

Université du Sud Toulon-Var

UFR Faculté de droit

CENTRE DE DROIT ET DE POLITIQUE COMPARES JEAN-CLAUDE ESCARRAS

UMR-CNRS 6201

GROUPEMENT DE DROIT COMPARE 1199

Thèse pour le doctorat en droit

Droit public

Présentée et soutenue publiquement

par

Philip FITZGERALD

En novembre 2011

**LES DISPOSITIFS JURIDIQUES INTERNATIONAUX DE LUTTE
CONTRE LA CORRUPTION DES AGENTS PUBLICS ETRANGERS**

sous la direction de

Monsieur **Max GOUNELLE**, Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Jury

Monsieur **Louis BALMOND**, Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis

Monsieur **Eric BOURNAZEL**, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Monsieur **Peter CULLEN**, ancien Professeur aux Universités d'Edimbourg (Ecosse), de Trèves (Allemagne) et de Bâle (Suisse). Juriste-linguiste à la Cour de justice de l'Union européenne

Monsieur **Max GOUNELLE**, Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Monsieur **Jean-François LEBEURRE-KOENIG**, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon-Var

Université du Sud Toulon-Var

UFR Faculté de droit

CENTRE DE DROIT ET DE POLITIQUE COMPARES JEAN-CLAUDE ESCARRAS

UMR-CNRS 6201

GROUPEMENT DE DROIT COMPARE 1199

Thèse pour le doctorat en droit

Droit public

Présentée et soutenue publiquement

par

Philip FITZGERALD

En novembre 2011

**LES DISPOSITIFS JURIDIQUES INTERNATIONAUX DE LUTTE
CONTRE LA CORRUPTION DES AGENTS PUBLICS ETRANGERS**

sous la direction de

Monsieur **Max GOUNELLE**, Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Jury

Monsieur **Louis BALMOND**, Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis

Monsieur **Eric BOURNAZEL**, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Monsieur **Peter CULLEN**, ancien Professeur aux Universités d'Edimbourg (Ecosse), de Trèves (Allemagne) et de Bâle (Suisse). Juriste-linguiste à la Cour de justice de l'Union européenne

Monsieur **Max GOUNELLE**, Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var

Monsieur **Jean-François LEBEURRE-KOENIG**, Maître de conférences à l'Université du Sud Toulon-Var

À Anna, Louise et Alice

REMERCIEMENTS

Qu'il me soit permis au seuil de cette étude, d'exprimer ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur Max Gounelle qui a bien voulu diriger ces recherches. Ses conseils avisés, ses nombreuses remarques et sa très grande disponibilité ont éclairé cette route et grandement contribué à la concrétisation de cette thèse.

Je tiens également à exprimer ma très sincère reconnaissance à Messieurs les Professeurs Louis Balmond, Eric Bournazel, Peter Cullen, et Monsieur Jean-François Lebeurre-Koenig, Maître de conférences, qui m'ont fait l'honneur de participer au jury de soutenance de cette thèse.

De nombreux praticiens de la lutte contre la corruption ont bien voulu me faire part de leurs opinions et je leur en remercie. Il s'agit de Madame Gillian Dell et Messieurs Chandu Krishnan et Julien Coll de l'ONG Transparency International ; les avocats spécialisés dans le Foreign Corrupt Practices Act, Richard Cassin et Marcus Cohen ; les Professeurs Ilias Bantekas, Paul Ocheje, Elizabeth Spahn, Philippa Webb ou encore Maud Pedriel-Vaissière, juriste de l'association SHERPA.

J'adresse mes vifs remerciements aux membres du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras pour leur soutien, leur présence et leurs interventions bienveillantes.

A ceux et à celles qui m'ont accompagné pendant cette période de thèse.

La Faculté n’entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises
dans cette thèse qui restent propres à leur auteur.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE – LA DELICATE HARMONISATION DES CRITERES D'INCRIMINATION

CHAPITRE 1 - LES RECENTES DEFINITIONS TEXTUELLES DE LA NOTION *D'AGENT PUBLIC ETRANGER*

CHAPITRE 2 - LA RELATIVE SYMETRIE DES DEFINITIONS TEXTUELLES DES INFRACTIONS

CHAPITRE 3 – LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES : UNE RESPONSABILITE LACUNAIRE

SECONDE PARTIE - LA DIFFICILE APPLICATION DES TEXTES INTERNATIONAUX

CHAPITRE 4 - L'EXTENSION DE LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES

CHAPITRE 5 - LA COOPERATION JUDICIAIRE INTERETATIQUE

CHAPITRE 6 – L'INDISPENSABLE TRANSFERT DES PERSONNES ARRETEES ET DES BIENS SAISIS

CHAPITRE 7 - LE ROLE ESSENTIEL DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES INTERGOUVERNEMENTALES : LES MECANISMES INSTITUTIONNELS DE CONTROLE DE L'APPLICATION DES TEXTES INTERNATIONAUX

CHAPITRE 8 - PROPOSITIONS D'AMELIORATION DES DISPOSITIFS JURIDIQUES INTERNATIONAUX EXISTANTS

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION GENERALE

- I Propos liminaires p. 9.
- II Intérêt juridique p. 11.
- III Définition des termes p. 15.
- IV Historique sommaire p. 20.
- V Société civile internationale et initiative individuelle p. 51.
- VI Sources des données p. 54.
- VII Difficultés de recherche p. 57.
- VIII Hypothèses et justification du plan p. 58.

« *No empty handed man can lure a bird* »

Chaucer. The Canterbury Tales

I

La faculté d'idéaliser n'étant pas « *une sorte de luxe dont l'homme pourrait se passer, mais une condition de son existence* »¹, l'idéal anticorruption se dresse tel un épouvantail de l'éthique. Stigmatisé dans l'esprit populaire et ciblé par la norme juridique, l'acte corrompu symbolise à bien des égards, un manque de probité ou une défaillance morale. Le phénomène de la corruption est pourtant porteur d'une lourde contradiction car une dichotomie existe entre d'une part le mythe sociétal d'un comportement défendu, sanctionné par la loi et d'autre part la réalité d'un rouage parfois essentiel d'un rapport de réciprocité. L'analyse du mythe sociétal proscrivant l'acte corrompu est bien établie,

¹ E. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse : livre troisième*, 5^{ème} édition, Paris, PUF, 2003, p. 399.

notamment par M. le Professeur Reisman. Ce dernier utilise comme vecteur de recherche l'idée d'un *système des mythes*². Il s'agit, en l'occurrence, d'un système, selon lequel une société exprime clairement l'ensemble des règles et interdictions pertinentes à celle-ci, c'est-à-dire le comportement qui est - de manière assez manichéenne - « *bien* » ou « *mal* », ce que l'on peut ou ne peut pas faire.

On doit distinguer très nettement de ce *système des mythes*, ce que M. le Professeur Reisman désigne comme le *code opératoire*. Ce *code* dicte en quelque sorte à un certain groupe de personnes – les *opérateurs* – de quelle manière certains *torts* peuvent en fait être réalisés. En ce sens, certains *torts* reconnus comme tels par le *système des mythes* peuvent, de manière sélective, être admis. Si ce système désigne la façon appropriée de se comporter pour la plupart du groupe, pour d'autre personnes – les *opérateurs* - il fait office seulement de guide. Le *locus classicus* de cette dualité entre le système de mythes et le code opératoire est certainement le Code d'*Hammurabi* qui date de l'Empire babylonien³.

Les élites sont généralement averties des failles du *système des mythes* et aussi de l'utilité de la pratique du *code opératoire*. Lorsque la pression populaire exige une certaine réaction des élites, celle-ci peut se cristalliser par le renforcement du *système des mythes* par la norme juridique, même si ce renforcement peut porter en lui une inefficacité juridique parfois volontaire. Ce genre de réponse normative est ce que M. le Professeur Reisman désigne comme *lex simulata*.⁴

Ces lignes écrites en 1979 sont d'une très grande pertinence dans l'étude de la lutte contre la corruption internationale actuelle. La présente recherche porte sur une forme spécifique de corruption, plus précisément la corruption d'un agent public étranger. Il s'agit d'un domaine qui a connu un essor international normatif considérable depuis quinze ans, notamment avec l'entrée en vigueur de plusieurs conventions à visée régionale et

² W. M. REISMAN, *Folded Lies: Bribery, Crusades and Reforms*, New York, Free Press, 1979, p. 1.

³ Voir en ce sens, *ibid.*, p. 17: « *There is substantial reason to believe that Hammurabi's code was never applied; those charged with making decisions and those seeking decisions from officials operated on the basis of an entirely different code of norms. However, the Code of Hammurabi should not be dismissed as irrelevant, for insofar as it expressed key values of the elite and the society of the time, it may have influenced behavior and even the formulation and application of the operational code* ».

⁴ *Ibid.*, p. 31, M. le Professeur Reisman définit la *lex simulata* comme « *a statutory instrument apparently operable, but one that neither prescribes, those charged with its administration, nor the putative target audience ever intend to be applied* ».

universelle. Il est parfois estimé que ce dispositif juridique international n'est pas toujours d'une efficacité parfaite. L'analyse de l'éminent Professeur de l'Université de Yale⁵ pousse à l'interrogation suivante : de quelle manière la lutte contre la corruption internationale actuelle est-elle marquée du sceau de la *lex simulata* ? Plus précisément, les rédacteurs des textes ont-ils voulu ou pu octroyer une dimension opératoire satisfaisante à ces textes ? L'objectif de la présente recherche est double : d'une part, apporter les éléments de réponse à la question de savoir si, en effet, le dispositif est réellement composé de *lex simulata* ; d'autre part, en fonction des réponses, faire des propositions d'amélioration - à l'appui de l'avis de praticiens de lutte contre la corruption - au dispositif juridique international existant.

II

L'intérêt juridique d'une étude de la corruption découle des graves problèmes politiques, économiques, sociaux, juridiques, environnementaux ou encore éthiques provoqués par ce phénomène⁶. La corruption met en péril les institutions démocratiques (A) et engendre des effets économiques et sociaux négatifs (B).

A - Une menace pour les institutions démocratiques

i - Il y a plus de deux cents ans, le préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a précisé que « *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seuls causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements* ». L'affirmation des droits de l'homme s'est présentée, déjà, comme un moyen de lutter contre la corruption⁷.

ii - Il existe une incompatibilité profonde entre le respect des droits de l'homme et la corruption. Cette dernière est un phénomène qui « *va de pair avec les discriminations et*

⁵ Voir également l'analyse plus récente d'une ancienne élève du Professeur Reisman à l'Université de Yale, Philippa Webb: P. WEBB, « The United Nations convention against corruption global achievement or missed opportunity? », *8 Journal of International Economic Law*, March 2005, pp. 191 – 229.

⁶ C. YANNACA-SMALL, « Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre », *A.F.D.I.*, 1994, p. 792 ; voir également : E. QUINONES, « L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE », *A.F.D.I.*, 2003, p. 563.

⁷ E. ALT, I. LUC, *La lutte contre la corruption*, Paris, PUF, 1997, p. 5.

les inégalités, notamment devant la justice »⁸. La corruption trouble la relation d'échange et de réciprocité et détruit en ce sens les relations individuelles⁹.

iii- Plusieurs commentateurs juridiques estiment que la corruption s'apparente à « *l'envers des droits de l'homme* »¹⁰. Elle menace l'Etat de droit¹¹ puisqu'elle en ébranle les piliers centraux que sont la séparation de pouvoirs¹² et l'institutionnalisation des droits de l'homme.¹³

La corruption s'insinue au cœur de l'Etat et porte atteinte à la confiance des citoyens dans les institutions publiques, ce qui représente une menace pour la stabilité de celles-ci et la cohésion sociale¹⁴. C'est en ce sens que la corruption est une grave menace pour la démocratie. La corruption abolit « *la confiance qui rend possible le mécanisme de*

⁸ M. HUNAULT, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (N°171) relatif à la lutte contre la corruption*, Assemblée nationale, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 octobre 2007, p. 10 ; voir également *ibid.*, p. 10 : la corruption « *porte atteinte au droit de propriété en favorisant des appropriations abusives par des manipulations de cadastre* ».

⁹ P. TRUCHE, M. DELMAS-MARTY, « L'Etat de droit à l'épreuve de la corruption », in *l'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 716.

¹⁰ Voir de manière générale : M. BORGHI, P. MEYER-BISCH, « La corruption, l'envers des droits de l'homme », in *Actes du IXe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg*, 3-5 février 1994 éd.universitaires de Fribourg, 1995, 400 p.

¹¹ L'Etat de droit peut être défini comme l' « *expression employée pour caractériser un Etat dont l'ensemble des autorités politiques et administratives, centrales et locales, agit en se conformant effectivement aux règles de droit en vigueur et dans lequel –estime-t-on généralement – tous les individus bénéficient également de garanties et de libertés fondamentales* ». S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, dir., *Lexique des termes juridiques*, 16ème édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 287.

¹² En droit constitutionnel il s'agit du « *Principe qui tend à prévenir les abus du pouvoir en confiant l'exercice de celui-ci non à un organe unique, mais à plusieurs organes, chargés chacun d'une fonction différente et en mesure de sa faire mutuellement contrepoids. Principe formulé par Locke et surtout par Montesquieu (Esprit des lois, Livre XI chap. 6), à qui l'on fait remontrer la distinction classique des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. La séparation des pouvoirs peut être rigide (indépendance des pouvoirs caractéristiques du régime présidentiel) ou souple (collaboration des pouvoirs caractéristiques du régime parlementaire)* », S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, dir., *Lexique des termes juridiques*, op.cit., p. 600 ; voir en ce sens B. BERTOSSA, in D. ROBERT, *La justice ou le chaos*, Paris, Stock, 1996, p. 122 : « *Le principe de la séparation des pouvoirs ne doit pas être appliqué seulement quand il nous arrange. Le juge ne peut pas lutter contre la tricherie en étant un tricheur. Il peut critiquer les lois, mais pas les violer, sinon il se met dans une position de faiblesse* ».

¹³ B. BARRET-KRIEGEL, « Etat de droit », in *Dictionnaire constitutionnel*, O. DUHAMEL, Y. MENY, dir., PUF, 992, p. 418 ; voir Y. MENY, *La corruption de la République*, Paris, Fayard, 1992, p. 229 : L'Etat de droit dont la « *substance réelle et empiriquement vérifiable se trouve dans les règles qu'il adopte et la pratique qu'il suit par rapport aux référents que la société politique s'est donné. De ce point de vue, la corruption ne peut être considérée que comme une pratique déviant dans un Etat de droit démocratique* ».

¹⁴ M. HUNAULT, op.cit., p. 10.

la représentation »¹⁵ et la démocratie est ainsi dénaturée et l'Etat de droit affaibli. La corruption remet en cause la légitimité du pouvoir et provoque le discrédit de la classe politique, ce qui la prive de la possibilité d'exiger des efforts de la population¹⁶.

Le phénomène destructeur de la corruption est d'autant plus répandu au sein des pays où les règles de la bonne gouvernance¹⁷ sont peu ou pas du tout respectées. Selon au moins un commentateur juridique¹⁸, la corruption est un phénomène qui se repose sur la peur, que cela soit la peur engendrée par des considérations économiques, sociales ou autres. De telles peurs naissent des lacunes démocratiques surtout au niveau de la justice économique. En ce sens, dans l'absence d'une redistribution démocratique des richesses, les individus sont naturellement disposés à s'approprier de manière informelle des ressources pour leur propre compte.

B - Effets économiques et sociaux de la corruption

Les coûts économiques et sociaux de la corruption sont aujourd'hui largement reconnus même s'il peut s'avérer difficile de les mesurer avec précision¹⁹. Il convient d'énumérer brièvement les nombreux effets négatifs de la corruption sur l'allocation et sur

¹⁵ P. TRUCHE, M. DELMAS-MARTY, *op.cit.*, p. 716.

¹⁶ Voir J.-P. FITOUSSI, P. ROSANVALLON, *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1996, 231 p.

¹⁷ La Banque mondiale énonce quatre conditions relatives à l'établissement de la bonne gouvernance : l'instauration d'un Etat de droit qui garantisse la sécurité des citoyens et le respect des lois (indépendance des magistrats), la bonne administration qui exige une gestion correcte et équitable des dépenses publiques, la responsabilité de l'imputabilité (*accountability*) qui imposent que les dirigeants rendent compte de leurs actions devant la population et enfin la transparence qui permet à chaque citoyen de disposer et d'accéder à l'information ; voir en ce sens M.-C. SMOOTS, « Du bon usage de la gouvernance en relations internationales », in *La gouvernance, Revue internationale des sciences sociales*, n° 155, mars 1998, p 88 ; pour un développement approfondi sur la prise en compte de la corruption par cette institution, voir M. MADANA KANE, V. LINDER, « La prise en compte de la corruption dans les financements de la Banque mondiale : aspects juridiques », in *La corruption et le droit international*, D. DORMOY, dir., Bruxelles, Bruylants, 2010, pp. 49 – 74.

