1994, « quiconque fournit des services financiers à titre professionnel ou commercial » est tenu de révéler au Centre de déclaration des transactions inhabituelles une « transaction inhabituelle » effectuée par un client transaction. Le Centre de déclaration des transactions inhabituelles (*Meldpunt Ongebruikelijke Transacties*) est une direction autonome au sein du Ministère de la Justice qui détermine en toute indépendance si les conditions sont réunies pour notifier la transaction à la police (par exemple, en vérifiant si les renseignements sont suffisants pour donner lieu à une cause probable).<sup>46</sup> Il étudie une déclaration de transaction inhabituelle pour déterminer si l'opération concernée peut être qualifiée de « suspecte », auquel cas elle est notifiée à la police et aux instances judiciaires. Les autorités néerlandaises expliquent que le Centre de déclaration des transactions inhabituelles a un accès indépendant à de nombreux réseaux d'information, notamment les dossiers de la police et que dans certaines conditions il est habilité à interroger les institutions financières.

La police ne peut pas s'appuyer sur les renseignements relatifs aux transactions inhabituelles, sans avoir obtenu les renseignements du Centre de déclaration des transactions inhabituelles. En outre, elle ne peut pas agir de sa propre initiative pour obtenir des renseignements du Centre de déclaration des transactions inhabituelles. En revanche, elle peut fournir des renseignements au Parquet sur une transaction tout en demandant qu'ils soient étudiés par le Centre de déclaration des transactions inhabituelles en même temps que les éventuelles informations dont dispose le Centre de déclaration des transactions inhabituelles afin de déterminer si la transaction peut être qualifiée d'opération suspecte.

---

46 M. Groenhuijsen, F. Molenaar, 'Bank Confidentiality and Governmental Control of Exchange Operations and of their Unlawful Effects—Netherlands', P. Bernasconi (ed.) *Money Laundering and Banking Secrecy*, 177-206 (1996 Kluwer Law International), pp. 192-193.

Une transaction est considérée comme « inhabituelle » si des « indicateurs » (*indicatoren*) stipulés dans un décret ministériel (du ministère des Finances) sont présents.<sup>47</sup> La liste des indicateurs est publiée et revue tous les six mois afin de veiller à la souplesse du système en lui permettant de suivre les techniques de blanchiment de capitaux les plus récentes.<sup>48</sup>

Les autorités néerlandaises expliquent que l'objectif du Centre de déclaration des transactions inhabituelles est de stimuler la détection des opérations suspectes. En outre, il sert de « tampon » entre les institutions financières et la police de façon que cette dernière ne reçoive que des renseignements sur des opérations suspectes (à savoir lorsqu'il y a des « motifs substantiels de soupçonner qu'un crime a été commis »).

## 8. ARTICLE 8. NORMES COMPTABLES

L'article 8 de la Convention prévoit que chaque Partie, 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, interdit aux entreprises soumises à ces lois et règlements l'établissement de comptes, d'états ou d'enregistrements faux ou frauduleux dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption. La Convention prévoit également que chaque Partie doit prévoir des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de telles omissions ou falsifications.

### 8.1/8.2 Normes de comptabilité/ Sociétés soumises aux normes

Les autorités néerlandaises indiquent que la réglementation générale relative aux normes comptables figure dans les articles 361, 362, et seq. du Livre 2 du Code civil et prévoit :

- l'obligation d'établir des comptes annuels comportant un bilan, un compte de résultats et des notes sur les comptes ;
- l'obligation d'établir le compte de résultat de façon à permettre de porter une appréciation raisonnable sur la structure des revenus et des dépenses de la société ;
- l'obligation de ne pas adopter et approuver les comptes annuels avant qu'un comptable indépendant n'ait établi une déclaration relative à la crédibilité des comptes annuels.

L'essentiel des règles du Code civil en matière de comptabilité repose sur les directives de l'UE (à savoir la 4<sup>e</sup> Directive 78/660/CE et la 7<sup>e</sup> Directive 83/349/CE). En outre, d'autres normes comptables figurent dans les Instructions relatives à l'établissement des comptes annuels, publiées par le Raad voor de Jaarverslaggeving (Conseil pour la publication des comptes annuels).<sup>49</sup> Bien que ces instructions n'aient pas force de loi, les tribunaux vérifient si elles ont été respectées. Les autorités néerlandaises indiquent que les entreprises multinationales suivent généralement les Normes comptables internationales.

Les normes de communication et de publication financières varient en fonction de la nature et de la taille de la société. Par exemple, les petites<sup>50</sup> et moyennes<sup>51</sup> entreprises sont exemptées ou ne sont pas tenues de

---

47 *Ibid*, p. 188.

48 *Ibid*, p. 204.

49 Le Raad voor de Jaarverslaggeving est un organisme privé réunissant des entreprises, des syndicats et des représentants de banques ainsi que des comptables et des vérificateurs.

50 Les autorités néerlandaises précisent qu'une société est qualifiée de « petite » si elle répond à deux des critères suivants : 1. la valeur total des actifs ne dépasse pas NLG 6 millions ; 2. son chiffre d'affaires ne dépasse pas NLG 12 millions ; et 3. le nombre moyen de salariés est inférieur à 50.

communiquer intégralement toutes les données prévues par certaines normes de publication (par exemple, en matière de bilan, de compte de résultats et de rapport des administrateurs).<sup>52</sup>

Les autorités néerlandaises expliquent que les dispositions prévues aux articles 361, et suiv. s'appliquent à « presque toutes les formes juridiques de société existant aux Pays-Bas » [à savoir les sociétés à responsabilité limitée (*besloten vennootschap*), les sociétés anonymes (*naamloze vennootschap*), les entreprises non constituées en société (*vennootschap onder firma*), etc., ainsi qu'à toutes les associations (*vereniging*) ou fondations (*stichting*), coopératives et sociétés de personnes].