¹⁸ M. le Professeur P. OCHEJE, Director, Centre for Transnational Law and Justice, Faculty of Law, University of Windsor, Ontario, Canada: entretien avec l'auteur de la présente recherche du 15 août 2011.

¹⁹ Pour une analyse de l'impact économique de la corruption, voir S. ROSE-ACKERMAN, *Causes, conséquences and reform*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 9 -26 ; ces transactions sont généralement de nature clandestine « induisent à la fois des distorsions directes, en freinant la concurrence et des distorsions indirectes, en instaurant un climat général de laxisme qui renforce l'irresponsabilité. » ; J. CARTIER-BRESSON, « Les analyses économiques des causes et des conséquences de la corruption : quelques enseignements », in *Affairisme : la fin du système*, Paris, OCDE, 2000, p. 11.

la redistribution des ressources²⁰.

i - L'acte corrompu illicite peut tout d'abord engendrer des coûts importants afin de protéger sa nature secrète.

ii - Par le fait d'accroître l'incertitude et le coût des transactions légales, la corruption a pour effet de réduire le montant des investissements et de freiner la croissance.

iii - Quand les pouvoirs publics attribuent des marchés à des entreprises corruptrices qui répercument le coût du pot-de-vin sur leur devis, il est question alors d'une mauvaise allocation des ressources publiques.

iv - La corruption peut induire des distorsions du rôle des pouvoirs publics en matière d'allocation des ressources par le fait de fausser la structure des dépenses publiques au profit de projets qui facilitent le prélèvement de pots-de-vin et aux dépens des programmes prioritaires. On fait notamment référence ici aux « éléphants blancs »²¹. La corruption augmente en ce sens les déficits publics notamment parce que ces contrats ne sont pas attribués au moins-disant. Par l'accroissement du prix des produits et des services, une augmentation du coût de la vie est une conséquence de la corruption.

v - La corruption fausse le rôle redistributif de l'Etat et facilite la fraude et l'évasion fiscales. En restreignant les recettes publiques, elle fait reposer des prélèvements de plus en plus lourds sur un nombre de contribuables de plus en plus restreints.

vi - Une autre conséquence de la corruption est la détérioration de la qualité des services offerts et des biens achetés ou contrôlés par les administrations.

vii - Au sein de systèmes où la recherche de rentes s'avère plus lucrative que le travail productif, la répartition des talents se fait mal et l'élite a tendance à se tourner vers des activités non productives, ce qui a des conséquences préjudiciables sur le surplus social et la croissance.

²⁰ On fait largement référence ici à la liste établie par M. le Professeur J. Cartier Bresson, voir en ce sens : J. CARTIER-BRESSON, « Les analyses économiques des causes et des conséquences de la corruption : quelques enseignements », *op.cit.*, p. 18.

²¹ Référence à une réalisation d'envergure souvent prestigieuse et d'initiative publique, qui s'avère plus coûteuse que bénéfique et dont l'exploitation ou l'entretien devient un fardeau financier.

viii - Le fait de verser les paiements corrompus lors des marchés internationaux a des conséquences lourdes au sein du pays pertinent. Il s'agit d'abord de générer « *une culture de la corruption dans les entreprises, qui sont ensuite tentées d'y recourir sur le marché intérieur* »²².

Les effets ravageurs de la corruption sont multiples. Il est donc utile d'en tenter une analyse juridique à son égard. Il convient alors de définir les termes pertinents à cette étude.

III

On procédera à une analyse du sens juridique que l'on donne au terme « corruption » (A) pour mieux délimiter cette étude en clarifiant l'infraction juridique pertinente (B).

A – Définir la corruption

Le terme « *corruption* » est porteur de fortes connotations morales. Il est question du substantif du verbe *corrompre* qui vient du latin *corrumpere* - étymologiquement, cum-rumpere : briser, rompre un ensemble – dont le sens « *revêtait déjà au XIe siècle la dimension métaphorique de perversion, corruption de l'âme* »²³.

Le mot corruption s'est rapproché de son sens contemporain en 1283²⁴, c'est-à-dire « *entraîner par des promesses et des dons, une personne chargée de responsabilités à agir contre son devoir* ». D'autres définitions de la corruption des praticiens actuels de lutte contre la corruption nous éclairent sur le sens de ce terme. Selon le magistrat R. Van Ruymbeke la corruption est « *un pacte entre un élu et une entreprise pour avoir un marché, la facture étant à la charge du contribuable* »²⁵. P. Lascoumes, propose une définition large de la corruption : « *le comportement du détenteur d'une autorité qui, dans*

²² M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 11, ce lien entre la corruption internationale et la corruption interne se réalise à travers le « *retour sur commission* ». En ce sens, dans l'hypothèse où un exportateur par exemple européen confie la négociation d'un contrat à un intermédiaire, il est envisageable qu'il demande qu'une fraction de la commission versée à celui-ci soit reversée à son profit sur un compte ouvert à l'étranger, afin de servir de caisse noire.

²³ E. ALT, I. LUC, *op.cit.*, p. 3.

²⁴ *Ibid.*, p. 3.

²⁵ R. VAN RUYMBEKE in D. ROBERT, *op.cit.*, p. 54; voir également, E. ALT, I. LUC, *op.cit.*, p. 7, « *Elle induit un détournement des ressources publiques et comporte un coût finalement assumé par le citoyen* ».

*le cadre de ses fonctions, publiques ou privées, utilise sa situation de pouvoir pour détourner une règle, à son profit, ou à celui d'une autre personne ou d'une autre organisation »*²⁶. Pour Mme le Professeur Rose-Ackerman, le terme corruption décrit une relation entre l'Etat et le secteur privé²⁷.

Il convient à ce stade de clarifier le rapport entre le corrupteur et le corrompu. Il est forcément question de ce que M. le Professeur Reisman désigne comme une « *fondamental social precondition* »²⁸. Il s'agit en occurrence d'un « *degree of effective and normative regulation by a controlling actor over a transaction whose outcome is valued by an external actor* »²⁹. L'acteur externe cherche à obtenir ce qu'il veut par le biais d'une récompense privée au profit d'un acteur détenteur de la décision publique ou privée. C'est selon l'interprétation de la norme pertinente que l'on décide si ce comportement est illicite ou non et peut être considéré ou non comme un acte corrompu.

Le cœur de cet échange – le fond de l'accord corrompu - est désigné par les juristes anglo-saxons selon l'adage latin *quid pro quo*. Le « *quid* » pour l'une des parties –le corrupteur- est le plus souvent un avantage qui est promis ou offert alors que le « *quo* » de l'autre partie – le corrompu ou corruptible – est le plus souvent une décision ou absence de décision dans l'exercice de ses fonctions. C'est en ce sens que le terme corruption fait clairement référence à un état bilatéral et synallagmatique. Pour D. Flore, la bilatéralité de l'échange corrompu vient de la rencontre – projetée ou accomplie - de deux personnes, de deux parties et de deux volontés. La corruption est de nature synallagmatique, puisque à cause de l'échange entre les deux parties ce qui constitue l'objet de la démarche de l'un constitue le moyen utilisé par l'autre pour atteindre son propre but et vice-versa³⁰.

²⁶ P. LASCOUMES, *Corruptions*, Paris, Presses de Science PO, 1999, p. 36.

²⁷ S. ROSE-ACKERMAN, *Causes, consequences and reform*, op.cit., p. 113.

²⁸ W. M. REISMAN, op.cit., p. 37.

²⁹ Ibid., p. 37.

³⁰ D. FLORE, *L'incrimination de la corruption*, Bruxelles, La Chartre, 1999, p. 11.

La corruption est un phénomène protéiforme. M. le Professeur Arnold Heidenheimer en a distingué trois formes : la corruption blanche, la corruption grise et la corruption noire³¹.

i - La corruption blanche est une forme de délinquance généralement acceptée par les élites et tolérée par les populations³². Il est ici question d'une forme de corruption qui peut être visée par les « *règles juridiques, le plus souvent pénales, sanctionnant ces comportements transgressifs, ceux-ci ne sont pas vraiment perçus comme des atteintes aux valeurs fondamentales d'une société et n'appellent donc pas de réprobation sociale* »³³.

ii - La corruption grise, elle, est faiblement incriminée. Bien que condamnée par l'opinion publique, elle est plutôt tolérée au sein des milieux dirigeants. On peut en donner comme exemple les pratiques illégales de financement des partis politiques avant 1988 en France³⁴.

iii - La corruption noire est la forme de corruption que l'on peut estimer la plus grave. Les comportements que l'on peut désigner comme de la corruption noire sont les plus souvent visés par le droit pénal. C'est ici que la présente étude doit resserrer son optique puisqu'il sera question d'analyser cette forme de corruption : « *celle qui est stigmatisée et donne lieu à sanction sociale* »³⁵.

Il faut préciser que la forme de corruption qui concerne la présente recherche est surtout celle habituellement désignée par le terme de **corruption active** par opposition à la **corruption passive**. Comprendre la différence entre les deux notions est essentiel puisque, comme nous le verrons, certains textes internationaux ont choisi un champ d'application très précis en visant seulement l'infraction de la corruption active. Il est impératif de

³¹ A. HEIDENHEIMER, *Readings in Comparative Analysis on Political Corruption*, New York, Holt, Rinehart & Winston Inc., 1970, pp. 3- 6.

³² Voir en ce sens E. ALT, I. LUC, *op.cit.*, p. 3 : « *de nombreuses pratiques allant des contraventions que l'on fait « sauter », aux passe-droit pour accélérer l'attribution d'avantages divers (places dans une crèche, logements sociaux...), peuvent illustrer cette tolérance* ».

³³ P. LASCOUMES, *op.cit.*, p. 13 ; voir *ibid.*, p. 14 : « *La white corruption n'apparaît donc pas dans les statistiques de criminalité. Peu dénoncés et peu repérables par les instances de contrôle, ces illégalismes demeurent dissimulés dans la masse des échanges économiques ordinaires, ils échappent ainsi à toute stigmatisation sociale, ce qui, en retour, renforce encore leur amnistie sociale* ».

³⁴ E. ALT, I. LUC, *op.cit.*, p. 5.

³⁵ P. LASCOUMES, *op.cit.*, p. 14.

comprendre que la corruption est un acte unilatéral de la personne qui promet ou offre (corruption active) ou de la personne qui sollicite ou reçoit (corruption passive).

La présente thèse ne traitera pas de ce que l'on peut désigner comme de la corruption privée. Ce genre d'acte corrompu concerne une relation entre des personnes privées et les hypothèses qui ont trait à des actes relevant de l'activité privée de ces parties. On pense notamment ici à la rupture du lien de confiance au sein de l'entreprise pour se protéger contre les agissements des personnes qui en relèvent³⁶. Plus généralement, il s'agit d'inciter les responsables d'une entreprise à prendre des décisions qui ne sont pas conformes à l'intérêt de la société. Dans ce cadre, on peut donner notamment l'exemple de l'affaire *Enron* aux Etats-Unis³⁷. On n'est évidemment pas ici dans le domaine de la corruption d'agent public étranger.

Cette thèse est spécifiquement concernée par la corruption publique. Cette forme de corruption se manifeste « *par le versement de commissions à des agents publics soit pour obtenir des passe-droits, soit pour se voir attribuer un marché public* »³⁸. La définition de la qualité publique de la personne pertinente – c'est-à-dire la définition de l'agent public étranger par les textes pertinents - est une problématique clé de cette étude.

B- Définir l'infraction pertinente

Dans un souci de clarté on illustrera brièvement la nature de l'acte visé de manière générale par les textes pertinents. Les articles des textes internationaux consacrés à l'infraction de la corruption « active » d'*agent public étranger*, se structurent de façon largement analogue. On en exposera ainsi les éléments – qu'ils soient matériels ou moraux – de l'infraction. Il s'agit généralement du « *fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers,*

³⁶ D. FLORE, *op.cit.*, p. 13.

³⁷ *Enron* était l'une des plus grandes entreprises américaines par sa capitalisation boursière. Outre ses activités propres dans le gaz naturel, cette société texane avait monté un système de courtage par lequel elle achetait et revendait de l'électricité, notamment au réseau des distributeurs de courant de l'État de Californie. En décembre 2001, elle a fait faillite en raison des pertes occasionnées par ses opérations spéculatives sur le marché de l'électricité, qui avaient été maquillées en bénéfices via des manipulations comptables. La faillite d'*Enron* a entraîné dans son sillage celle d'Arthur Andersen, qui auditait ses comptes.

³⁸ M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 7.

pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international »³⁹.

Il convient de mettre l'accent sur les éléments de cette définition, et plus précisément, sur les acteurs de l'échange corrompu et les éléments matériels et moraux de l'infraction.

i - Qui sont les acteurs de l'échange corrompu, c'est-à-dire les parties à l'échange *quid pro quo*? La catégorie de personnes pouvant être l'auteur de la corruption active - c'est-à-dire le corrupteur - est toujours très étendue, il peut, en effet, s'agir de toute personne physique ou morale. De l'autre partie à l'accord corrompu, tous les textes pertinents visent la corruption active du personnage central de cette étude – le corrompu – en l'occurrence l'agent public étranger (à son profit ou au profit d'un tiers).

ii - Quant aux éléments constitutifs de l'infraction, les textes font toujours état d'un élément matériel (le fait ou l'acte extérieur). Il s'agit du *quid*, c'est-à-dire l'acte illicite réalisé par le corrupteur. En matière de corruption active, il est question du fait de promettre, donner ou offrir un avantage qui est le plus souvent *indu*, cet acte peut être réalisé directement ou indirectement. On considère l'avantage comme *indu* puisqu'on attend du fonctionnaire qu'il agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exercice de ses fonctions. C'est la réalisation de ce comportement du fonctionnaire qui constitue le *quo*.

Dès lors, on donne quelque chose à l'agent public étranger auquel il n'avait pas droit. Se trouve alors constitué l'élément moral (l'intention ou le dol criminel) de l'infraction. Il s'agit, en effet, d'un fait intentionnel : pour qu'il y ait infraction, il faut démontrer que cela est réalisé avec l'intention requise, c'est-à-dire que le pot-de-vin va influencer le comportement de l'agent public étranger. Certains textes limitent le contexte d'un tel paiement au cadre de l'attribution ou la conservation d'un marché international. Cela constitue ce que l'on peut désigner comme un élément de dol spécial.

³⁹ On prend ici comme exemple l'article 1 (1) de la convention de l'OCDE.

IV

On procédera à une **double analyse historique**. Dans un premier temps, on étudiera l'histoire de la corruption de manière générale (A) pour ensuite cibler l'historique récent marqué par l'adoption de la loi américaine - FCPA - et l'adoption de plusieurs conventions de lutte contre la corruption internationale (B).

A - Historique général

Une première approche met en évidence les ambiguïtés historiques à l'égard de la notion de la corruption (i). Un procès britannique célèbre du XVIIIème siècle fournit un contexte historique intéressant à notre étude (ii).

i – Un concept de nature historiquement flou

Le principe de la réciprocité constitue une règle de vie dans de très nombreuses sociétés. L'anthropologie montre qu'au sein de certaines communautés archaïques, les relations avec les étrangers pacifiques ont été établies d'abord à travers un échange, dont la fonction essentielle est de créer une obligation sur le destinataire de l'offre. Ce dernier est lié par le fait d'accepter et on attend de lui qu'il rende quelque chose en retour⁴⁰.

Si l'on raisonne à travers le principe de l'échange *quid pro quo*, la frontière entre un échange de réciprocité et un paiement corrompu peut être assez mince. On ne pourrait que différencier un paiement corrompu d'un échange de réciprocité si le premier est condamné juridiquement ou socialement. Le comte mésopotamien - « *Le pauvre homme de Nippur* » - datant de 1500 avant J.-C. est un exemple intéressant de la manière dont était perçue la réciprocité à cette période. Il s'agit, en l'occurrence, d'une satire montrant un homme du peuple se venger d'un notable indigne de sa fonction, et qui profite de son pouvoir pour humilier les « petits ».

L'analyse historique de juge américain J. T. Noonan fournit de nombreux éléments clés à l'étude socio-juridique de l'histoire de la corruption.⁴¹ Selon cet auteur, on peut en distinguer trois périodes.

⁴⁰ J. T. NOONAN Jr, *Bribes*, New York, MacMillan Publishing Co, 1984, p. 3.

⁴¹ *Ibid.*, pp. xx – xxiii.