L'article 225.1 du Code pénal interdit la préparation falsifiée ou la falsification d'un document « destiné à prouver un fait quelconque, en vue de l'utiliser comme un document authentique et non falsifié ou de le faire utiliser comme tel par d'autres ». Aux termes de l'article 225.2, utiliser intentionnellement un document faux ou falsifié ou le fournir intentionnellement ou l'avoir à sa disposition en sachant ou en ayant des raisons de soupçonner qu'il sera utilisé de cette façon, constitue une infraction. Les autorités néerlandaises affirment que ces dispositions couvrent la préparation frauduleuse ou l'utilisation frauduleuse de documents par l'intention de dissimuler le fait qu'un agent public étranger a été ou va être corrompu. En outre, elles précisent que l'article 225 couvre la préparation, etc. de documents établie pour tout ou partie de façon fautive et elles confirment qu'une falsification peut résider dans une modification, un ajout ou une omission dans un document.

### **8.1.1/8.2.1 Normes de vérification des comptes/Sociétés soumises aux normes**

Les autorités néerlandaises indiquent qu'aux termes des 4<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> directives de l'UE, toutes les sociétés relevant de l'article 361 du Code civil sont soumises à une vérification externe, à l'exception des petites entreprises (article 396) et des sociétés appartenant à un groupe dont la société mère a publié une déclaration de pleine responsabilité conformément à l'article 403.

Les autorités néerlandaises indiquent que deux associations comptables (la Royal NIVRA et la NovAA) ont publié des règlements à l'intention de leurs adhérents respectifs concernant l'obligation pour les vérificateurs de déclarer leurs soupçons de fraude ou de toute autre infraction pénale, y compris l'infraction de corruption d'un agent public étranger. En conséquence, les vérificateurs sont tenus de déclarer les éventuelles fraudes à la direction ou à l'instance de contrôle lorsqu'ils soupçonnent la direction d'être impliquée dans la fraude. Si le problème de la fraude n'est pas traité à la suite de la déclaration, le vérificateur est tenu de dénoncer son engagement vis-à-vis de la société et d'en rendre compte à une unité spéciale de la police (le Centrale Recherche Informatiedienst ou CRI). Cette déclaration à la police doit être déposée accompagnée des comptes examinés qui deviennent donc disponibles publiquement.

### **8.3 Sanctions**

Les autorités néerlandaises indiquent qu'une infraction économique visée par l'article 1.4 de la Loi sur les infractions économiques, sera réputée avoir été commise lorsqu'en violation de l'article 361, et suiv. du Livre 2 du Code civil, les comptes annuels ne permettent pas « d'acquérir les connaissances rétrospectives nécessaires ». La sanction prévue pour une infraction aux termes de l'article 1.4 comprend une amende de catégorie 5 (à savoir 100 000 florins), la fermeture partielle ou totale de la société ou le placement de la société sous tutelle administrative.

---

51 Une société est qualifiée de « moyenne » si elle répond à deux des critères suivants : 1. la valeur total des actifs ne dépasse pas NLG 24 millions ; 2. son chiffre d'affaires est compris entre NLG 12 and 48 millions ; 3 le nombre moyen de salariés est compris entre 50 et 250.

52 Voir : HLB Netherlands, "Doing Business in the Netherlands". Ce document a été obtenu à l'adresse : <http://www.hlbi.com/html/dbi/netherlands/dbinether.htm/>

La sanction pour l'infraction de préparation fausse ou de falsification de document, etc. aux termes de l'article 225 du Code pénal (voir point 8.1/8.2) est une peine maximale d'emprisonnement de 6 ans ou une amende de catégorie 5 (à savoir 100 000 florins).<sup>53</sup>

De plus, les autorités néerlandaises attirent l'attention sur l'article 336 du Code pénal, qui interdit à un négociant, un administrateur, à un associé-dirigeant ou à un membre du Conseil de surveillance d'une personne morale ou d'une société de personnes à but commercial de communiquer intentionnellement « une déclaration, un compte de résultats, une situation de trésorerie faux ou des explications fausses touchant à ces documents ». La sanction prévue pour cette infraction est une peine maximale d'emprisonnement de 1 an ou une amende de catégorie 5 (à savoir 100 000 florins).<sup>54</sup>

En ce qui concerne les vérificateurs, les autorités néerlandaises indiquent qu'en plus des sanctions applicables pour les infractions pénales concernées (à savoir, fraude, escroquerie), ils sont passibles de sanctions pour violation des Règles disciplinaires d'exercice et de comportement édictées par les associations comptables concernés. Ces sanctions sont ordonnées par des instances disciplinaires composées d'avocats indépendants et de membres de la profession. Les sanctions vont de la réprimande écrite à la radiation du Registre des comptables. Les décisions de ces instances sont disponibles publiquement.

## **9. ARTICLE 9. ENTRAIDE JUDICIAIRE**

L'article 9.1 de la Convention demande que chaque Partie coopère avec les autres Parties dans toute la mesure du possible en leur accordant « une entraide judiciaire prompte et efficace » aux fins des enquêtes et des procédures pénales engagées pour les infractions relevant de la présente convention ainsi qu'aux fins des procédures non pénales relevant de la présente convention engagées contre des personnes morales.

Aux exigences de l'article 9.1, il faut ajouter deux autres exigences d'ordre pénal. D'une part, aux termes de l'article 9.2, lorsqu'une Partie subordonne l'entraide judiciaire à la double incrimination, celle-ci est réputée exister si l'infraction pour laquelle l'entraide est demandée relève de la présente convention. D'autre part, conformément à l'article 9.3, une Partie ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale en invoquant le secret bancaire.

### **9.1 Lois, traités et mécanismes permettant l'entraide judiciaire**

#### **9.1.1 Questions pénales**

##### *(i) Prescriptions des conventions*

Les autorités néerlandaises indiquent que lorsque la loi néerlandaise conditionne l'octroi d'une entraide judiciaire à l'existence d'une convention, l'article 9 de la Convention constituera le fondement permettant de répondre favorablement à une telle demande. Aux termes du Code de procédure pénale, les cas pour lesquels une demande d'entraide judiciaire doit reposer sur une convention, sont notamment :

1. les demandes de renseignements se trouvant en la possession de l'administration fiscale (article 552m.3)

---

53 Comme aux termes de l'article 23.7, une personne morale encourt une amende « ne représentant pas plus que le montant correspondant à la catégorie maximale supérieure lorsque la catégorie définie pour l'infraction ne permet pas une sanction convenable », l'amende dans ce cas atteindrait 1 million de florins.

54 *Ibid.*

2. une demande d'entraide judiciaire concerne une enquête sur une infraction de nature politique ou une infraction. liée à des faits ayant un tel caractère (article 552m.1)

Il semble que l'existence obligatoire d'une convention s'applique aussi lorsque des renseignements financiers sont demandés (par exemple, auprès du « Centre de déclaration des transactions inhabituelles »). C'est ce qui ressort implicitement des commentaires du GAFI, dans la Synthèse de la Deuxième évaluation mutuelle des Pays-Bas, à savoir que la capacité des Pays-Bas à apporter une entraide judiciaire serait « renforcée en supprimant l'obligation d'existence préalable d'une convention ou d'un accord ». <sup>55</sup> De plus, le Bureau for International Narcotics and Law (U.S. Department of State) indique dans son International Narcotics Control Strategy Report de 1998, que le Ministère néerlandais des Affaires étrangères a adopté la position selon laquelle le Centre de déclaration des transactions inhabituelles ne peut pas échanger légalement des renseignements avec les cellules de renseignement financier d'autres pays, sans négocier préalablement des conventions avec les différents gouvernements étrangers. <sup>56</sup> Toutefois, les autorités néerlandaises expliquent que le Centre de déclaration des transactions inhabituelles a le pouvoir souverain d'échanger des renseignements avec les cellules de renseignement financier d'autres pays, en l'absence de convention. Les autorités néerlandaises précisent que les renseignements ne peuvent être obtenus qu'auprès du Centre de déclaration des transactions inhabituelles lorsqu'ils ont aussi été communiqués à la police et aux instances judiciaires aux Pays-Bas en relation avec une opération suspecte.

Les autorités néerlandaises indiquent que les Pays-Bas sont parties à plusieurs conventions multilatérales d'entraide judiciaire, notamment la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale conclue à Strasbourg le 20 avril 1959 ainsi qu'à des conventions bilatérales <sup>57</sup> (par exemple avec les Etats-Unis). Lorsqu'une convention est applicable, c'est elle qui régit généralement le processus d'obtention d'une entraide judiciaire et en ce qui concerne les questions de fond, ce sont les articles 552H à 552S du Code de procédure pénale.

Aux termes de l'article 552K.1 du Code de procédure pénale, « tous les efforts seront consentis pour se conformer à une demande fondée sur une convention ». Lorsqu'une demande ne repose pas sur une convention ou que le respect des dispositions de la convention applicable n'est pas obligatoire, aux termes de l'article 552K.2, la demande sera satisfaite lorsqu'elle est « raisonnable » et « sauf si sa satisfaction est illégale ou contraire aux instructions du ministre de la Justice ». Les autorités confirment qu'une demande d'entraide judiciaire aux termes de la Convention serait traitée comme une demande fondée sur une convention régie par l'article 552K.1.

#### *(ii) Dispositions du Code de procédure pénale*

Les conditions dans lesquelles une demande d'entraide judiciaire « ne sera pas satisfaite » sont notamment : 1. l'objet de l'enquête est de sanctionner, etc. un suspect à raison de sa nationalité, de sa race ou de sa religion, etc. [article 552L.1(a)] <sup>58</sup> ; 2. la satisfaction de la demande supposerait d'apporter le concours des Pays-Bas à une procédure contraire à la protection contre la double incrimination [article

---

55 Voir page 17 du Rapport du GAFI-IX 1997-98, à l'adresse [http://www.oecd.org/fatf/FATDocs\\_fr.htm#Annual](http://www.oecd.org/fatf/FATDocs_fr.htm#Annual)

56 Voir page 16 de l'International Narcotics Control Strategy Report (publié en février 1999) à l'adresse [http://www.state.gov/www/global/narcotics\\_law/1998\\_narc\\_report/](http://www.state.gov/www/global/narcotics_law/1998_narc_report/)

57 Les Pays-Bas sont notamment parties à des conventions bilatérales d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord, l'Australie et le Canada.

58. Lorsqu'il y a des raisons de penser qu'une demande répond à cette description, elle sera soumise au ministre de la Justice (552L.2).