Lors d'une première période - entre 3000 av. J.-C. et 1000 ap. J.-C. - la réciprocité était la règle. La corruption est un phénomène presque aussi ancien que l'invention de la balance en Egypte, symbole de l'acceptation sociale du jugement objectif. A l'époque de Ramsès la corruption existait déjà⁴². Selon L. Louvet, « *les conséquences des scandales sous le règne de Pharaon se mesurèrent à la distorsion entre les valeurs prônées par le « Nouvel Empire » et celles qui s'élevèrent suite à d'autres affaires de corruption. C'est cette distorsion qui permit le complot qui causa la décadence sous les Ramsès* »⁴³.

Les écrits de Platon, Aristote ou encore Cicéron attestent également de l'ancienneté de l'histoire de la corruption. On peut d'ailleurs constater que « *notre vocabulaire politique est encore imprégné de sémantique latine, reflétant les premières luttes de la République romaine contre la corruption* »⁴⁴. En effet, on peut voir dans le mot «*candidat* » une référence à une pratique qui a été interdite par les Romains dont l'objet était la séduction des foules par les citoyens briguant des mandats électifs en blanchissant leur toge – *candidatus* – « *qui a été blanchi* ». On note, néanmoins, que les ambiguïtés linguistiques en hébreu, latin ou grec quant à l'interprétation du terme « *corruption* » démontrent une résistance culturelle envers concept.

Lors d'une deuxième période - entre 1000 ap. J.-C. – 1550 ap. J.-C. - J.T. Noonan estime que c'est à travers l'expression religieuse, littéraire ou encore juridique que l'idéal de l'anti-réciprocité (ou anti corruption) est devenue la règle dominante.

Ceux qui ont articulé l'éthique de la corruption de la manière la plus marquante sont peut être les maîtres de la littérature occidentale et en particulier Dante, Chaucer ou encore Shakespeare. Chaucer a par exemple consacré au sein de *The Pardonner's Tale* l'adage biblique *radix malorum est cupiditas*. Shakespeare a, lui, écrit dans Le Marchand de Venise « *si les empires, les grades, les places ne s'obtenaient pas par la corruption, si les honneurs purs n'étaient achetés qu'au prix du mérite, que de gens qui sont nus seraient*

⁴² En ce qui concerne cette période de l'Egypte, il était plutôt question de cosmogonie que de régime politique.

⁴³ L. LOUVET, *Le droit et la corruption internationale*, Université de Paris I Panthéon Sorbonne, 2008, p. 11.

⁴⁴ E. ALT, I. LUC, *op.cit.*, p. 3.

*couverts, que de gens qui commandent seraient condamnés »*⁴⁵.

Une troisième période se caractérise – surtout à partir du XVIIème siècle - de l'ascendance de l'idéal anti-corruption. En Europe, le Code pénal français de 1810 peut être considéré comme un évènement clé à partir duquel on assiste à l'institution définitive des sanctions sévères pour lutter contre la corruption dans la vie publique. En ce sens, avec l'émergence au XIXème siècle, de l'administration publique moderne, les abus commis par les agents publics dans l'exercice de leurs fonctions étaient dorénavant considérés comme de nature à compromettre sérieusement la confiance des citoyens en la probité et l'impartialité de l'administration⁴⁶.

ii - L'ambivalence historique des puissances coloniales à la corruption à l'étranger : l'exemple de la Grande-Bretagne.

Bien que l'existence de la corruption soit documentée depuis l'Antiquité, une attitude claire de la part des gouvernements s'est laissée attendre. Si, au fur et à mesure, les Etats semblaient prendre les mesures visant le respect des droits de l'homme à l'image de la France⁴⁷, un exemple britannique de la fin du XVIIIème siècle fournit une très belle illustration du regard ambivalent des puissances colonisatrices à l'égard d'actes corrompus de leurs ressortissants à l'étranger. Le procès de Warren Hastings, gouverneur du Bengale – Inde britannique – de 1772 à 1785 fournit un exemple ancien de cette pratique. L'histoire du procès visant la destitution de Warren Hastings – *impeachment* – fait l'objet d'une analyse par Mme le Professeur Ala'i⁴⁸. Le procès qui a eu lieu entre 1787 et 1795 a vu l'acquittement de Warren Hastings. Ce procès peut être vu comme un symbole de l'héritage de moralité géographique et de colonialisme. Les problématiques pertinentes de ce procès - qui s'est déroulé il y plusieurs siècles – le sont encore aujourd'hui dans le

⁴⁵ W. SHAKESPEARE, *Le Marchand de Venise*, acte II, scène 9.

⁴⁶ Voir <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> § 1.

⁴⁷ Voir Y. MENY, *op.cit.*, p. 166 : On peut voir par exemple en France, que « *dans la foulée de la philosophie des Lumières, la Révolution française a voulu fonder un ordre nouveau aspirant à restaurer le bonheur de l'humanité par le respect des droits de l'homme : extraordinaire ambition visant à subordonner toute l'activité politique au respect de principes abstraits à vocation universelle. Au pouvoir du despote devait se substituer le pouvoir de la volonté générale, au pouvoir personnel et discrétionnaire succédait celui de la loi, de la règle générale et impersonnelle [...] la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reste le phare qui guide la navigation du système politique français* ».

⁴⁸ P. ALA'I, « *The Legacy Of Geographical Morality And Colonialism: A Historical Assessment Of The Current Crusade Against Corruption* », *33 Vand. J. Transnat'l L.*, 2000, pp. 877 – 932.

domaine de la corruption internationale.

Les poursuites à l'égard de Hastings ont été menées par Edmund Burke. Burke a soutenu non seulement que Hastings avait commis des actes de corruption, mais qu'il avait, de surcroît, élaboré un système de gouvernement corrompu dans le seul objectif d'exercer un pouvoir arbitraire afin de dépouiller l'Inde de ses richesses sans retenu et sans respect pour l'Etat de droit⁴⁹.

Curieusement, Warren Hastings n'a jamais nié avoir accepté des pots-de-vin et a proposé trois arguments principaux à sa défense. Premièrement, Hastings a invoqué ce que Burke a désigné comme la « *moralité géographique* » ; plus précisément que certains faits en Asie ne véhiculent pas les mêmes caractéristiques morales qu'un fait identique commis en Europe⁵⁰. En avouant l'usage du pouvoir arbitraire, Hastings a tout de même justifié l'utilisation de ce pouvoir en soutenant que le despotisme était la seule forme de gouvernement qui existait en Asie⁵¹.

Deuxièmement, Hastings a argué que les paiements reçus des princes indiens n'étaient pas destinés à son usage personnel mais pour le compte de la East India Company⁵².

Troisièmement, Hastings a soutenu que la valeur de ses services et réussites extraordinaires pour le compte de l'Empire britannique effaçaient les actes douteux qu'il a commis, y compris le fait d'accepter des pots-de-vin⁵³.

Hastings a été acquitté par la Chambre des Lords en 1795. Selon la plus haute juridiction britannique, la corruption n'a pas été prouvée. Il s'agissait de la victoire de la « moralité géographique » de Hastings sur la « moralité universelle » prônée par Burke. Mme le Professeur Ala'i conclu alors que l'acquittement de Hastings par la Chambre des Lords s'expliquait dans la mesure où l'acte corrompu avait eu lieu à l'extérieur de la

⁴⁹ R. KIRK, *Edmund Burke: A Genius Reconsidered*, Intercollegiate Studies Institute, 1988, p. 117.

⁵⁰ E. BURKE, « Speech in General Reply in the Impeachment of Warren Hastings », in 9 *The Works of the Right Honorable Edmund Burke*, Boston, Little, Brown & Co, 1889, p. 447.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 453-54.

⁵² E. BURKE, « Speech in Opening », in 10 *The Works of the Right Honorable Edmund Burke*, Boston, Little, Brown & Co, 1889, p. 43.

⁵³ R. KIRK, *Edmund Burke: A Genius Reconsidered*, op.cit., p. 107 ; voir également BURKE [E], *Speech in Opening*, pp. 46-47.

Grande Bretagne et que ce comportement profitait à l'Empire britannique ; dans ce cas on pouvait accepter un comportement moralement inférieur à celui exigé au sein des îles britanniques. Il s'agissait d'une victoire de la réussite économique sur les interrogations sur la tyrannie. Autrement dit, la tyrannie à l'égard de non européens pouvait être tolérée si cela était une réussite économique et que l'Etat européen colonisateur tirait bénéfice de cette réussite économique⁵⁴.

A la lumière de cet aperçu historique, on abordera le cœur de cette étude, c'est-à-dire l'analyse du dispositif juridique international de lutte contre la corruption des agents publics étrangers.

B - L'adoption des conventions internationales de lutte contre la corruption

On explicitera les raisons – largement géopolitiques – de l'explosion de la corruption internationale (i). On constatera que les Etats ont été traditionnellement peu enclins - politiquement et juridiquement – à lutter contre ce phénomène (ii). L'adoption de la loi américaine de 1977 fut un moment clé dans la lutte contre la corruption (iii). Le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) est non seulement la matrice ultérieure des conventions internationales mais la pression diplomatique américaine a été un facteur majeur dans l'adoption des conventions internationales (iv), notamment celle de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE). Depuis quinze ans, les instances internationales, notamment les OIG, ont réagi face à la corruption internationale en adoptant des conventions à portée régionale ou universelle (v).

i – Les facteurs géopolitiques provoquant l'expansion de la corruption internationale

La forme de corruption pertinente à cette étude s'est développée notamment dans le sillage de certains événements géopolitiques majeurs. Il s'agit d'une part de la crise de l'énergie de 1973 et d'autre part de la fin de la guerre froide que l'on date habituellement à 1989⁵⁵.

La crise de l'énergie a effectivement marqué l'épuisement de ce que l'on peut

⁵⁴ P. ALA'I, *op.cit.*, pp. 891 – 892.

⁵⁵ La chute du mur de Berlin s'est déroulée en 1989. Or, il est possible de dater la fin de la guerre froide à 1991 à l'occasion de la disparition de l'Union soviétique.

désigner comme le modèle de l'après-guerre et a eu pour effet d'entraîner la crise monétaire, la montée du chômage, de l'inflation et l'augmentation des déficits publics⁵⁶. En ce sens, le développement des marchés financiers devenait une nécessité vitale à la fois pour les entreprises et pour les Etats⁵⁷. En 1973 cette crise a provoqué un quadruplement du prix du pétrole qui a « *conduit des occidentaux à chercher le moyen de récupérer de la main gauche l'argent qu'ils étaient contraints de verser aux membres de l'OPEP de la main droite : vente d'armes, installations nucléaires, grands contrats de travaux publics, services bancaires...* »⁵⁸. Il s'agissait très clairement d'un terrain fertile pour utiliser tout moyen – corrompu ou non – afin de remporter des marchés internationaux.

La fin de la guerre froide a provoqué un deuxième moment clé dans l'éclosion de la corruption internationale. A partir de cet évènement, la corruption n'a plus été perçue comme une arme qui servait à combattre le socialisme. Les nécessités militaires et idéologiques ne pesaient plus de la même façon dans l'attribution des marchés et l'intérêt derrière le marché se centrait plutôt sur l'intérêt économique⁵⁹. En ce sens, la nécessité de limiter l'extension du bloc communiste n'était plus à l'ordre du jour, le libéralisme politique et économique de marché tendait alors à devenir les valeurs de référence universelles en matière d'organisation des Etats⁶⁰. La lutte contre la corruption s'est également dynamisée, car l'Europe a senti les effets négatifs de la corruption plus près de ses frontières, notamment au sein des économies en transition en Europe de l'est et dans l'ancienne Union soviétique. On constate alors que certains Etats en voie de transition sur le plan institutionnel et économique « *interviennent sur la scène internationale sans toujours avoir la même définition de la légitimité ou de la légalité des pratiques économiques* »⁶¹. La mondialisation – les Etats de l'ancien *rideau de fer* n'étant plus un

⁵⁶ Voir M. GOUNELLE, *Relations internationales*, 9^{ème} édition, Paris, Dalloz, pp. 24 – 25 : « *Immédiatement après la guerre israélo-arabe du Kippour, l'OPEP décide, les 16-17 décembre 1973, une multiplication par quatre des prix du pétrole brut, et une diminution sélective des livraisons, afin de contraindre les Etats occidentaux à faire pression sur Israël pour qu'il se retire des territoires occupés* ».

⁵⁷ L. LOUVET, *op.cit.*, p. 16.

⁵⁸ E. JOLY, *Est-ce dans ce monde-là que nous voulons vivre ?*, Paris, Les Arènes, 2004, p. 210 ; voir également M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 9 : « *les entreprises européennes et américaines se livrant à une concurrence acharnée pour obtenir des marchés auprès des pays du Moyen-Orient* ».

⁵⁹ P. JANOT, « Firmes Transnationales, Corruptions, États », *A.F.D.I.*, 2005, p. 426.

⁶⁰ M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 33.

⁶¹ A. GENEVOIS, *L'efficacité internationale des droits anti-corruption*, Université de Paris I Panthéon Sorbonne, 2004, p. 43.

contre-pouvoir à l'économie capitaliste - a augmenté les opportunités de corruption et la réalisation de celle-ci puisque de plus en plus d'entreprises se sont lancées dans le commerce international⁶².

L'après guerre froide a vu les entreprises multinationales jouir d'une place prépondérante sur la scène internationale. La corruption est devenue un moyen pour ces dernières d'asseoir leur puissance. Ces entreprises viennent même « *concurrencer les Etats en tant qu'entités spécialisées ayant des ambitions de puissance. Cette puissance s'exerce principalement sur les Etats grâce à la corruption et au lobbying dont la distinction peut apparaître à certains moments bien ténue* »⁶³.

En ayant constaté cette évolution du phénomène de la corruption provoquée par les évènements majeurs de géopolitiques on verra que cette nouvelle forme de corruption a été pratiquée dans ce qui s'apparentait à un vide juridique.

ii – Le manque de volonté politique et les solutions juridiques en matière de corruption internationale

Depuis fort longtemps, presque chaque Etat dispose d'un corpus de règles internes qui à trait à la lutte contre la corruption et les paiements illicites. Cependant, « *le droit national de la plupart des pays ne s'applique qu'aux actes commis dans le pays en cause ou à la corruption des agents publics nationaux et ne vise expressément ni les actes commis à l'étranger ni la corruption des agents public étrangers* »⁶⁴. Mais la crise de l'énergie et la fin de la guerre froide ont provoqué l'explosion de l'acte de corrompre un agent public d'un état étranger pour se voir attribuer ou conserver un marché. On est bien dans une mutation de la corruption qui a été d'abord un danger national, puis un phénomène transnational évoluant non seulement dans un vide juridique mais autour duquel pratiquement aucun Etat – à l'exception notable des Etats-Unis – ne démontrait de volonté politique en vu de le combattre. On voit même que dans de nombreux Etats, le pot-de-vin à un agent public étranger aux fins d'obtenir un marché avait pour conséquence une réduction d'impôt pour la partie qui payait l'avantage. Cette approche semble confirmer une optique de *moralité géographique* à l'égard des transactions qui ont lieu à l'extérieur

⁶² P. ALA'I, *op.cit.*, pp. 903 – 904.

⁶³ P. JANOT, *op.cit.*, p. 426.

⁶⁴ C. YANNACA-SMALL, *op.cit.*, p. 793.

des frontières étatique, surtout lorsqu'il s'agit d'obtenir un marché avec un pays en voie de développement et en ce sens on rappelle le procès de Warren Hastings analysé ci-dessus.

Au-delà d'une possible approche fondée sur la *moralité géographique* on peut citer d'autres raisons pour expliquer la réticence des Etats à réagir face au phénomène de la corruption internationale. En premier lieu, il y a le sentiment que « *le rôle du droit national à l'égard de la corruption se limite à la protection de l'intégrité des institutions publiques nationales* »⁶⁵. Par le biais de ce postulat on peut alors conclure que dans le cadre de la corruption étrangère, la responsabilité relève « *des pays de ces agents publics et l'action des pays des entreprises qui offraient les paiements était considérée comme de l'ingérence dans les affaires de ces pays* »⁶⁶.

On constate aussi que le développement international de la corruption s'est autant plus propagé puisque les juges, limités par leurs règles de compétence territoriale, ne pouvaient pas s'attaquer à certains actes. En ce sens, l'efficacité de la lutte contre la corruption dépend en premier lieu de l'incrimination de ces actes de façon efficace, coordonnée et dissuasive. Elle exige de plus « *un développement de la coopération judiciaire entre les États afin d'identifier les mouvements de capitaux suspects et prouver les faits de corruption* »⁶⁷. L'absence d'une coordination efficace des Etats dans la lutte contre la corruption a été dénoncée notamment par l'Appel de Genève de 1996⁶⁸.

Au-delà de ces considérations politiques, on constate qu'il est très difficile de réprimer ces comportements car ils se déroulent dans un espace pseudo étatique peu désireux de les sanctionner. Comme on le verra, cette question est bien évidemment cruciale en matière de responsabilité des personnes morales, car le droit commercial international « *n'a ni la vocation, ni la force de les atteindre, tant que les ordres juridiques internes trouvent les limites de leurs actions dans les frontières internationales perméables aux enquêtes et aux poursuites judiciaires* »⁶⁹.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 793.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 793.

⁶⁷ M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 11.

⁶⁸ Voir l'analyse de l'Appel de Genève ci-dessous.

⁶⁹ P. JANOT, *op.cit.*, p. 429 ; voir également M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 17 : « *Les transactions commerciales internationales sont en effet un domaine où les risques de corruption sont tout particulièrement élevées, pour diverses*

Il convient alors d'étudier la réaction normative récente qui s'est cristallisée à travers le dispositif juridique à vocation universelle, régionale ou nationale actuel. Le noyau historique de ce dispositif se situe dans le droit fédéral américain.

iii – L'adoption du FCPA par les Etats-Unis

La présente recherche mènera une analyse approfondie sur la réaction étatsunienne en matière de lutte contre la corruption. La législation étatsunienne est particulièrement pertinente car il s'agissait de la première loi pénale nationale contraignante qui incriminait la corruption des agents publics étrangers : une exception dans un contexte juridique peu enclin à viser ce genre de corruption. La loi fédérale américaine le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 20 décembre 1977⁷⁰ fera ainsi figure de « précurseur et aiguillon »⁷¹ en matière d'incrimination de fonctionnaires étrangers. On peut même dire - et cela semble clair à la lecture de la convention de l'OCDE – que le FCPA constitue la matrice du dispositif juridique international ultérieur en matière de lutte contre la corruption.

Il est généralement admis par la doctrine américaine que les origines de l'adoption du FCPA se trouvent dans les enquêtes qui ont suivi le cambriolage manqué du siège du *Democratic National Committee* (DNC) dans le bâtiment *Watergate* en 1972. Lors de son enquête, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) était fortement intéressée par le financement illicite de la campagne de réélection de Richard Nixon à la présidence des Etats-Unis, notamment par des hauts responsables du monde des entreprises. La SEC a ainsi souhaité faire la lumière sur les techniques comptables utilisées pour l'enregistrement de ce genre de paiement⁷². De plus, les enquêtes ont également démontré l'existence de paiements et de financements politiques illicites au-delà de la seule campagne de Nixon. En effet, il était également question de paiements à des agents publics et des partis

raisons : une vigilance moins grande à l'étranger, la détection plus difficile soit en raison de la structure de l'entreprise soit en raison de la coexistence de pratiques commerciales et de cultures différentes au sein de l'entreprise ; la spécialisation de certaines entreprises dans des activités ou des régions particulièrement sujettes à la corruption ».

⁷⁰ Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1494 (codified as 15 U.S.C. §§ 78a, 78m, 78dd-1, 78dd-2, 78ff).

⁷¹ M. DELMAS-MARTY, « Propos introductif », in *La corruption nous concerne tous*, Actes de colloque du 4 décembre 2001 organisé en collaboration avec les magistrats de l'Appel de Genève, Transparency International Brussels et la Fédération des entreprises de Belgique, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 80.

⁷² M. B. BIXBY, « The Lion Awakens: The Foreign Corrupt Practices Act--1977 To 2010 », 12 *San Diego Int'l L.J.*, 2010, pp. 92 – 93.

politiques à l'étranger. On peut notamment donner comme exemple le paiement d'un montant de 106 millions de dollars par la firme Lockheed⁷³ en grande majorité à destination des agents publics saoudiens. En 1976, la SEC a publié un rapport qui a divulgué les noms de plus de 400 entreprises américaines qui avouaient avoir procédé à des paiements douteux à des agents publics étrangers. Ces révélations ont provoqué la démission de nombreux agents publics en Italie, au Japon ou encore aux Pays-Bas, tout en suscitant l'émoi des citoyens américains⁷⁴.

L'étendu des révélations a provoqué une onde de choc pour le *Congress* américain encore ébranlé par le scandale du *Watergate*. Le climat politique aux Etats-Unis post-*Watergate* rendait difficile la possibilité d'éviter la question de la corruption étrangère. Toutefois, on voit mal comment les Etats-Unis auraient pu en réalité promulguer une loi incriminant ce type de comportement sans que cela s'apparente à une sanction unilatérale à l'égard des seules entreprises américaines. Ces dernières seraient, en effet, désavantageées face à leurs concurrents étrangers.

Dans un premier temps, la proposition de l'administration du Président Gerald Ford avait trait à un devoir pour les entreprises de divulguer les paiements corrompus sans aller jusqu'à l'incrimination⁷⁵. Cependant, cette proposition de loi de 1976 n'a pas été adoptée par le *Congress* américain à majorité démocrate⁷⁶.

Le caractère moralisateur de l'administration du Président Jimmy Carter⁷⁷ rendait le moment propice pour promulguer une législation qui concrétiserait l'engagement du gouvernement des Etats-Unis d'imposer des règles d'éthique aux activités financières des multinationales américaines. Le Président Carter a signé le FCPA le 20 décembre 1977. Les dispositions anticorruption du FCPA 1977 tenaient pour responsable les entreprises

⁷³ Lockheed : du nom d'une importante société aéronautique qui était soupçonnée d'avoir pratiqué la corruption à grande échelle dans des marchés militaires.

⁷⁴ J. G. KAIKATI, G. M. SULLIVAN, J. M. VIRGO, T. R. CARR, K. S. VIRGO, « The Price of International Business Morality: Twenty Years Under the Foreign Corrupt Practices Act », *26 J. Bus. Ethics*, 2000, p. 213 et p. 218.

⁷⁵ D. WINDSOR, K. A. GETZ, « Multilateral Cooperation To Combat Corruption: Normative Regimes Despite Mixed Motives And Diverse Values », *33 Cornell Int'l L.J.*, 2000, p. 744.

⁷⁶ Voir M. PIETH, « Introduction », in *The OECD convention on Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 7.

⁷⁷ Institué le 20 janvier 1977.

américaines et personnes physiques pertinentes notamment pour les paiements corrompus à des agents publics étrangers. Ces paiements avaient pour but d'influer sur ces derniers afin qu'ils confèrent un avantage indu dans le commerce international à une entreprise ou personne physique américaine.

Selon au moins un commentateur juridique, le FCPA a été essentiellement un effort du *Congress* américain pour endiguer la perte de confiance publique dans l'intégrité des entreprises américaines associées dans les révélations volontaires de 1976⁷⁸. Il est d'ailleurs souvent avancé qu'il s'agissait d'une réaction plutôt morale qu'économique. Il est pourtant difficile d'identifier avec précision la motivation principale des Etats-Unis de promulguer le FCPA. Il semble clair que l'adoption du texte trouve sa source dans les suites de l'affaire du Watergate, cependant, on doit se demander si d'autres facteurs ne seraient pas en jeu au-delà de l'approche éthique prônée par l'administration du Président Carter. Pour M. le Professeur Pieth, la promulgation du FCPA n'était pas seulement une tentative de protéger l'image des Etats-Unis à l'étranger, mais aussi une démarche très claire dans l'optique d'empêcher le secteur privé de s'immiscer dans la politique étrangère étatsunienne et dans les intérêts de sécurité nationale tels que définis par le gouvernement⁷⁹. Les Etats-Unis ont également considéré la corruption comme « *un obstacle à l'appropriation par les entreprises américaines des marchés de reconstruction des pays où les Etats-Unis ont des intérêts importants en politique étrangère* »⁸⁰. On peut aussi penser qu'à long terme, l'objectif des Etats-Unis était bien de mettre en œuvre le FCPA d'une façon poussée afin de réduire de façon importante le nombre de contrats gagnés par les entreprises concurrentes (non américaines) par le biais de la corruption d'agent public étranger⁸¹.

⁷⁸ C. J. DUNCAN, « The 1998 Foreign corrupt practices act amendments: moral empiricism or moral imperialism? », *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, June 2000, p. 11.

⁷⁹ M. PIETH, « Introduction », *op.cit.*, p. 8.

⁸⁰ Voir A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 68 citant The National Export Strategy (Trade Promotion Coordinating Committee), Washington DC, octobre 1997.

⁸¹ P. J. CULLEN, « Article 3. Sanctions », in M. PIETH *et al.*, *The OECD convention on Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 211; US Departement of Commerce, International Trade Administration, Adressing the Challenges of International Bribery and Fair Competition, the sixth Annual Report under Section 6 of the International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998, July 2004.

iv – L’effet anticoncurrentiel du FCPA à l’égard des entreprises américaines : la pression diplomatique américaine en vue de la négociation d’une convention internationale

Au vu de l’incrimination unilatérale de la corruption active des agents publics étrangers, les entreprises américaines se trouvaient soumises à un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises étrangères, en particulier les Etats européens et le Japon⁸². L’adoption du FCPA avait en ce sens provoqué une « *large campagne des lobbies d’affaires américains en vue de son amendement, voire sa suppression* »⁸³. La pression des entreprises américaines dans l’optique de créer les mêmes conditions pour les entreprises des autres pays a poussé les Etats-Unis à modifier le FCPA lors de l’adoption de *l’Omnibus Trade Act* signé par le Président Ronald Reagan le 23 août 1988.

Les modifications du FCPA s’insèrent dans une loi plus large de 1988 qui est loin d’être anodine. Il s’agit non seulement d’une étape juridique importante dans la construction d’une économie mondiale, mais « *elle apparaît comme une sorte de « Bill of Rights » économique au profit d’un seul Etat. Elle est une déclaration unilatérale des droits de la première puissance mondiale ; droits qui, réduite à l’essentiel, sont celui de “mener le monde” et celui de défendre les intérêts américains dans [ce nouveau] contexte* »⁸⁴.

Les modifications de 1988 donnaient mandat au gouvernement des Etats-Unis de négocier un instrument international incriminant la corruption à l’étranger dans le cadre de l’OCDE. A cette fin, la loi de 1988 « *invitait le Président américain à déployer tous les efforts nécessaires pour négocier une convention internationale avec les membres de l’OCDE pour que ceux-ci appliquent les mêmes principes que ceux s’imposant aux entreprises [américaines]* »⁸⁵.

Les amendements au FCPA en 1988 ont également mis en place certaines

⁸² D. FLORE, *op.cit.*, p. 41.

⁸³ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 275.

⁸⁴ E. ZOLLER, « Guerre commerciale et droit international [Réflexions sur les contre-mesures de la Loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence] », *AFDI*, Editions du CNRS, Paris, 1989, p. 66 ; l’approche de ce texte est illustrée par exemple par le libellé de la section 1001 (a) (6) : « *While the United States is not in a position to dictate economic policy to the rest of the world, the United States is in a position to lead the world and it is in the national interest for the United States to do so* », 102 Stat. 1120.

⁸⁵ D. FLORE, *op.cit.*, p. 50.

exceptions à l’interdiction de verser des commissions aux agents publics étrangers. En particulier surtout lorsque ces versements sont effectués aux fins d’acquérir des facilités qui entrent dans leur champ de compétence, mais qui n’ont pas pour objectif l’acquisition de nouveaux marchés. Il s’agit notamment de ce que l’on peut désigner comme des « paiements de facilitation ».

Dans un premier temps aucun autre Etat n’a suivi l’exemple américain.⁸⁶ L’inaction des autres pays peut être en partie expliquée par des considérations qui ne sont pas forcément liées au marché. En effet, la corruption a été largement considérée comme faisant partie intégrante de la vie des pays en voie de développement et une évolution seraient seulement possible au fur et à mesure de leur démocratisation⁸⁷. De plus, selon certains juristes, les efforts des démocraties industrialisées pour changer les pratiques des pays en voie de développement est une forme d’impérialisme moral ou d’ethnocentrisme. C’est en particulier l’avis de M. le Professeur Salbu⁸⁸. Néanmoins, il est difficile de ne pas conclure que les considérations économiques ont joué un rôle prépondérant dans la prise de position d’autres pays⁸⁹. Il semble évident que le FCPA qui visait pour la plupart les entreprises américaines donnait *a priori* un avantage dans le commerce international à des entreprises d’autre pays.

Selon M. le Professeur Tarullo⁹⁰ trois facteurs expliquent le renforcement de l’approche américaine à travers la négociation d’un accord international de lutte contre la corruption. Premièrement, de nombreuses multinationales étatsuniennes avaient abandonné l’espoir de voir supprimer le FCPA. Ces dernières ont souhaité l’adoption des lois qui puissent s’appliquer aux concurrents étrangers. Deuxièmement, l’approche d’un certain nombre d’économistes avaient fait évolué leur position en la matière. En effet, au lieu d’envisager la corruption comme un moyen d’accomplir plus facilement des actes au sein de bureaucraties rigides, dans les années 1990, ces économistes percevaient désormais que

⁸⁶ La Suède a adopté une loi incriminant la corruption étrangère en 1977, mais celle-ci était largement inopérable.

⁸⁷ D. K. TARULLO, « The Limits of Institutional Design: Implementing the OECD Anti-Bribery convention », *44 Vanderbilt Journal of International Law*, 2003-2004, p. 674.

⁸⁸ Voir surtout : S. R. SALBU, « Extraterritorial restrictions of bribery: a premature evocation of the normative global village », *Yale I.L.J.*, 1999, pp. 233 – 255.

⁸⁹ D. K. TARULLO, *op.cit.*, p 674.

⁹⁰ L’avis du Professeur Tarullo nous intéresse tout particulièrement puisque ce dernier a tenu le rôle de sherpa pour le gouvernement des Etats-Unis lors des négociations de la convention de l’OCDE.

la corruption entraînait des graves effets négatifs pour l'économie. La création de l'ONG Transparency International par P. Eigen est un exemple révélateur de ce genre d'évolution. Troisièmement, l'élection d'un nouveau président aux Etats-Unis a aussi changé la donne. En effet, l'administration du Président Clinton a amené une approche différente en matière d'intérêts nationaux. Les Etats-Unis ont alors favorisé les négociations au sein de l'OCDE⁹¹.

Il n'est pas question ici d'analyser les méandres de la négociation diplomatique menée par les Etats-Unis. Néanmoins, il est intéressant de relever un point pertinent⁹². Lors de la négociation au sein de l'OCDE, M. le Professeur Tarullo estime que les Etats-Unis ont su mettre une pression diplomatique importante sur les autres Etats négociateurs. En effet, les Etats-Unis auraient fait savoir, de manière plus ou moins explicite, aux autres parties, qu'ils pourraient se montrer favorables à l'égard des dossiers présentant un intérêt pour certains Etats étrangers en contrepartie d'une attitude bienveillante de ces derniers dans la négociation de la convention de l'OCDE.

La signature des conventions de lutte contre la corruption au sein des instances internationales : approche historique

C'est notamment au sein des instances internationales et tout particulièrement dans le cadre des organisations internationales intergouvernementales (OIG) que la lutte contre la corruption d'agent public étranger a connu un essor considérable. Les OIG y jouent - surtout depuis 1945 - un « *rôle structurant du système international contemporain, en même temps qu'elles contribuent à sa relative pacification* »⁹³. La première convention internationale de lutte contre la corruption a vu le jour sous les auspices de l'Organisation des Etats Américains.

⁹¹ D. K. TARULLO, *op.cit.*, pp. 675 – 681.

⁹² *Ibid.*, pp. 678 – 679.

⁹³ M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 152 ; on note que l'OIG peut être définie comme « *une association d'Etats, établie par accord entre ses membres et dotée d'un appareil permanent d'organes, chargé de poursuivre la réalisation d'objectifs d'intérêt commun par une coopération entre eux* », M. VIRAILY, cité par M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 152.

La convention interaméricaine de lutte contre la corruption : première convention multilatérale contre la corruption

Entre 1977 et 1996, le FCPA est demeuré le seul instrument de ce genre. Malgré la pression américaine, la première convention internationale n'a pas été adoptée dans le cadre de l'OCDE mais par l'Organisation des Etats américains. L'adoption de la convention interaméricaine de lutte contre la corruption (IACAC) le 29 mars 1996 au sein de l'Organisation des Etats américains (OEA)⁹⁴ a mis fin à l'isolation étatsunienne en ce domaine. Ce texte est entré en vigueur le 6 mars 1997. Il s'agit de la première convention multilatérale contre la corruption qui ait été adoptée dans le monde. L'IACAC reflète un consensus régional relatif à la prévention, à l'incrimination et à l'enquête sur les actes corrompus dans le secteur public. Elle établit également un cadre juridique pour faciliter la coopération entre les Etats parties dans le cadre des enquêtes et du recouvrement des avoirs⁹⁵.