552L.1(b)] ; enfin, 3. le suspect est poursuivi aux Pays-Bas à raison de la (des) même(s) infraction(s). [article 552L.1(c)]

En outre, aux termes de l'article 552M, les cas dans lesquels une demande ne peut être accordée qu'avec l'autorisation du Ministre de la Justice sont notamment :

1. les « infractions de nature politique » ou « liées à des faits ayant un tel caractère ». <sup>59</sup> Les autorités néerlandaises confirment que de telles infractions font référence à des crimes contre la sécurité nationale ou contre des chefs d'Etats ou représentants de pays amis ou des délits majeurs dans le cadre du fonctionnement d'un gouvernement constitutionnel. Ils confirment que cette qualification n'intéresse pas l'infraction de corruption d'un agent public étranger.

2. les demandes de renseignements se trouvant en la possession de l'administration fiscale. <sup>60</sup>

Il semble que dans tous les autres cas, il appartient au procureur recevant la demande de décider des mesures à prendre en réponse à une demande. <sup>61</sup>

### *(iii) Types d'entraide judiciaire possibles*

Aux termes de l'article 552H.2 du Code pénal, « seront considérées comme des demandes d'entraide judiciaire » :

- demandes en vue de procéder ou d'assister à des enquêtes ;
- demandes de communication de documents, de dossiers ou d'éléments de preuve ou demandes de renseignements ;
- demandes de transmission ou de délivrance de documents à des tiers.

De plus, article 552I.2 du Code pénal indique que des mesures coercitives sont également possibles. Techniquement parlant, la saisie de documents n'est possible qu'en cas d'infraction pouvant donner lieu à extradition (voir au point 3.3 « Sanctions et entraide judiciaire »), et aux termes de l'article 51(a)(1) du Code pénal, l'extradition n'est pas possible en ce qui concerne l'article 178 sur la corruption de juges. Les autorités néerlandaises indiquent cependant que cela ne constitue pas un obstacle à la saisie de documents en relation avec une infraction aux termes de l'article 178, parce qu'une telle infraction est également couverte par les articles 177 et 177a. En outre, lorsqu'une convention précise est en vigueur entre les Pays-Bas et le pays requérant, cette mesure coercitive peut être sollicitée par référence à l'article 178.

### **9.1.2 Questions non pénales**

Les autorités néerlandaises indiquent que l'entraide judiciaire peut être accordée aux Parties requérantes en lien avec une procédure non pénale à l'encontre d'une personne morale (par exemple, l'article 49 de l'Accord de Schengen et la future convention d'entraide judiciaire de l'UE).

---

59 Le ministre ne peut autoriser la satisfaction d'une telle demande que lorsqu'elle repose sur une convention et après consultation avec le ministre des Affaires étrangères (552m.1). L'article 552M.2 prévoit une exception à cette obligation lorsque la demande est formulée en lien avec des activités terroristes.

60. Le ministre ne peut autoriser la satisfaction d'une telle demande que lorsqu'elle repose sur une convention et après consultation avec le ministre des Finances.

61 Voir articles 552I and 552j.

## **9.2 Double incrimination**

Les autorités néerlandaises expliquent que lorsque la saisie de documents est demandée, la double qualification pénale est obligatoire pour l'octroi d'une entraide judiciaire. Elles affirment que cette prescription ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de la Convention. Comme cette obligation de double qualification pénale découle de la Loi sur l'extradition, on y reviendra plus loin en ce qui concerne l'extradition (voir point 10.5 « Double incrimination »).

## **9.3 Secret bancaire**

Les autorités néerlandaises indiquent que le droit néerlandais ne comporte aucune disposition permettant de refuser l'entraide judiciaire en invoquant le secret bancaire.

Les renseignements concernant une opération « suspecte » peuvent être demandés par une Partie auprès de la police ou des instances judiciaires auprès desquelles le Centre de déclaration des transactions inhabituelles les a déjà déclarées [voir plus haut au point (ii) de « Article 7. Blanchiment de capitaux »]. En outre, le Centre de déclaration des transactions inhabituelles peut échanger en toute indépendance des renseignements avec les cellules de renseignement financier d'autres pays à condition qu'elles assument des responsabilités comparables et que les renseignements ne soient pas communiqués à des instances d'enquête de l'autre pays sans la permission du Centre de déclaration des transactions inhabituelles. Cette permission ne sera accordée que lorsque le Centre de déclaration des transactions inhabituelles aura procédé à la transmission des renseignements à la police ou aux instances judiciaires aux Pays-Bas. Dans tous les cas, seuls des renseignements sur des opérations « suspectes » sont disponibles.

Les autorités néerlandaises indiquent qu'une autre voie permettant d'obtenir une entraide judiciaire sous forme de renseignements financiers consiste à obtenir un mandat pour la publication de documents aux termes de l'article 552O.1(a) du Code de procédure pénale.

## **10. ARTICLE 10. EXTRADITION**

### **10.1/10.2 Extradition pour corruption d'agent public étranger/ Base juridique de l'extradition**

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. 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 ».

Dans les notes sur le projet de loi de Ratification, il est indiqué que, comme le droit néerlandais impose l'existence d'une convention à cet effet pour pouvoir procéder à une extradition, il a fallu amender l'article 51a de la Loi sur l'extradition (par l'intermédiaire de l'article II du projet de loi d'application) pour que la Convention soit considérée comme une « convention pertinente ». L'article 51a(2) de la Loi sur l'extradition dresse la liste des conventions aux termes desquelles l'extradition peut être accordée en vertu de l'article 51a(1). Cette disposition a été amendée pour que l'extradition puisse être accordée pour « les infractions ayant reçu la qualification pénale aux termes des articles 177 et 177a du Code pénal, dans la mesure où elles sont couvertes par la définition figurant aux articles 1.1 et 1.2 de la Convention ». En conséquence, l'extradition n'est pas possible en ce qui concerne l'article 178 sur la corruption de juges ; toutefois, les autorités néerlandaises estiment que les articles 177 et 177a donnent suffisamment de latitude pour satisfaire aux obligations de la Convention à cet égard. En outre, lorsqu'une convention d'extradition

spécifique est en vigueur entre les Pays-Bas et le pays requérant, l'extradition est possible pour une infraction aux termes de l'article 178.

L'article 51a(3) de la Loi sur l'extradition stipule en outre que lorsque l'extradition est possible aux termes de l'article 51a [en d'autres termes, lorsqu'elle est possible aux termes d'une « convention pertinente » figurant dans l'énumération de l'article 51a(2)], et que « aucune autre convention d'extradition n'est applicable »<sup>62</sup>, elle sera effectuée sous réserve des dispositions de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

Aux termes de l'article 5 de la Loi sur l'extradition, l'extradition ne peut être accordée qu'aux fins suivantes :

- Des enquêtes pénales entreprises par les autorités de l'Etat requérant en raison de soupçons concernant une infraction passible d'une peine de prison de 1 an ou plus aux termes de la loi de l'Etat requérant et des Pays-Bas (double incrimination).<sup>63</sup> [article 5(1)(a)]
- L'exécution d'une peine de prison de 4 mois ou plus<sup>64</sup> concernant une infraction visée par l'article 5(1)(a).<sup>65</sup> [article 5(1)(b)]

Les motifs pour lesquels l'extradition ne sera pas accordée aux termes de la Loi sur l'extradition sont notamment : 1. la sanction est impossible en raison d'un délai prévu par le droit néerlandais [article 9(1)(e)] ; 2. le Ministre de la Justice estime qu'il y a de bonnes raisons de penser que la personne en question serait poursuivie, etc. à raison de ses convictions politiques ou religieuses, etc. [article 10(1)] ; enfin, 3. l'infraction revêt un « caractère politique » ou est « liée à des faits ayant un tel caractère » [article 11(1)] {Voir à propos des infractions de caractère politique, plus haut au paragraphe (ii) du point 9.1.1 « Questions pénales »}.

Les autorités néerlandaises expliquent que les demandes d'extradition donnent lieu à une procédure de décision à deux échelons : le tribunal et le Ministre de la Justice. Le tribunal statuant en première instance ou la Cour suprême décide en première instance s'il y a lieu d'accorder l'extradition. A ce niveau, l'autorité judiciaire n'est habilitée qu'à refuser l'extradition lorsque des raisons impérieuses s'y opposent. Lorsque le tribunal refuse l'extradition, le Ministre de la Justice est également tenu de rejeter la demande. En revanche, lorsque le tribunal décide d'accéder à la demande, le ministère dispose du pouvoir souverain de rejeter la demande. Une décision du Ministre de la Justice de refuser l'extradition ne peut donner lieu à aucun appel, alors que les tribunaux civils peuvent prendre des mesures conservatoires lorsqu'ils accordent l'extradition.

### **10.3/10.4 Extradition de ressortissants**

Aux termes de l'article 4(2) de la Loi sur l'extradition, un ressortissant néerlandais peut être extradé lorsqu'il est requis pour une enquête pénale et que le Ministre de la Justice a l'assurance qu'au cas où une

---

62 Les Pays-Bas sont parties à des conventions bilatérales d'extradition avec l'Argentine, l'Australie, le Canada, les Etats-Unis et le Mexique. En outre, ils ont conclu des accords avec 23 autres pays de l'OCDE aux termes de la Convention européenne d'extradition.

63 Aux termes de l'article 6 de la Loi sur l'extradition, la période minimale de 1 an ne s'applique pas pour l'extradition vers la Belgique ou le Luxembourg.

64 Aux termes de l'article 6 de la Loi sur l'extradition, la période minimale de 4 mois ne s'applique pas pour l'extradition vers la Belgique ou le Luxembourg.

65 Aux termes de l'article 5(3) de la Loi sur l'extradition, lorsqu'une peine de prison a été prononcée *in absentia*, l'extradition n'est autorisée que si la personne en question a eu ou aura une occasion convenable de se défendre.



peine ferme d'emprisonnement serait prononcée, il sera autorisé à l'exécuter aux Pays-Bas. L'autre condition de l'extradition évoquée précédemment (voir 10.1/10.2) s'applique également à la décision d'extrader ou non un ressortissant néerlandais.

Les autorités néerlandaises confirment que lorsque l'extradition est refusée au motif que la personne est ressortissant néerlandais, l'affaire sera soumise aux autorités compétentes aux fins de poursuites conformément à l'article 10.3 de la Convention.

### **10.5 Double incrimination**

La double incrimination est nécessaire aux termes de l'article 5(1)(a) et (b) de la Loi sur l'extradition (voir plus haut, section 10.1/10.2). Les autorités néerlandaises confirment que conformément à l'article 10.4 de la Convention, cette condition sera réputée satisfaite si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de l'article 1 de la Convention dans la mesure où elle est incriminée par les dispositions des articles 177 ou 177a du Code pénal.