L'initiative de l'IACAC se trouve dans la *Summit Declaration* du 11 décembre 1994 signée à Miami, dans le cadre de l'OEA. Par ce document, l'OEA a reconnu publiquement le besoin de lutter contre la corruption et a surtout exprimé sa volonté de réagir contre celle ci. Le document précise que cela pourrait se réaliser par le biais d'un accord international⁹⁶. Moins de deux ans se sont écoulés entre la « *Summit Plan of Action* » du 11 décembre 1994 et l'ouverture à la signature de l'IACAC à Caracas, le 29 mars 1996. Dans le cadre de ces négociations, on remarque les travaux de l'Assemblée générale de l'OEA à Haïti en 1995 pendant lesquels le Groupe de travail sur la probité et l'éthique civique a élaboré un projet de convention interaméricaine contre la corruption inspiré par le Venezuela.

⁹⁴ <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>.

⁹⁵ G. D. ALTAMIRANO, « The impact of the Inter-American convention against corruption », *University of Miami Inter-American Law Review*, Spring/Summer, Vol. 38, No. 3, p. 489.

⁹⁶ *Summit of the Americas: Declaration of Principles and Plan of Action*, 34 I.L.M. 808, 808-38 (1994) ; Le « *Summit Plan of Action* » propose le développement d'une approche régionale coordonnée de lutte contre la corruption dans la forme d'un accord international qui permettrait entre autres une coopération judiciaire interétatique accrue qui permettrait l'extradition et les poursuites en cas d'infraction de corruption ; voir R. H. SUTTON, « Controlling Corruption Through Collective Means : Advocating the Inter-American convention Against Corruption », 20 *Fordham Int'l L.J.*, 1997, p. 1456.

Les efforts diplomatiques américains : la négociation d'une convention au sein de l'OCDE

La lutte menée par l'OCDE contre la corruption occupera une place importante au sein de la présente recherche. L'optique de cette OIG est de « *constituer un club de pays industrialisés à économie de marché, et de jouer un rôle d'expert en politique économique* »⁹⁷. Il est dès lors tout à fait logique que l'OCDE ait été ciblée par les Etats-Unis dans la négociation d'une convention internationale. Les Etats membres de l'OCDE sont parmi les pays les plus riches au monde, dont les entreprises sont responsables de la plupart des actes de corruption internationale. La convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales a été signée à Paris le 17 décembre 1997 et est entrée en vigueur le 15 février 1999. De par la qualité de ses Etats parties – à savoir la plupart des grandes puissances industrielles – et de par son mécanisme de mise en œuvre, la convention de l'OCDE constitue la référence en matière de lutte contre la corruption active des agents publics étrangers dans le commerce international.

Bien que l'OCDE ait adopté dès 1976 les principes directeurs à l'égard des entreprises américaines⁹⁸, on peut considérer qu'un nouvel élan en matière de lutte contre la corruption – sous impulsion américaine – a été lancé en 1989⁹⁹. L'OCDE a tout d'abord agi à travers un travail de recensement, et puis par l'adoption de recommandations. La justification de ce choix se trouve surtout dans le fait que l'OCDE « *ne dispose que d'un pouvoir limité pour arrêter des décisions obligatoires pour ses Membres, et encore faut-il qu'elles soient prises à l'unanimité* »¹⁰⁰.

⁹⁷ M. GOUNELLE, *op.cit.*, p 37.

⁹⁸ Voir C. YANNACA-SMALL, *op.cit.*, p. 797 : « *En 1976, un consensus s'est dégagé au sein des pays membres de l'OCDE pour condamner les paiements illégitimes, dans le paragraphe 7 des principes généraux des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales [...] Ce paragraphe a été adopté pour répondre aux préoccupations exprimées par les Etats-Unis à l'égard des paiements illégitimes qui faussent les échanges et les investissements au niveau international. Peu après, le Congrès des Etats-Unis a adopté le « Foreign Corrupt Practices Act ».* »

⁹⁹ Cela a été réalisé par le biais de la création d'un Groupe de travail ad hoc qui a dans un premier temps procédé à une étude comparative de législations nationales des différents pays Membres et des concepts fondamentaux concernant aussi bien l'infraction de corruption que l'application du droit national à des infractions commises pour tout ou partie à l'étranger. Voir G. SACERDOTI, « *Corrompre ou ne pas corrompre* », in *Affairisme : la fin du système*, Paris, Editions OCDE, 2000, p. 35.

¹⁰⁰ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 70.

Travaux de recensement

L'OCDE avait débuté ses travaux par le recensement de tous les éléments existants dans les législations nationales de ses membres relatifs aux paiements illicites. Les conclusions de cet inventaire ont démontré que tous les pays membres possèdent dans leurs législations nationales, notamment pénales, des dispositions contre la corruption et les paiements illicites. Ces dernières sanctionnaient le paiement, l'offre ou encore la promesse de paiement illicite au bénéfice d'agents publics nationaux sans toutefois que ces dispositions s'appliquent expressément aux paiements effectués au bénéfice des agents publics étrangers¹⁰¹. L'impunité à l'égard de la corruption d'agent public étranger était logique à l'égard de la législation en vigueur. Un autre inventaire de l'OCDE¹⁰² concernait le traitement fiscal des paiements illicites. Celui-ci a souligné que le droit fiscal dans la majorité des Etats membres de l'OCDE ne prévoyait pas de disposition spécifique sur ce point. D'ailleurs, ce genre de paiement a été traité « *comme d'autres sources d'imputation ou de déduction – souvent, en fait, comme des dépenses déductibles* »¹⁰³.

L'adoption par l'OCDE de la recommandation du 27 mai 1994

A la suite des travaux du Comité de l'Investissement international et des Entreprises Multilatérales (CIME), le Conseil de l'OCDE a adopté au niveau ministériel une première Recommandation le 27 mai 1994¹⁰⁴ invitant les pays membres à « *prendre des mesures efficaces pour décourager, empêcher et combattre la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales* ». Il s'agit d'une étape importante des travaux de l'OCDE qui a été renforcé par le renouvellement du mandat du Groupe de travail présidé dès l'origine par M. le Professeur Pieth de l'Université de Bâle¹⁰⁵. A travers le CIME, les ministres avaient demandé au Groupe de travail d'examiner les modalités et les instruments internationaux appropriés afin de faciliter l'incrimination de la corruption.

¹⁰¹ Voir OCDE, « *Les paiements illicites dans les transactions commerciales internationales ; inventaires des législations et des pratiques des pays membres de l'OCDE en matière de paiements illicites* » juin 1990 ; cité par C. YANNACA-SMALL, *op.cit.*, p 798.

¹⁰² OCDE, « *Traitemennt fiscal des paiements illicites* », février 1993.

¹⁰³ C. YANNACA-SMALL, *op.cit.*, p. 798.

¹⁰⁴ Recommandation sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales, Acte du Conseil de l'OCDE C (94) 75 du 27 mai 1994.

¹⁰⁵ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 71.

M. le Professeur Pieth estime que le texte de la recommandation est assez banal¹⁰⁶. Si l'intérêt juridique de ce document –non contraignant - n'est pas dans un premier temps évident, son impact politique a, néanmoins, été important. En effet, il a eu pour résultat une confiance accrue de l'OCDE et d'autres organisations dans l'espoir que la lutte contre la corruption pourrait être nettement plus efficace à condition que tous les acteurs pertinents y participent. Il faut noter que ce texte a provoqué l'intérêt du Conseil de l'Europe et de la société civile. En effet, leurs travaux ont connu une dynamique considérable après l'adoption de ce texte¹⁰⁷.

Dans le sillage de cette recommandation, l'OCDE a fait de l'incrimination pénale une priorité dans le sens où elle a souhaité marquer une nette différence entre un comportement licite et un comportement jugé illicite. Le Conseil de l'OCDE et le Groupe de travail ont ainsi trouvé un accord sur la nécessité d'incriminer la corruption des agents publics étrangers d'une manière efficace et coordonnée¹⁰⁸.

Recommandation du 23 mai 1997 et signature d'une convention internationale sous les auspices de l'OCDE

Une étape majeure dans la lutte menée par l'OCDE contre la corruption a été franchie par l'adoption d'une Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales le 23 mai 1997¹⁰⁹. A la lecture du texte un double objectif apparaît ; d'une part que les Etats membres adoptent des lois nationales appropriées en matière d'incrimination de la corruption des agents publics étrangers avant la fin de l'année 1998 et, d'autre part, que ces Etats entament des négociations dans le but de permettre la signature d'une convention avant la fin de 1997

¹⁰⁶ M. PIETH, « Introduction », *op.cit.*, p. 12.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 14 ; voir également *ibid.*, p. 19 : d'autres comités de l'OCDE – en partie en coopération avec le Groupe de travail - ont œuvré sur des recommandations spécifiques et on souligne en ce sens la Recommandation du Comité d'aide au développement du 7 mai 1996 OCDE, *Recommandation du Comité d'aide au développement sur des propositions de clauses anti-corruption à intégrer dans les contrats relatifs aux marchés financés par l'aide bilatérale du 7 mai 1996*, DCD/DAC(96)1/FINAL ou la Recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers du 11 avril 1996¹⁰⁸ dans le cadre du comité des affaires fiscales. De manière indépendante, d'autres sous-comités ont œuvré sur la lutte contre la corruption. Par exemple PUMA, ECG, SIGMA.

¹⁰⁹ C(97)123/FINAL, voir [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=daffe/ime/br\(97\)20&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=daffe/ime/br(97)20&doclanguage=en) ; on note que certains éléments communs convenus ont été annexés à ce texte.

afin que celle-ci entre en vigueur dans les douze mois qui suivent¹¹⁰. On note par ailleurs que le choix d'une convention – plutôt qu'une simple recommandation - est une initiative attribuée à la France et à l'Allemagne¹¹¹.

Le Groupe de travail de l'OCDE a dès lors fonctionné comme une conférence de négociations qui a réuni les pays membres et non membres participant aux travaux. Le Groupe de travail a conclu les négociations sur le texte de la convention de l'OCDE en novembre 1997 et la signature officielle de cette convention a eu lieu le 17 décembre 1997. Ce texte est entré en vigueur le 15 février 1999.

La convention de l'OCDE a un champ d'application très spécifique et se différencie en ce sens des autres textes internationaux de lutte contre la corruption. Ce texte vise la corruption active d'agents publics étrangers¹¹². Le champ d'application est également restreint puisque sont visés seulement les paiements en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu dans les transactions commerciales internationales¹¹³.

Cette convention consacre le principe désigné comme l'« équivalence fonctionnelle ». Les commentaires de la convention de l'OCDE précisent que celle-ci a « pour objectif d'assurer une équivalence fonctionnelle entre les mesures prises par les Parties pour sanctionner la corruption d'agents publics étrangers, sans exiger l'uniformité ou une modification de principes fondamentaux du système juridique d'une Partie »¹¹⁴. La notion de l'équivalence fonctionnelle peut être définie de la manière suivante : « ce qui équivaut, la chose équivalente au regard des fonctions assurées par un objet ou une

¹¹⁰ Voir G. SACERDOTI, « Corrompre ou ne pas corrompre », *op.cit.*, p. 37.

¹¹¹ Voir A. GENEVOIS, *op.cit.*, pp. 73-74 : « ces deux pays ont soutenu que seul la rédaction d'une convention serait, du fait de la communauté d'engagement à respecter certains principes juridiques précisément définis, bien plus efficace qu'une recommandation, et de nature à permettre de garantir : le caractère contraignant des obligations précises et équivalentes en la matière souscrites par les Etats membres, par l'élaboration d'une norme juridique ; et un renoncement coordonné de l'ensemble des Etats membres aux pratiques de corruption qui visaient, de manière quasi systématique, certains marchés internationaux ».

¹¹² Précisions cependant que l'incrimination des faits de corruption passive imputables à des personnes étrangères demeure de la seule compétence des États dont ces personnes relèvent.

¹¹³ Voir M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 17 : Les transactions commerciales internationales sont de toute évidence un domaine où les risques de corruption sont importantes : une vigilance moins grande à l'étranger ; la détection plus difficile soit en raison de la structure de l'entreprise, soit en raison de la coexistence de pratiques commerciales et de cultures différentes au sein de l'entreprise ; la spécialisation de certaines entreprises dans des activités ou des régions particulièrement sujettes à la corruption.

¹¹⁴ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

*opération. Assurer l'équivalence fonctionnelle dans une loi, c'est indiquer que tous les procédés, mécanismes ou objets capables d'accomplir une fonction déterminée ont un statut équivalent »*¹¹⁵. C'est une solution qui respecte la logique de chaque système juridique. Le principe de l'équivalence fonctionnelle est surtout utile lorsqu'il s'agit d'évaluer la mise en œuvre de la convention par les Etats parties¹¹⁶. Ce système peut néanmoins être critiqué car il rend très difficile une mise en œuvre uniforme de la convention par le droit interne des Etats parties¹¹⁷.

La lutte onusienne contre la corruption des agents publics étrangers

Les Nations Unies avaient déjà manifesté une volonté de lutter contre la criminalité en col blanc par une déclaration adoptée lors du Congrès de Kyoto en août 1970¹¹⁸.

Le début des initiatives onusiennes dans la lutte contre la corruption date du 15 décembre 1975 et la résolution relative aux « *mesures contre les actes de corruption commis par les sociétés transnationales [...]»*¹¹⁹. Les Nations Unies ont confié cet exercice au groupe de travail intergouvernemental *ad hoc* sur le problème des pratiques de la corruption et au Conseil économique et social. Par cette résolution, les Nations Unies ont réaffirmé le droit pour tout Etat de légiférer, d'enquêter et de prendre toutes mesures juridiques appropriées, en conformité avec ses lois et sa réglementation, à l'encontre des entreprises et autres parties impliquées dans de tels actes de corruption¹²⁰.

Cependant, les initiatives onusiennes des années soixante-dix n'ont pas abouti. Entre 1975 et 1979, faute de consensus, on constate seulement un projet d'accord du 5 août

¹¹⁵ Site internet du Ministère des Services gouvernementaux du Québec, http://www.msg.gouv.qc.ca/fr/enligne/loi_tit/glossaire/g129.asp ; définition citée par P. NASTOU, « L'évaluation des parties à la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales : un mécanisme de suivi au service de l'harmonisation des législations et pratiques nationales », in *La corruption et le droit international*, D. DORMOY, dir., Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 30.

¹¹⁶ M. PIETH, « Introduction », *op.cit.*, p. 27.

¹¹⁷ Cela fait l'objet de l'analyse de P. NASTOU, *op.cit.*, pp. 30 – 48.

¹¹⁸ Travaux préparatoires de la convention des Nations Unies contre la corruption ; http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Travaux/UNCAC_Travaux_Preparatoires_-_English.pdf.

¹¹⁹ Résolution n° 3514, [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3517\(XXX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3517(XXX)&Lang=F).

¹²⁰ Voir l'analyse de C. YANNACA SMALL, *op.cit.*, p. 794.

1978¹²¹. Une des raisons de cet échec est certainement le fait qu'il s'agissait de la première occasion où « *l'on a cherché à sanctionner pénallement dans une convention des actes commis par des personnes morales ou pour leur compte* »¹²². Certains aspects d'ordre politique sont également venus contrarier les tentatives de négociation. Tel est le cas de l'interdiction prévue par une disposition prévoyant d'effectuer des paiements de redevances ou d'impôt au bénéfice des « *régimes minoritaires illégaux d'Afrique australe* ». Cette disposition, appuyée de manière importante par le Groupe des 77,¹²³ n'a pu être accepté par les Etats de l'OCDE.

Il a fallu attendre une quinzaine d'années avant que l'Assemblée générale des Nations Unies adopte, le 16 décembre 1996¹²⁴, la résolution contre la corruption dans les transactions commerciales internationales et la résolution sur la coopération internationale contre la corruption dans les transactions commerciales du 12 décembre 1997¹²⁵.

On peut estimer que la convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) découle de la « Déclaration de Vienne » adoptée par le Dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants d'avril 2000 et les travaux préparatoires de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹²⁶. Alors que les autres instruments internationaux traitant de la

¹²¹ Voir par exemple la résolution 2041 (LXI) du 5 août du Conseil économique et social : « *créer un groupe de travail intergouvernemental spécial chargé de procéder à un examen du problème des pratiques de corruption et en particulier des actes de corruption commis dans le cadre de transactions commerciales internationales par des sociétés transnationales et autres, leurs intermédiaires et autres parties en cause et d'étudier en détail la portée et le contenu d'un accord international visant à prévenir et éliminer les paiements illicites, sous quelque forme que ce soit, à l'occasion des transactions commerciales internationales* ».

¹²² C. YANNACA SMALL, *op.cit.*, p. 795 ; la question de la responsabilité des personnes morales sera analysée au sein des chapitres 3 et 8 de la présente recherche.

¹²³ *Ibid.*, p. 795 ; On fait référence ici au Groupe de 77 aux Nations Unies qui comprend une coalition des pays en développement, conçu dans le but de promouvoir les intérêts économiques collectifs de ses membres et créer une capacité de négociation accrue aux Nations Unies. Ce groupe, créé par 77 pays, comptait (en 2009) 130 pays membres. ; voir également M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 167 : la décolonisation a donné un poids inégalé au tiers- monde, « *une relative discipline de vote obtenue dans le cadre du « groupe des 77 » autour de quelques grands thèmes mobilisateurs (indépendance des peuples colonisés, exigence d'une aide significative au développement) a permis aux pays en voie de développement de faire entendre leur voix dans le concert des nations* ».