## **11. ARTICLE 11. AUTORITES RESPONSABLES**

L'article 11 de la Convention demande aux Parties de notifier au Secrétaire général de l'OCDE une autorité ou des autorités, chargées de l'envoi et de la réception des demandes de consultation, d'entraide judiciaire et d'extradition, qui joueront le rôle d'interlocuteur pour cette Partie pour ces matières.

Le Secrétaire général a reçu notification que le Ministre de la Justice est l'autorité responsable pour les matières visées par l'article 11.

## **B. MISE EN ŒUVRE DE LA RECOMMANDATION REVISEE**

### **DEDUCTIBILITE FISCALE**

#### *(i) Non-déductibilité fiscale des pots-de-vin*

Les dispositions de trois textes législatifs régissent la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin. En ce qui concerne les entrepreneurs et les salariés, la non-déductibilité est régie par la Loi relative à l'impôt sur le revenu de 1964,<sup>66</sup> remplacée depuis le 1er janvier 2001 par la Loi relative à l'impôt sur le revenu de 2001. Les autorités néerlandaises indiquent que le nouveau texte « reste identique » à cet égard. En outre, les mêmes dispositions figurent dans la Loi relative à l'impôt sur les salaires de 1964 en ce qui concerne les salariés,<sup>67</sup> et dans la Loi relative à l'impôt sur les sociétés de 1969, en ce qui concerne les entreprises.<sup>68</sup>

Les autorités néerlandaises fournissent les extraits suivants du texte de la Loi relative à l'impôt sur le revenu<sup>69</sup> concernant les entrepreneurs pour illustrer la façon dont fonctionnent ces dispositions (celles des autres textes pertinents sont pratiquement identiques) :

*1. Lors de la détermination des bénéfices d'exploitation, les dépenses relatives aux éléments suivants ne sont pas déductibles :*

---

66 Voir article 8a, § 1, (c) et (d), conjointement à l'article 8a, § 5 en ce qui concerne les entrepreneurs ; et l'article 36, § 1, (m) et (n), conjointement au § 13 en ce qui concerne les salariés.

67 Voir article 15b, § 1, (o) et (p) en ce qui concerne les salariés.

68 Voir article 8, § 1 en ce qui concerne les entreprises.

69 Voir article 3.14, § 1, (d) et (e), § 4 et § 5.

*d. infractions pénales pour lesquelles le contribuable a été irrévocablement condamné par un tribunal pénal néerlandais, y compris les infractions pénales prises en considération pour l'établissement de sanctions et d'infractions pénales que le Parquet renonce à poursuivre ;*

*e. les infractions pénales vis-à-vis desquelles le contribuable a respecté les conditions nécessaires pour prévenir des poursuites pénales aux Pays-Bas ;*

4. Dans la mesure où les dépenses liées à une infraction pénale auront été déduites au cours d'une ou plusieurs des cinq années ayant précédé l'année au cours de laquelle la condamnation mentionnée au paragraphe 1, (d), s'est avérée irrévocable ou au cours de laquelle les conditions mentionnées au paragraphe 1, (e), ont été réunies, un montant équivalent à ces charges sera inclus dans les bénéfices d'exploitation de cette dernière année.

5. En ce qui concerne l'application du paragraphe 1, (d) et (e), une personne qui a commandité l'infraction pénale pour le compte du contribuable ou qui a été effectivement chargée de commettre l'infraction pénale sera mise sur le même plan que le contribuable.

Ainsi, les charges liées à un pot-de-vin aux termes des articles 177, 177a ou 178 du Code pénal ne seraient non déductibles que s'il y a eu une condamnation ou un règlement par paiement d'une amende, etc. avec le procureur pour éviter les poursuites pénales. De plus, cette déduction n'est interdite rétroactivement que pour les 5 années suivant la constatation de la charge.

Les autorités néerlandaises expliquent que la non-déductibilité des pots-de-vin a été restreinte aux pots-de-vin en lien avec lesquels une condamnation a été prononcée ou un règlement extrajudiciaire a été conclu par ce que le système actuel repose sur l'idée qu'il appartient exclusivement aux tribunaux pénaux de déterminer si une infraction pénale a été commise. Elles ajoutent que le Parquet est généralement mieux à même d'obtenir des preuves de corruption, en particulier lorsque la corruption a eu lieu à l'étranger, et qu'il est plus facile d'obtenir l'entraide judiciaire en matière pénale qu'en ce qui concerne des renseignements d'ordre fiscal.

Les autorités néerlandaises expliquent que la période de 5 ans d'interdiction des déductions est classique pour un redressement aux termes du code des impôts et que le contribuable n'est tenu de conserver des données d'ordre fiscal que pendant 7 ans. Elles ajoutent que le droit pénal prévoit la possibilité d'une confiscation. En tout état de cause, à la lumière du délai de prescription sensiblement plus long pour les infractions prévues aux articles 177, 177a et 178 (à savoir 12 ans pour une infraction aux articles 177 ou 178, et 6 ans pour une infraction visée par l'article 177a) il semble possible que certains pots-de-vin en lien avec lesquels une condamnation, etc. est obtenue, soient en permanence déductibles.

#### **(ii) Initiatives récentes**

Des questions relatives au régime fiscal actuel relatif aux versements de pots-de-vin ont été soulevées par des parlementaires. Dans sa réponse, le secrétaire d'Etat au Finances a informé le Parlement en novembre 2000 de sa décision d'amender le code des impôts. La Direction de la législation fiscale est en train de préparer des amendements qui permettront à l'administration fiscale d'interdire la déduction d'une charge lorsqu'elle soupçonne cette charge de constituer un pot-de-vin à un agent public étranger. En d'autres termes, une condamnation au pénal ne sera plus la condition préalable à l'interdiction d'une telle déduction. En lieu et place, une déduction ne sera pas autorisée lorsque l'administration fiscale est raisonnablement convaincue que le paiement représente un versement de pot-de-vin. Il semble néanmoins que la période de cinq ans au plus pour interdire la déductibilité des pots-de-vin continuera d'être appliquée.

#### **(iii) Echange de renseignements**

Les autorités néerlandaises affirment qu'aux termes de l'article 6.3.3 d'une instruction à l'intention de l'administration fiscale, tous les inspecteurs des impôts sont tenus de déclarer leurs soupçons d'infractions pénales, y compris la corruption d'un fonctionnaire, au Directeur des Services d'informations et d'enquêtes fiscales, qui est lui-même tenu d'en rendre compte aux autorités chargées des poursuites.

En outre, les autorités néerlandaises expliquent que l'administration fiscale des Pays-Bas a « la capacité et la volonté » d'échanger des renseignements sur des versements de pots-de-vin sur la base des conventions multilatérales et bilatérales.<sup>70</sup>

---

70 Les autorités néerlandaises indiquent que les Pays-Bas ont conclu des conventions avec France et la Belgique prévoyant l'intensification de l'échange de renseignements, aussi bien spontané que sur demande, sur les frais, les commissions, les frais de courtage et autres formes de rémunérations versées à des personnes physiques ou morales.

## EVALUATION DES PAYS-BAS

### Remarques générales

Le Groupe de travail félicite les autorités néerlandaises pour le sérieux de leurs réponses écrites durant les premières phases de l'examen et pour avoir fourni d'excellentes traductions de tous les textes législatifs pertinents. Le Groupe apprécie la grande coopération des autorités néerlandaises tout au long du processus d'examen.

Le Groupe de travail considère que, sur la base des documents disponibles et des explications données par les autorités néerlandaises que la loi d'application néerlandaise est conforme aux normes prévues par la Convention. Les Pays-Bas ont mis en œuvre la Convention en élargissant la portée des infractions prévues par le Code pénal en matière de corruption d'agent de la fonction publique nationale et de corruption d'un juge national à la corruption « de personnels du service public d'un Etat étranger ou d'une institution internationale » et « d'un juge d'un Etat étranger ou d'une institution internationale » respectivement. La Loi d'application établit en outre une nouvelle infraction de corruption de personnels du service public, etc. sans intention d'inciter lesdites personnes à agir en violation de leurs obligations et alourdit les sanctions de corruption en cas de violation de leurs obligations officielles. Les Pays-Bas expliquent qu'ils ont ratifié la Convention relativement tard en raison de leur souci d'établir un projet de loi-cadre transposant plusieurs instruments internationaux touchant à la lutte contre la corruption, plutôt que d'adopter une démarche parcellaire de la mise en œuvre de leurs obligations internationales à cet égard.

La Convention a été signée au nom du Royaume des Pays-Bas, ce qui recouvre la composante du Royaume en Europe, Aruba et les Antilles néerlandaises. L'instrument de ratification n'a été déposé que pour la partie européenne du Royaume, mais il reste possible au Royaume de procéder à la ratification pour Aruba et les Antilles néerlandaises lorsque ces territoires auront adopté une loi d'application. Ces composantes du Royaume ont exprimé leur intention de mettre en œuvre la Convention. Le Groupe de travail encourage la ratification et l'application rapide de la Convention par les Antilles néerlandaises et Aruba.

### I. Questions spécifiques

#### 1. Petits paiements de facilitation

Les autorités néerlandaises indiquent que le pouvoir discrétionnaire d'engager des poursuites peut s'exercer de manière qu'il est possible, dans certaines circonstances, de ne pas poursuivre une affaire ayant trait à un petit paiement de facilitation. Les Services du Ministère public ont l'intention de prendre prochainement des directives sur l'action publique dans les affaires de corruption, directives qui traiteront notamment de la question des petits paiements de facilitation. Ces directives seront prises selon les principes érigés dans la Convention et même si l'on ne peut savoir avec certitude la façon dont ces directives définiront les petits paiements de facilitation, il est prévu de les décrire comme des petits paiements au profit d'agents publics de rang inférieur en vue de les inciter à commettre un acte qui n'est pas en contravention avec leurs obligations publiques ou selon une formule ayant le même but.

Le Groupe de travail estime qu'il serait judicieux de suivre au cours de la Phase 2 l'application du pouvoir discrétionnaire de poursuite à cet égard, notamment l'application des futures directives.

## **2. Définition de l'agent public étranger**

Le Code pénal néerlandais ne donne pas de définition précise de l'expression utilisée dans les articles établissant les infractions pénales pour désigner un agent public étranger (à savoir « les personnels du service public d'un Etat étranger ou d'une institution internationale »). Les autorités néerlandaises expliquent que les tribunaux détermineront de façon indépendante si une personne donnée correspond à cette description en prenant en considération (1) le concept d'agent public néerlandais tel qu'il est défini par le Code pénal et la jurisprudence, concept qui est, selon elle, très étendu et (2) la définition de la Convention. La définition de l'agent public dans le droit du pays de l'agent public étranger pourrait également être prise en considération dans certaines circonstances. Toutefois, les autorités néerlandaises soulignent que la définition de la Convention constituerait la référence essentielle d'interprétation. Elles font observer que les notes rédigées aux fins de l'examen parlementaire du projet de loi d'application indiquent que l'objectif d'extension des infractions pertinentes à la corruption des personnes susmentionnées est de permettre la mise en œuvre de la Convention.