¹²⁴ Résolution 51/191.

¹²⁵ Résolution 52/87.

¹²⁶ On rappelle néanmoins que les premières implications des Nations Unies dans la lutte contre la corruption datent des années 1970. On soulignera notamment la proposition d'accord international sur les paiements illicites du 4 août 1978 ou encore la déclaration des Nations Unies contre les

criminalité transnationale organisée sont des instruments ciblés ou thématiques, visant des activités délictueuses spécifiques telle que le trafic de stupéfiants ou le blanchiment des capitaux, cette convention cherche à réprimer la criminalité organisée de manière globale¹²⁷. En décembre 2000, l'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu la nécessité d'un instrument juridique international efficace indépendant de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Les Nations Unies avaient travaillé sur la question de la corruption pendant plus de vingt ans avant d'adopter la résolution 55/61 du 4 décembre 2000¹²⁸. Par cette résolution, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de convoquer, une fois terminées les négociations sur la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, un groupe intergouvernemental d'experts à composition non limitée¹²⁹ chargé d'examiner et d'élaborer, sur la base du rapport du Secrétaire général et des recommandations de la Commission, un projet de mandat pour la négociation du futur instrument juridique contre la corruption¹³⁰.

Après des négociations officieuses à Buenos Aires en décembre 2001, la négociation formelle de la convention s'est ouverte à Vienne où les Nations Unies ont établi un Comité *ad hoc* afin de négocier l'instrument dans le Centre des Nations Unies pour la prévention internationale du crime à l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. Le texte de la convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) a été négocié pendant les sept séances du Comité *ad hoc* qui ont eu lieu entre le 21 janvier 2002 et le 1^{er} octobre 2003. La Conférence de la signature de la CNUCC¹³¹ a eu lieu les 9 et 11 décembre 2003¹³². La CNUCC est entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

pots-de-vin et la corruption – Nations Unies, 12 décembre 1996, Résolution 51/191 : Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions.

¹²⁷ Voir A. GENEVOIS, *op.cit.*, pp. 84 – 85.

¹²⁸ <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan038989.pdf>.

¹²⁹ Équivalent à la notion anglo-saxonne « *open ended* »: tous les Etats membres de l'ONU, Etats observateurs, organisations intergouvernementales et ONG dotés du statut consultatif ECOSOC peuvent assister aux réunions publiques du Groupe de travail.

¹³⁰ Rapport du Comité spécial chargé de négocier une convention contre la corruption sur les travaux de ses premières à septième sessions, A/58/422, p. 2.

¹³¹ http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/convention_f.pdf.

¹³² Pour une analyse de ces négociations, se rapporter à P. WEBB, *op.cit.*, pp. 204-205.

Au vu du nombre important de pays signataires, la CNUCC est le premier instrument de lutte contre la corruption à vocation réellement universelle¹³³. La CNUCC aborde tous les aspects de la lutte contre la corruption car elle a trait à la prévention – secteur public et privé - les incriminations, les règles de droit pénal et de procédure pénale, la coopération internationale, le recouvrement des avoirs, l'assistance technique et les échanges d'informations. En ce qui concerne les incriminations, on remarque que les dispositions du chapitre 3 de la CNUCC vise l'incrimination obligatoire des faits de corruption active et passive d'agent public, de corruption active d'agent public étranger dans le cadre des transactions commerciales internationales, de détournement de biens publics, de blanchiment du produit du crime et d'entrave au bon fonctionnement de la justice. La CNUCC recommande l'incrimination d'autres faits tels que la corruption passive d'agent public étranger dans le cadre des transactions commerciales internationales le trafic d'influence, l'abus de fonctions ou encore l'enrichissement illicite. Au-delà des conditions de la coopération internationale prévues au sein du chapitre IV, il convient de mettre l'accent sur les dispositions innovatrices du chapitre V de la CNUCC qui prévoient un mécanisme de recouvrement des avoirs¹³⁴.

La lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe a été créé il y a plus de soixante ans dans l'objectif de contribuer à la construction d'un continent européen pacifié et uniifié¹³⁵. Les travaux du Conseil de l'Europe en matière de corruption ne reposent pas sur la nécessité de protéger l'économie de marché, la concurrence ou le commerce international, mais plutôt et surtout, en raison de la menace évidente que le phénomène représente pour l'Etat de droit, la stabilité des institutions démocratiques, la protection des droits de l'homme et le progrès

¹³³ On note que la convention de l'OCDE est aussi un texte à visée universelle mais dont le nombre d'Etats signataires est beaucoup moindre que la CNUCC.

¹³⁴ M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 26.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 26.

¹³⁵ Voir l'analyse de M. O. WIEDERKEHR, « Discours », in *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, 4^{ème} Conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2001, p. 7.

économique et social. La lutte contre la corruption dans le champ d'action du Conseil de l'Europe fait l'objet d'une riche analyse de R.A. Cano¹³⁶.

L'initiative de la lutte contre la corruption du Conseil de l'Europe se trouve dans la 19^{ème} conférence des ministres européens de la Justice, tenue à la Valette (Malte) en 1994, où les ministres ont estimé que la corruption représente une grave menace pour la démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'homme¹³⁷. Les ministres de la Justice ont ainsi recommandé¹³⁸ au Comité des Ministres la création d'un Groupe multidisciplinaire sur la corruption sous la responsabilité du Comité européen des problèmes criminels (CDPC) et du Comité européen de coopération juridique (CDCJ)¹³⁹. Le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC)¹⁴⁰ – créé en septembre 1994 - avait mandat d'examiner les mesures susceptibles d'être utilement incluses au programme international contre la corruption. Le GMC a élaboré un « Programme d'action contre la corruption » approuvé en 1996 qui a donné lieu à l'organisation de conférences annuelles des services spécialisés impliqués dans la lutte anti-corruption.

Le 6 novembre 1997, le Comité des Ministres a adopté une résolution¹⁴¹ portant vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption. Il s'agit d'un recueil de mesures nécessaires sur le plan national afin de mettre en place une stratégie cohérente et efficace de lutte contre la corruption. Hormis les vingt principes directeurs, cette résolution comprend un double mandat au GMC qui prévoit d'une part la conclusion rapide de l'élaboration d'instruments juridiques internationaux en exécution du programme d'action contre la corruption et d'autre part de soumettre sans délai un projet proposant la mise en place d'un mécanisme approprié et efficace¹⁴², sous l'égide du Conseil de l'Europe, chargé

¹³⁶ R. A. CANO, *op.cit.*, 748 p.

¹³⁷ Voir en ce sens la Résolution relative aux aspects civils, administratifs et pénaux de la lutte contre la corruption, adoptée par la 19^{ème} conférence des ministres européens de la justice à La Valette, les 14 et 15 juin 1994.

¹³⁸ Résolution 1 de la Conférence de Malte.

¹³⁹ Le Comité des Ministres a ainsi établi en septembre 1994 le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC) et il lui a donné mandat d'examiner quelles mesures on pourrait inclure avec profit dans un programme international d'action contre la corruption.

¹⁴⁰ Voir les précisions de L. LOUVET, *op.cit.*, p. 35.

¹⁴¹ Résolution (97) 24, [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution\(97\)24_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution(97)24_fr.pdf).

¹⁴² 102^{ème} session du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 5 mai 1998, résolution (98) 7 portant autorisation de créer le « Groupe d'Etats contre la corruption « GRECO » sous la forme

de veiller au respect de ces principes et à la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux à adopter¹⁴³.

Dans l'optique de l'élaboration des instruments juridiques internationaux en exécution du programme d'action contre la corruption, entre février 1996 et novembre 1997, le GMC a tenu dix réunions et procédé à deux lectures complètes du projet de convention pénale. A sa 103^e session au niveau ministériel en novembre 1998, le Comité des Ministres a adopté la convention pénale et a décidé de l'ouvrir à la signature le 27 janvier 1999¹⁴⁴. Le texte de la convention pénale sur la corruption est rentré en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

Au vu des infractions visées par le texte, la convention pénale du Conseil de l'Europe dispose d'un champ d'application beaucoup plus étendu que celui par exemple de la convention de l'OCDE. Ce texte a notamment trait à l'incrimination de la corruption active d'agents publics nationaux ou étrangers mais également à la corruption passive d'agents publics nationaux ou étrangers, la corruption des fonctionnaires internationaux ou encore la corruption dans le secteur privé. On note que les Etats signataires ont la possibilité d'émettre jusqu'à cinq réserves sur certaines dispositions de la convention.

Une convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe¹⁴⁵ a connu la même genèse que la convention pénale à Malte en 1994. Ce texte a été adopté le 4 novembre 1999. Seul texte définissant des règles communes afin d'utiliser le droit civil aux fins de lutte contre la corruption il prévoit que «*les auteurs d'actes de corruption ou ceux qui*

d'un accord partiel et élargi ; voir également :

<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> § 16 : le GRECO est un organe ayant vocation à suivre, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles, l'application des principes directeurs pour la lutte contre la corruption et la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux qui seront adoptés en application du Programme d'action contre la corruption. La qualité de membre à part entière du GRECO est réservée aux Etats qui participent pleinement au processus d'évaluation mutuelle et qui acceptent de faire l'objet d'une évaluation ; on reviendra de façon étendue sur les mécanismes de suivi au sein du chapitre 7 de la présente recherche.

¹⁴³ Voir l'analyse de D. FLORE, *op.cit.*, p. 64.

¹⁴⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>.
<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/173.htm>.

¹⁴⁵ « Convention civile sur la corruption, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 4 novembre 1999 », R.G.D.I.P., 1999, pp. 1006-1011 ; entrée en vigueur le 1 novembre 2003.

*autorisent de tels actes peuvent voir leur responsabilité civile engagée »*¹⁴⁶. Il peut être question de dommages-intérêts pour les personnes ayant subi un dommage résultant d'un acte de corruption, de demander réparation à l'Etat lorsque la faute a été commise par un agent public ou encore de demander la nullité des contrats dont l'objet est un acte de corruption ou des mesures de protection des employés qui dénoncent des faits de corruption aux autorités. On note qu'à l'encontre de la convention pénale, la convention civile ne prévoit pas la possibilité de réserves, mais son application fait aussi l'objet d'un suivi par le GRECO. Ce texte est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2003. Cette convention ne fera pas l'objet d'un développement au sein de cette étude, nos principaux axes de recherche étant l'infraction pénale de la corruption d'agent public étranger.

Un protocole additionnel à la convention pénale a été signé le 15 mai 2003. Ce texte prévoit ainsi l'incrimination de la corruption active et passive d'un arbitre ou d'un juré, qu'ils soient nationaux ou étrangers.

Les textes de l'Union européenne de lutte contre la corruption

L'objectif principal de l'Union européenne étant la création du marché interne, l'approche de l'UE en matière de corruption est en ce sens tout à fait différente de celle par exemple du Conseil de l'Europe¹⁴⁷.

L'approche de l'UE s'inscrit d'abord dans l'optique de la protection des intérêts financiers des Communautés européennes « *dans un contexte juridique dans lequel les Communautés ne disposaient pas des instruments appropriés puisqu'elles ne pouvaient édicter d'obligations à caractère pénal, même dans le cadre des matières relevant de leurs compétences* »¹⁴⁸. En effet, selon au moins un commentateur juridique, en matière de lutte

¹⁴⁶ M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 24.

¹⁴⁷ Lors de l'adhésion de certains pays d'Europe centrale ou orientale qui sont confrontés à des problématiques relatives à leur passage à un système d'économie de marché, il est clair que l'UE doit s'impliquer dans ces questions qui risquent de se propager dans les Etats voisins dans le cadre d'une Union européenne élargie.

¹⁴⁸ D. FLORE, *op.cit.*, p. 8.

contre la corruption des Etats membres « *the Community has very limited legal powers* »¹⁴⁹.

Le traité d'Amsterdam comme le traité de Maastricht ont ouvert la possibilité pour les Etats membres de l'Union de lutter contre la fraude. La protection des intérêts financiers des Communautés européennes sont de la compétence de ces dernières alors qu'en matière pénale il est question du « *troisième pilier* » de l'Union européenne et la coopération intergouvernemental sur la justice et les affaires intérieures. C'est sur la base de l'article 31 du Traité sur l'Union européenne¹⁵⁰ que les Etats membres ont adopté plusieurs textes visant dans un premier temps la protection des intérêts financiers et spécifiquement ensuite la lutte contre la corruption¹⁵¹.

Trois phases principales peuvent être distinguées dans la politique communautaire en matière de corruption¹⁵².

i - On constate d'abord une approche indirecte de l'UE en matière de corruption dans la mesure où cette lutte a eu trait à la protection des intérêts financiers de la Communauté. Le Traité de Maastricht avait donné à l'UE compétence d'adopter des instruments juridiques dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, il est ainsi devenu possible de renforcer la protection des intérêts financiers.

Le premier texte ici pertinent est la Résolution relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés adoptée par le Conseil le 6 décembre 1994¹⁵³. Par cette résolution, le Conseil a reconnu le besoin d'une plus grande clarté concernant la définition de la fraude et les sanctions applicables. Six mois plus tard - le 26 juillet 1995 - la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes a été adoptée¹⁵⁴. Il est question d'un texte dont le champ d'application se limite aux

¹⁴⁹ P. SZAREK-MASON, *The European Union's Fight Against Corruption*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 43.

¹⁵⁰ L'ancien article K3 (2) du titre VI du traité sur l'Union européenne.

¹⁵¹ Voir ici P. SZAREK-MASON, *op.cit.*, pp. 43 – 88 ; A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 91.

¹⁵² Pour une analyse détaillée du développement de la politique de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption, voir P. SZAREK-MASON, *op.cit.*, pp. 69 – 88.

¹⁵³ J.O.C.E., C 355, du 14 décembre 1994.

¹⁵⁴ J.O.C.E., C 316, du 27 novembre 1995.

comportements constitutifs de fraude qui menacent les intérêts financiers des Communautés et n'est applicable que dans les limites territoriales de l'Union.

Le premier instrument de lutte contre la corruption fut le protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 27 septembre 1996¹⁵⁵. Ce texte introduit l'exigence d'une incrimination identique de la corruption des fonctionnaires communautaires ou d'un autre Etat membre et de la corruption des fonctionnaires nationaux (selon un principe d'assimilation). Le champ d'application de l'infraction de corruption a été étendu par un second protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes¹⁵⁶. Le second protocole a ainsi étendu la portée de ce texte à la question par exemple de la responsabilité des personnes morales en matière de corruption active ou l'incrimination du blanchiment des produits de la corruption. Le champ d'application de cet instrument a néanmoins été limité à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

ii - Une deuxième étape se caractérise par une approche qui va au-delà des seuls intérêts financiers des communautés européennes. L'UE a alors visé directement l'infraction de corruption et a en ce sens adopté des textes visant la corruption de manière spécifique dans les secteurs publics et privés. L'article 29 du traité sur l'Union européenne mentionne la prévention de la corruption et la lutte contre ce phénomène comme un des objectifs permettant la création et la préservation d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice.

Le 26 mai 1997, à Bruxelles, la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne a été adoptée¹⁵⁷. Une différence essentielle entre cette convention et les autres textes est que la « convention corruption » ne se restreint pas à la protection des seuls intérêts financiers des communautés. En effet, elle prévoit l'incrimination de tout acte de corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des Etats membres sans exiger de lien avec la protection des intérêts financiers

¹⁵⁵ J.O.C.E., C 313, du 23 octobre 1996.

¹⁵⁶ J.O.C.E., C 221/22 du 19 juillet 1997.

¹⁵⁷ J.O.C.E., C 195 du 25 juin 1997.

communautaires. Elle vise, entre autres, l'instauration d'une responsabilité pénale pour le personnel de la Commission européenne et d'autres personnes dont la responsabilité légale était ambiguë en droit purement interne¹⁵⁸. La politique communautaire en la matière est confirmée par l'adoption d'une action commune du 22 décembre 1998 portant sur la corruption privée¹⁵⁹.