Sur la base des explications fournies par les autorités néerlandaises, cette approche semble conforme à la Convention. La question pourrait être abordée de nouveau lors de la Phase 2.

## **3. Tiers**

Les infractions pertinentes prévues par le Code pénal (articles 177, 177a et 178) ne font pas référence aux pots-de-vin destinés à un tiers. Les autorités néerlandaises affirment que ce cas est couvert lorsque l'avantage est destiné à un tiers bénéficiaire, y compris celui où un accord est conclu entre le corrupteur et l'agent public étranger en vue de transmettre directement l'avantage à une tierce partie, puisqu'en pareil cas, l'agent est considéré comme ayant reçu une chose de valeur aux fins de l'influencer. En outre, elles soulignent que les notes rédigées aux fins de l'examen parlementaire du projet de loi d'application confortent cette interprétation.

Le Groupe de travail recommande que cette question fasse l'objet d'un suivi au cours de Phase 2.

## **4. Niveau des sanctions pécuniaires à l'encontre des personnes morales**

Le Groupe de travail a débattu de la question de savoir si le niveau des amendes applicables aux personnes morales est suffisamment efficace, proportionné et dissuasif. Aux termes du Code pénal, l'amende maximale applicable aux personnes morales est d'un million de florins (450 000 euros) pour une infraction avec circonstances aggravantes (violation des obligations officielles), ce qui est aussi l'amende maximale applicable à une quelconque infraction. L'amende maximale pour l'infraction atténuée (pas de violation des obligations officielles) est de 100 000 florins (45 000 euros).

Les autorités néerlandaises affirment que le niveau des amendes doit être considéré au côté d'autres mesures susceptibles d'être appliquées lors de la condamnation. Elles affirment que dans la pratique la confiscation et la mesure connexe concernant le paiement d'une somme équivalente aux gains obtenus illégalement sont normalement appliquées. Elles soulignent par ailleurs l'existence de la peine d'emprisonnement pour la personne exerçant un contrôle de fait de la personne morale qui, par exemple, a donné l'instruction ou s'est abstenue d'interdire l'acte de corruption.

Le Groupe de travail recommande de suivre la question du niveau des amendes au cours de la Phase 2, notamment en ce qui concerne le champ d'application des deux catégories d'amendes.

## **5. Compétence fondée sur la nationalité**

Selon les autorités néerlandaises, l'exigence de la double incrimination pour l'établissement de la compétence fondée sur la nationalité pourrait ne pas être respectée lorsqu'un ressortissant néerlandais corrompt un agent public étranger à l'étranger dans un pays autre que celui pour lequel ledit agent exerce une fonction publique pour peu que la qualification pénale soit attribuée à la corruption d'un agent public national dans ce pays (et que le comportement répréhensible ne relève pas d'une autre infraction pénale). Les autorités néerlandaises pensent néanmoins qu'il est extrêmement improbable qu'une opération entachée de corruption intervienne dans ces conditions.

Le Groupe de travail recommande, compte tenu du libellé de l'article 4.4 de la Convention demandant aux Parties de vérifier l'efficacité de leur compétence, de revoir cette question de façon horizontale au cours de la Phase 2.

## **II. Déductibilité fiscale**

Les lois fiscales ne refusent pas expressément la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers. Elles refusent plutôt la déductibilité de dépenses liées à des « infractions pénales » lorsqu'il y a eu condamnation par un tribunal néerlandais ou une transaction sous forme d'amende etc..auprès du parquet néerlandais en vue d'éviter des poursuites pénales. De plus, même lorsqu'il y a eu condamnation, la déduction n'est interdite rétroactivement aux termes de ces textes que jusqu'à 5 ans suivant la constatation de la dépense. En conséquence, compte tenu du délai de prescription sensiblement plus long pour les infractions prévues aux termes des articles 177, 177a et 178 (à savoir 12 ans pour une infraction aux articles 177 ou 178, et 6 ans pour une infraction visée par l'article 177a) il semble possible que certains pots-de-vin ayant donné lieu à une condamnation pénale de leurs auteurs, etc, soient en permanence déductibles. Toutefois, aux termes d'une directive fiscale, les inspecteurs des impôts sont tenus de communiquer au Directeur des Services d'informations et d'enquêtes fiscales, qui est lui-même tenu d'en rendre compte aux autorités chargées des poursuites toute information qu'il détient sur d'éventuelles infractions pénales, y compris celle relative à la corruption d'un fonctionnaire.

Le 9 février 2001, le Conseil des ministres a approuvé l'intention du secrétaire d'Etat aux Finances de préparer un projet de loi portant amendement du traitement fiscal des pots-de-vin. Aux termes de ce projet de loi, les agents des impôts seraient habilités à refuser la déduction de certaines charges lorsqu'ils sont raisonnablement convaincus, en s'appuyant sur des indicateurs adéquats, que ces charges correspondent à des versements de pots-de-vin (aux Pays-Bas ou à l'étranger), ce qui supprime l'obligation d'avoir obtenu une condamnation. Le gouvernement entend « hâter » ce processus et les autorités néerlandaises pensent que le projet de loi pourra être adopté avant la fin de l'année.

Le Groupe de travail considère que la situation actuelle n'est pas conforme à l'esprit de la Recommandation de 1996 sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin pas plus qu'avec la situation actuelle des autres Parties à la Recommandation. Il se félicite de l'initiative législative et presse les Pays-Bas de procéder à la modification indispensable dans les meilleurs délais.