La convention de Bruxelles de l'UE ne s'applique qu'au sein des Etats membres de l'UE à l'égard de la corruption des fonctionnaires des Etats membres de l'UE et en ce sens le champ d'application de la convention de l'Union européenne paraît très limité. La convention s'apparente alors à un accord d'autoprotection entre les Etats membres de l'Union européenne puisqu'il n'existe pas d'obligation de respecter la convention à l'extérieur de l'Union européenne. D'ailleurs, elle semble faire abstraction de la corruption des agents publics étrangers lorsque cette personne ne vient pas d'un Etat membre¹⁶⁰. Le champ d'application des instruments communautaires étant finalement très restreint, en comparaison avec ceux de l'OCDE et des Nations Unies, nous ne porterons pas ici une analyse approfondie à son égard.

iii - Une troisième phase a commencé en 1997, marquée par un accord à travers les institutions de l'UE sur le besoin d'une politique de lutte contre la corruption large. L'intention des institutions communautaires d'œuvrer en ce sens a été d'abord démontrée par l'adoption par le Conseil d'un programme d'action relatif à la criminalité organisée de 1997¹⁶¹. La Commission a répondu au Conseil par le biais de deux communications¹⁶². La

¹⁵⁸ Voir en ce sens M. LEVI, « Corruption et réglementation des centres financiers offshore », in *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, 4^{ème} Conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2001, p. 33.

¹⁵⁹ J.O.C.E., C 358 du 31 décembre 1998 ; ce texte a été remplacé par la décision cadre du 2003.

¹⁶⁰ R. C. BAKER, « Foreign Corrupt Practices Act », *47 American Criminal Law Review*, Spring, 2010, pp. 670 – 671.

¹⁶¹ J.O.C.E. C 251 du 15 août 1997.

¹⁶² Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une politique anticorruption de l'Union; Bruxelles, le 21 mai 1997 COM(97)192 final, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0192:FIN:FR:PDF> ; Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen : une politique globale de l'UE contre la corruption, Bruxelles, le 28 mai 2003, COM(2003) 317 final, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0317:FIN:FR:PDF>.

première communication a soutenu l'idée de l'adoption d'une stratégie de lutte contre la corruption à l'intérieur et à l'extérieur des frontières de l'UE. L'intention de la Commission de prévenir et combattre la corruption a été confirmée en 2003 par une seconde communication. On remarque que si c'est dans l'intérêt vital de l'Union européenne de soutenir la participation des Etats membres dans la lutte contre la corruption internationale, un tel soutien ne doit pas néanmoins provoquer une dépendance à ces initiatives, une dépendance qui aurait pour conséquence un déni partiel du problème de corruption au sein des Etats membres¹⁶³. Plus récemment on note également l'adoption de la décision du Conseil du 24 octobre 2008 relative à un réseau de point de contact contre la corruption¹⁶⁴. Cette décision établit un réseau européen de points de contact contre la corruption. Le réseau se compose d'organisations compétentes dans les États membres. La Commission, Europol et Eurojust sont pleinement associés aux activités du réseau. L'objectif du réseau est de faciliter et de renforcer la coopération afin de lutter plus efficacement contre la corruption.

On soulignera en dernier lieu les potentialités de coopération judiciaire ou policière interétatique au sein de l'Union européenne. On note en ce sens la création de l'Unité de coordination de la lutte anti-fraude (UCLAF) le 11 novembre 1996 remplacée par l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF) en 1999 ; le réseau de coopération judiciaire Eurojust dont la compétence couvre notamment la fraude, la corruption, le blanchiment d'argent et la participation à une organisation criminelle, a été instituée en 2002 ; l'office européen de police (Europol) ; et la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, appliquée depuis le 1^{er} janvier 2004 qui facilite la remise du suspect aux autorités judiciaires de l'État requérant. On pourrait ainsi conclure que si les textes communautaires ont un ciblage très réduit, l'Europe semble disposer d'un dispositif de coopération important. A ce niveau, on analysera surtout le mandat d'arrêt européen.

¹⁶³ P. SZAREK-MASON, *op.cit.*, pp. 86 – 87.

¹⁶⁴ Décision 2008/852/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à un réseau de points de contact contre la corruption, J.O.C.E., L 301/38 du 12 novembre 1998, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:301:0038:0039:FR:PDF>.

La convention de l'Union africaine

La corruption est incriminée dans le droit interne de la plupart des Etats africains et elle est expressément visée dans plusieurs constitutions africaines et dans plusieurs instruments juridiques à vocation africaine à niveau régional ou même continental. Néanmoins, selon au moins un commentateur juridique, le continent africain a réalisé peu de progrès dans ce domaine¹⁶⁵.

Les initiatives africaines de lutte contre la corruption sont assez nombreuses. En février 1999 par exemple, onze Etats africains ont adopté vingt-cinq principes en tant que cadre dans la lutte contre la corruption. Ces négociations se sont déroulées sous les auspices de la *Global coalition for Africa*, basée à Washington¹⁶⁶. On note également l'adoption du Protocol SADC¹⁶⁷ contre la corruption lors du sommet de Malawi le 17 août 2001, dans le sillage d'autres initiatives régionales ou universelles : l'OCDE, Conseil de l'Europe, l'Union européenne ou encore l'OEA. L'objectif de ce texte était surtout la promotion, la coopération et l'harmonisation des législations à visée anticorruption dans la région SADC. Cet instrument a été le premier traité subrégional contre la corruption en Afrique. On souligne que ce texte vise- à l'article 6- la corruption des agents publics étrangers. Il est entré en vigueur le 6 juillet 2005¹⁶⁸.

Les Etats membres de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO, en anglais ECOWAS) a également adopté un protocole sur la lutte contre la corruption le 21 décembre 2001¹⁶⁹. Ce texte n'est pourtant pas encore entré en vigueur.

La convention de l'Union africaine contre la corruption a été signée le 11 juillet

¹⁶⁵ N. KOFEL-KALE, « Change or the illusion of change: the war against official corruption in Africa », *38 George Washington International Law Review*, 2006, p. 697.

¹⁶⁶ A. B. M. MARONG, « Toward A Normative Consensus Against Corruption: Legal Effects Of The Principles To Combat Corruption In Africa », *30 Dem.J.Int'l L. & Pol'y*, 2002, p. 99.

¹⁶⁷ Communauté de développement de l'Afrique australe ; SADC est l'acronyme en anglais pour *Southern African Development Community*.

¹⁶⁸ <http://www.sadc.int/index/browse/page/122>.

¹⁶⁹ <http://www.comm.ecowas.int/sec/fr/protocoles/PROTOCOLE-SUR-LA-CORRUPTION-FR-Accra-Oct-01-Rev5.pdf>.

2003¹⁷⁰. Malgré le potentiel très large de ce texte et son champ d'application considérable, il ne fera pas l'objet d'une analyse approfondie au sein de la présente recherche. A l'encontre des conventions de lutte contre la corruption de l'Europe ou des Amériques, la convention de l'Union africaine ne vise pas – en tout cas ne vise pas explicitement - la corruption d'agent public étranger ou des agents d'organisations internationales¹⁷¹. M. le Professeur Kofele-Kale a souligné à l'auteur de la présente thèse qu'il n'est pas évident de savoir pourquoi les rédacteurs du texte n'ont pas visé cette forme de corruption de manière claire¹⁷².

V

Hormis les instances internationales, d'autres acteurs ont influencé la lutte contre la corruption au niveau international. On peut prendre en exemple la société civile internationale et surtout le rôle moteur des ONG (A). On mettra également en exergue certaines initiatives individuelles (B).

A – La société civile internationale

Les instances internationales dépositaires des conventions internationales citées ci-dessus ne sont pas les seuls organismes luttant contre la corruption au niveau international.

La société civile internationale peut être définie comme « *un conglomérat d'acteurs non étatiques de nature variée qui considèrent que la diplomatie classique des Etats ne prend pas en charge de manière satisfaisante les questions d'importance planétaire* »¹⁷³. Elle est en ce sens un contrepoids au pouvoir étatique. Elle est tout particulièrement pertinente et utile dans la lutte contre la corruption et on note d'ailleurs que selon au moins un commentateur juridique, « *seule la société civile a répondu [...] aujourd'hui*

¹⁷⁰ http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_conventions_fr/convention%20sur%la%20lutte%20contre%20la%20corruption.pdf.

¹⁷¹ N. KOFELE-KALE, « Change or the illusion of change: the war against official corruption », *op.cit.*, pp. 718 – 719 ; pour une analyse de la lutte contre la corruption sur le continent africain, voir N. KOFELE-KALE, « Change or the illusion of change: the war against official corruption in Africa », *op. cit.*, pp. 697 – 747 ; A. B. M. MARONG, *op.cit.*, pp. 99 – 129 ; T. R. SNIDER, W. KIDANE, « Combating corruption through international law in Africa: a comparative analysis », *40 Cornell International Law Journal*, Fall 2007, pp. 691 – 748.

¹⁷² Entretien à l'auteur de la présente recherche du 26 août 2011.

¹⁷³ M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 106.

efficacement à ce phénomène de corruption internationale »¹⁷⁴.

Les grandes organisations internationales non gouvernementales (ONG) organisées en réseaux territoriaux occupent une place important dans ce dispositif. L'ONG est la manifestation du phénomène associatif à l'échelle des relations internationales, elle peut être définie comme « *tout groupement, association ou mouvement constitué de façon durable par des particuliers appartenant à différents pays en vue de la poursuite d'objectifs non lucratifs* »¹⁷⁵. On notera surtout à ce niveau la création et le rayonnement des groupes tels que les ONG Transparency International et le Réseau d'Intégrité de l'Eau - Water Integrity Network (WIN)¹⁷⁶ ou encore l'association Sherpa.

En matière de lutte contre la corruption l'ONG Transparency International (TI) occupe une place prépondérante. Elle est la principale organisation de la société civile qui se consacre à la transparence et à l'intégrité de la vie publique et économique. Il s'agit de l'ONG « *devenue, en quinze ans, la référence de lutte contre la corruption au niveau international* »¹⁷⁷. A travers plus de cent Sections dans le monde et de son Secrétariat International à Berlin (Allemagne), TI sensibilise l'opinion aux effets dévastateurs de la corruption¹⁷⁸ et s'emploie, en partenariat avec les pouvoirs publics, le secteur privé et la société civile, à concevoir et mettre en œuvre des mesures efficaces à lutter contre ce phénomène. Sur le plan international, l'objectif principal de TI est de « *renforcer le système mondial de valeurs en faisant de la transparence et de la responsabilité des normes publiques significatives* »¹⁷⁹. On étudiera en ce sens le rôle de la société civile et plus précisément le cas de l'ONG Transparency International au sein du chapitre 7 de la présente recherche.

¹⁷⁴ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 487 ; pour A. Genevois, la société civile a agi efficacement via le développement de la déontologie et de l'éthique de l'entreprise. Voir le développement de cet auteur relatif à la mise en place par la multinationale Thales d'une politique globale basée sur des séminaires de formation, la rédaction de codes de conduite et une procédure de contrôle interne permettant de limiter les risques d'infraction au sein du Groupe.

¹⁷⁵ M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 176, citant M. MERLE.

¹⁷⁶ Voir à ce titre l'article de M. CASTELLAN, S. A. NDIAYE, « L'action du Water Integrity Network dans la lutte contre la corruption dans le secteur de l'eau », in *L'eau en droit international*, SFDI Colloque d'Orléans, Paris, Pedone, 2011, pp. 253 – 265.

¹⁷⁷ E. JOLY, *Des héros ordinaires*, *op.cit.*, p. 153.

¹⁷⁸ Cf., *supra*, introduction générale.

¹⁷⁹ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 256.

B - L'initiative individuelle

Certains individus ont œuvré de façon remarquée dans la lutte contre la corruption. D. Robert a très largement contribué en ce sens à la médiatisation de la lutte contre la criminalité financière en générale et la lutte contre la corruption en particulier. En 1996, D. Robert a réuni sept magistrats¹⁸⁰ de lutte contre la corruption pour lancer l'Appel de Genève du 1 octobre 1996. Cet Appel signale surtout la nécessité de la coopération judiciaire pour lutter efficacement contre la corruption¹⁸¹. Il avait pour objectif « *d'exhorter publiquement les gouvernements et les parlements à donner enfin aux juges des moyens adaptés pour lutter contre la criminalité organisée et la corruption au niveau international* »¹⁸². Cela constitue un appel à un espace judiciaire européen. On note même que la promotion 1996 de l'Ecole nationale de la magistrature française a pris le nom d'« *Appel de Genève* » comme nom de baptême de promotion.

Plusieurs ministres européens emmenés par E. Guigou – alors ministre français de la Justice – ont répondu à l'Appel de Genève par un texte politique. Le 16 octobre 1998 le ministre français de la Justice et cinq homologues européens ont ainsi proclamé à Avignon, la déclaration d'Avignon. Par cette déclaration, une centaine de spécialistes de la lutte contre le crime international a affirmé que l'espace judiciaire européen deviendrait en ce sens le nouveau grand chantier de la construction européenne¹⁸³.

La lutte contre la corruption contemporaine est aussi marquée par les prises de position de l'ancienne magistrate E. Joly. Cette dernière est connue notamment pour avoir fait incarcérer L. Le Floch-Prigent, ancien PDG d'Elf et président en exercice de la SNCF ou pour avoir mis en examen R. Dumas, alors président du Conseil constitutionnel

¹⁸⁰ Bernard Bertossa, Edmond Bruti Liberati, Gherardo Colombo, Benoît Dejemeppe, Baltasar Garzon Real, Carlos Jimenez Villarejo, Renaud Van Ruymbeke.

¹⁸¹ Voir D. Robert, *op.cit.*, p. 331.

¹⁸² J. DE MAILLARD, « La coopération judiciaire relative aux activités dans les zones *offshore* : propositions de solutions », in *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, 4^{ème} Conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2001, p. 77 ; voir également *ibid.* : « Ces magistrats avaient pris conscience d'une part de l'inquiétante évolution des formes de criminalité transnationales, d'autre part du défi qu'elles représentent pour les économies mondiales et les régimes démocratiques, et enfin de l'indigence des moyens dont les systèmes judiciaires sont dotés pour y faire face.

¹⁸³ Voir L. LOUVET, *op.cit.*, p. 136.

français. Elle est devenue en 2002 conseillère du gouvernement norvégien en matière de lutte contre la corruption et de délinquance financière internationale. On note également qu'en mars 2009, E. Joly a répondu à l'appel du gouvernement islandais dans l'optique de servir de conseillère spéciale dans une enquête sur une possible criminalité financière susceptible d'avoir aggravé la crise financière au sein de ce pays.

VI

Il convient à ce stade de préciser les sources de données à l'appui de la présente recherche. Il s'agit des textes des conventions internationales ou du droit interne (A) ; les sources doctrinales surtout d'origine anglo-saxonne (B) ; plusieurs thèses universitaires sur la lutte contre la corruption (C). Il paraît opportun également de démontrer ce qui la distingue des autres thèses universitaires et on pense notamment à des données recueillies lors des entretiens avec des praticiens de lutte contre la corruption (D) ; et finalement à une documentation informatique variée (E).

A - En premier lieu ont été utilisé les textes juridiques eux-mêmes que cela soit de la législation des droits internes pertinents ou des conventions internationales. Il était également question de documents officiels tels que les travaux préparatoires des conventions internationales, des rapports des conférences de suivi ou encore des rapports des mécanismes de contrôle international.

B - Bien que des sources doctrinales variées aient servi à l'élaboration de cette recherche, les données étatsuniennes ont été les plus importantes. Depuis l'adoption du FCPA en 1977, les juristes étatsuniens se sont très largement penchés sur les questions juridiques pertinentes à la lutte contre la corruption des agents publics étrangers et les écrits sur ce sujet ont apporté une source de documentation très riche. En deuxième lieu, la doctrine française et britannique a évidemment apporté de nombreux éléments de réflexion à cette étude. Au-delà de ces trois sources principales, la présente recherche s'est appuyée sur les sources juridiques écrites de commentateurs de nationalités très variées : australien, suisse, néerlandais, italien, nicaraguan, polonais ou encore slovène.

C - La présente recherche s'est enrichie de trois thèses universitaires portant sur la lutte contre la corruption internationale. Il s'agit des thèses de A. Genevois¹⁸⁴, R.A. Cano¹⁸⁵ et L. Louvet¹⁸⁶.

D'après la thèse de A. Genevois on ne peut que « *conclure en la relative inefficacité des droits anticorruption [...] les dispositifs juridiques sont insuffisants et ne tiendrons pas longtemps à une analyse juridique des risques encourus et à une évaluation comparative entre Etats* »¹⁸⁷. Selon cette thèse soutenue en 2004, l'efficacité à court terme au niveau national des nombreuses initiatives par les institutions internationales semble très relative du fait notamment de la rupture d'égalité entre pays et de l'inefficience des textes de transposition, ce qui a poussé la société civile à réagir via le développement de l'éthique d'entreprise, seule réponse actuelle au phénomène de la corruption.

La deuxième thèse, celle de R.A. Cano,¹⁸⁸ porte un regard particulièrement approfondi sur la convention pénale du Conseil de l'Europe tout en proposant une analyse horizontale détaillée de certaines législations nationales en matière de corruption. R.A. Cano tente surtout de mettre en exergue tous les aspects liés à la répression des infractions de corruption et d'autres comportements délictueux liés aux pratiques corrompues et à la réparation des préjudices causés par des actes de corruption.

La troisième thèse – celle de L. Louvet - dresse en première partie l'état des lieux de la corruption et soulève la période d'inactivité importante des instances internationales face à ce fléau. L. Louvet présente la convention de l'OCDE comme ouvrant la voie à un encadrement juridique complet et contraignant. La deuxième partie de la thèse dresse un bilan analytique des textes majeurs, la contribution de l'arbitrage dans la lutte contre la corruption à travers des sentences qui ont été rendues. En dernier lieu, elle propose d'élèver la corruption en agression économique susceptible d'être jugée par la Cour pénale internationale.

¹⁸⁴ A. GENEVOIS, *L'efficacité internationale des droits anti-corruption*, Université de Paris I Panthéon Sorbonne, 2004, 1252p.

¹⁸⁵ R. A. CANO, *La lutte contre la corruption dans le champ d'action du Conseil de l'Europe*, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2007, 748p.

¹⁸⁶ L. LOUVET, *Le droit et la corruption internationale*, Université de Paris I Panthéon Sorbonne, 2008, 786 p.

¹⁸⁷ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 519.

¹⁸⁸ L'auteur de la présente thèse remercie Madame Cano de lui avoir transmis son œuvre par internet.

D - L'intérêt de la présente recherche ne se trouve pas dans l'intention de reprendre les idées des auteurs cités ci-dessus. Il est néanmoins inévitable que l'on étudie ici certains éléments déjà analysés par ces auteurs et on pense notamment à l'historique et l'analyse « sèche » des textes. Cependant, cette étude entend se différencier à plusieurs niveaux :

i- Ce travail s'est très largement imprégné de la doctrine anglo-saxonne et plus particulièrement la doctrine étatsunienne. Cela, non seulement dans l'optique de porter un regard neuf ou innovateur à cette question, mais surtout dans le but d'y apporter les riches et pertinentes analyses de l'outre atlantique qui proposent une étude de la loi américaine et internationale de lutte contre la corruption notamment depuis 1977.

ii - L'auteur de la présente recherche a sollicité le témoignage d'un nombre de praticiens contemporains de lutte contre la corruption afin d'apporter à ce travail un regard pratique et averti quant à la réalité de la lutte contre la corruption. Le chapitre 8 de cette étude notamment s'articule autour des entretiens avec les membres de l'ONG Transparency International au siège de Berlin (G. Dell), des sections britanniques (C. Krishnan) et françaises (J. Coll) et les entretiens avec les avocats spécialisés du FCPA R. Cassin et M.Cohen, les Professeurs I. Bantekas, P. Ocheje, E. Spahn, P. Webb ou encore M. Pedriel-Vaissière, juriste de l'association SHERPA. L'auteur a également pu s'entretenir avec l'ancienne magistrate très connue pour sa vigueur dans la lutte contre toutes formes de corruptions, E. Joly¹⁸⁹.

iii - En dernier lieu – et sur un registre plus pragmatique - cette thèse aura bénéficié du temps écoulé depuis la soutenance des autres thèses afin d'y apporter de nouveaux éléments. Il s'agit par exemple des conclusions du Rapport de la phase 3 d'analyse du Groupe de travail de l'OCDE quant à la mise en œuvre du FCPA par les Etats-Unis. On peut également apporter quelques éléments d'analyse relatifs à la nouvelle loi britannique contre la corruption : *UK Bribery Act* entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011. On pense également à l'hypothèse d'élever la corruption en tant que crime susceptible d'être jugée par la Cour pénale internationale où l'on peut prétendre amener des arguments complémentaires à l'appui de ce postulat. En dernier lieu, cette recherche analysera les derniers travaux des Nations Unies – menés par M. le Professeur Ruggie – sur les droits de

¹⁸⁹ Venelles (13), le 21 novembre 2010.

l'homme et le commerce international, qui n'ont pu être examinés au sein des trois thèses susvisées.

D - Ressources électroniques

La présente recherche a fait une utilisation très large des données électroniques. Il s'agit évidemment des sites internet des organisations intergouvernementales au sein desquelles les Etats ont signé les textes internationaux de lutte contre la corruption. Les sites de l'ONG Transparence international ont été d'une très grande utilité lors des recherches. Pour ce qui est du FCPA, le blog¹⁹⁰ tenu par l'avocat spécialiste du FCPA R. Cassin a été une ressource d'information précieuse et l'avocat lui-même s'est montré très disponible afin de répondre aux questions relatives à cette recherche.

VII

L'élaboration de la présente recherche a connu certaines difficultés qu'il convient de mettre en exergue.

A – La doctrine américaine concernant le FCPA et à une moindre mesure la convention de l'OCDE est abondante. Les auteurs juridiques au niveau international ont également écrit de manière étendue sur la convention de l'OCDE. Cela est le reflet de l'importance de ce texte dans la lutte contre la corruption internationale. Il a été cependant plus difficile d'obtenir des articles scientifiques nombreux portant un regard détaillé sur la convention des Nations Unies contre la corruption qui est- on le souligne- le texte qui dispose du plus grand potentiel.

B - Il était essentiel – au vu des problématiques abordées – d'étudier la corruption internationale à la lumière du droit international public. De nombreuses questions de droit international public viennent s'immiscer en toute logique dans la lutte contre la corruption internationale. Il n'a pas été, dans un premier temps, chose aisée de prendre le recul nécessaire pour pouvoir aborder ces recherches de cette façon. Il semble maintenant impossible d'étudier ces deux questions séparément.

C – A la lecture des thèses universitaires qui ont trait spécifiquement à la lutte contre la corruption internationale, il n'a pas été immédiatement claire la façon d'apporter

¹⁹⁰ <http://www.fcpablog.com/>.

des analyses supplémentaires à cette question. La recherche, surtout de la doctrine anglo-saxonne et l'avis des praticiens de lutte contre la corruption ont rapidement démontré le potentiel de couches d'analyses supplémentaires et nouvelles.

VIII

On fera ici état des hypothèses de recherche pertinente à la présente étude (A), de certaines questions pertinentes à lutte contre la corruption qui ne fera pas l'objet ici d'une analyse (B) et on procédera à une exposition et une justification du plan (C).

A - Nous avons posé un double objectif au début de l'introduction de cette thèse. D'une part, il s'agit d'apporter les éléments de réponse à la question de savoir si en effet le dispositif international juridique de lutte contre la corruption est ou non un exemple de *lex simulata* ; d'autre part, en fonction des réponses, on souhaite faire des propositions d'amélioration – à l'appui de l'avis de praticiens de lutte contre la corruption - au dispositif international juridique actuel. La présente recherche s'articule en ce sens autour des trois **hypothèses** ou postulats de recherche principale.

1 - Selon notre premier postulat, l'utilisation d'une approche comparative des différentes conventions internationales citées ci-dessus permettra peut être de dégager, de faire ressortir, quels sont les meilleurs techniques et procédures juridiques en vu d'une efficacité accrue pour lutter contre la corruption internationale.

2 - Selon notre deuxième hypothèse, l'objectif de la lutte contre la corruption internationale n'est pas toujours ouvertement explicite. Mme le Professeur Zoller a écrit : « *en dépit de la grande réconciliation des peuples sur les idéaux de la démocratie et des droits de l'homme, les rivalités économiques entre Etats subsistent et aggravent. Les conditions de la mondialisation des économies nationales sont celles d'une guerre économique où la conquête des marchés étrangers devient le point de passage obligé du maintien de la croissance et de la puissance* »¹⁹¹. Nous voulons, en fil rouge de cette thèse, se demander s'il est finalement question d'un exercice d'internationalisation du droit fédéral étatsunien ? Est-ce qu'il s'agirait en réalité d'un outil étatsunien ayant vocation à rendre plus difficile pour les entreprises étrangères de gagner des marchés aux Etats-Unis

191 E. ZOLLER, *op.cit.*, p. 65.

mais aussi partout dans le monde, car ces lois américaines ont une prétention extraterritoriale ?

3 - Selon notre troisième hypothèse, et d'après l'avis d'un nombre important de commentateurs juridiques, la lutte contre la corruption d'agent public étranger pâtit de lacunes importantes. Il s'agit moins d'une faiblesse dans le libellé des textes que le manque important de leur mise en œuvre. Toute amélioration du dispositif de lutte contre la corruption est conditionnée par la volonté politique des gouvernants des Etats d'agir en ce sens. Cela ne comporte rien de nouveau et on ne souhaiterait pas aborder ce sujet de manière naïve. Non seulement les Etats n'entendent pas agir à l'encontre de leurs intérêts mais ils agiront d'une manière à protéger leur souveraineté. C'est dans cette manière classique que les Etats mènent leur politique juridique extérieure au niveau universel. Comme l'a montré il y a déjà longtemps Guy de Lacharrière,¹⁹² les Etats utilisent toutes les ressources procédurales de la négociation internationale pour introduire dans le traité des articles, qui auront pour but d'affadir les articles, voire d'en retarder la mise en œuvre, voire d'en écarter l'application à tel Etat déterminé. Ainsi, il est probablement utile de proposer des améliorations structurelles aux mécanismes existants et cela est l'objectif du chapitre 8 de la présente recherche.

B - Après avoir ainsi délimité les hypothèses de recherche, il a été question d'écartier certains éléments - certes pertinents à l'étude générale de la lutte contre la corruption- mais qui ne concernent pas précisément l'optique de cette étude. On pense notamment à l'incrimination du blanchiment d'argent¹⁹³. Bien que souvent associé – voire corollaire - à la corruption, il est un domaine qui s'étend trop largement au-delà des frontières de notre recherche. On occultera également certaines infractions telles que le trafic d'influence¹⁹⁴, la corruption privée¹⁹⁵ ou encore des infractions comptables. Sanctionner des infractions comptables peut constituer une arme efficace de la lutte contre

¹⁹² G. DE LACHARRIERE, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, 236 p.

¹⁹³ Voir S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, dir., *Lexique des termes juridiques*, op.cit., p. 87, en droit pénal le «*fait de faciliter par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect, ainsi que d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit de l'une de ces infractions*».

¹⁹⁴ Le trafic d'influence consiste à verser une commission à un intermédiaire qui usera de son influence sur le décideur pour l'inciter à prendre une décision favorable au corrupteur.

¹⁹⁵ Cf., *supra*, III.

la corruption et sont consacrées notamment par le FCPA et par certains textes internationaux. Cependant, la violation des normes comptables même dans la mesure où elle est visée par les textes qui nous sont pertinents constitue une infraction parallèle mais non analogue à l'infraction de la corruption active d'agent public étranger.

La présente recherche a choisi de ne pas faire une analyse approfondie et spécifique en matière des sanctions à l'égard de l'infraction de la corruption d'agent public étranger telle que visée par les textes. Loin de minimaliser cette question importante, notre approche se veut surtout pratique. Selon le dernier rapport – l'année 2011 – de l'ONG Transparency International sur la mise en œuvre de la convention de l'OCDE, seulement sept des trente huit Etats parties connaissent une mise en œuvre active¹⁹⁶. Ce classement fondé notamment sur les nombres de poursuites dans le cadre des dispositions de la convention démontre le faible nombre de poursuites dans la majorité des Etats parties à la convention. Notre hypothèse est que la mise en œuvre des textes internationaux de lutte contre la corruption est faible. Nous voudrions alors, dans un intérêt de clarté, plutôt mettre en lumière un des rares exemple d'une mise en œuvre réussie – celle des Etats-Unis – afin de porter une réflexion sur la raison de cette réussite pour suggérer enfin que le modèle américain puisse être l'exemple à suivre.

Alors que cette étude se concentrera tout particulièrement sur la responsabilité des personnes morales en matière de corruption, elle abordera très peu la question de l'incrimination des personnes physiques. Pour justifier ce choix, on rappelle tout d'abord que si la plupart des lois érigent des sanctions civiles ou administratives à l'encontre du comportement fautif des entreprises, très peu de pays ont organisé ces lois de manière à répondre aux exigences du dispositif juridique international de lutte contre la corruption récente¹⁹⁷. Pourtant, lorsqu'il est question de l'infraction de la corruption de l'agent public étranger, il s'agit souvent d'un acte réalisé par une entreprise dans le cadre du commerce international. Les structures des entreprises multinationales sont devenues de plus en plus décentralisées. Lors du processus de prise de décision au sein de ces entités, il est souvent très difficile, voire impossible, de trouver un seul responsable de ladite décision. Une personne physique peut évidemment agir seule à des fins de corruption. Mais le plus souvent,

¹⁹⁶ Danemark, Allemagne, Italie, Norvège, Suisse, Royaume-Uni, Etats-Unis.

¹⁹⁷ M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », in M. PIETH *et al.*, *The OECD Convention On Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 182.

c'est l'entreprise elle-même qui se livre intentionnellement à des pratiques de corruption visées par les conventions internationales. Dans la mesure où la corruption peut être tolérée, voire encouragée par les responsables d'une entreprise, il semble alors peu approprié d'incriminer seulement ceux qui prennent les décisions en bas de l'échelle¹⁹⁸.

On écartera ici une analyse de certains mécanismes de protection utilisés par les Etats en matière de corruption et on pense tout particulièrement à ce que Y. Radi désigne comme « *les affres des considérations politiques* »¹⁹⁹. Il existe en effet un risque important en matière de lutte contre la corruption que les Etats retardent ou empêchent l'exercice de poursuites relatives à des pratiques de corruption. Un exemple contemporain de ce risque peut être avancé dans le cadre du contrat *Al Yamamah* liant le Royaume-Uni et l'Arabie Saoudite, il s'agit de l'affaire *BAE Systems*. Un autre exemple pertinent est le dossier connu en France selon l'intitulé l'affaire des Frégates de Taïwan²⁰⁰.

On n'abordera pas ici la question des paradis fiscaux ou le secret bancaire. Bien que de manière générale, les centres financiers non coopératifs et le secret bancaire soient un obstacle majeur à la transparence financière, la lutte contre la criminalité financière en général et la lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent, cette problématique extrêmement importante dépasse largement le cadre précis de cette thèse.

Ne souhaitant pas minimaliser l'impact de la lutte contre la corruption menée par ces institutions, en privilégiant le ciblage des conventions internationales de lutte contre la corruption d'agent public étranger, la présente recherche ne se focalisera pas sur la lutte menée par d'autres acteurs internationaux. On pense ici notamment au milieu des affaires par le biais de la Chambre de commerce international ou à travers les institutions spécialisées de l'ONU dans le domaine économique, notamment le Fonds monétaire international (FMI) ou la Banque mondiale. Pour les mêmes raisons, on n'analysera pas les efforts soutenus de l'Organisation mondiale du commerce en matière de lutte contre la

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 176.

¹⁹⁹ Y. RADI, « Du “dilemme du prisonnier” au “jeu d’intégration” : l’internationalisation de l’incrimination pénale de corruption active transnationale », in *La corruption et le droit international*, *op.cit.*, p. 204.

²⁰⁰ Voir L. LOUVET, *op.cit.*, pp. 63 – 74.

corruption²⁰¹.

C – Avant d'aborder le premier chapitre de la présente recherche, il convient d'exposer et de justifier le plan

Nous avons suivi ci-dessus l'évolution historique des règles conventionnelles. Il convient de mettre en exergue ce que l'on peut désigner comme une nouveauté juridique. Il s'agit plus précisément de l'incrimination, depuis quinze ans, d'une forme de corruption jusqu'alors passé sous silence par les textes juridiques : la corruption d'un agent public étranger (Chapitre 1). Une recherche de la qualification d'un fait qui selon le droit international comprend l'acte corrompu nouvellement constitué est inéluctable (Chapitre 2). La qualification du corrupteur est banale dans le sens où cette personne peut être n'importe qui. Les textes se lisent « toute personne » soit ne disent rien ce qui est d'une imprécision remarquable. En pratique, c'est très souvent une personne morale qui est génitrice de l'acte corrompu ou une personne physique en raison de ses fonctions au sein d'une personne morale de droit privé ou public. Les problèmes juridiques relatifs à la responsabilité des personnes morales doivent être analysés (Chapitre 3).

En l'absence de juridictions internationales en matière de corruption, les poursuites doivent être portées devant les juridictions nationales. Cela soulève la problématique des titres de compétence et de la coordination de ceux-ci par les Etats pertinents (Chapitre 4). Plus généralement, la question de la coopération judiciaire interétatique est centrale à l'efficacité de ce dispositif juridique international (Chapitre 5). Cette coopération concerne également les conséquences juridiques de la qualification d'un comportement ou d'un fait en tant que corruption car il peut être question de l'indispensable transfert des biens et des personnes (Chapitre 6). La coopération est nécessaire lors de la surveillance et du contrôle par les organisations internationales intergouvernementales de l'application des textes internationaux (Chapitre 7).

²⁰¹ Voir P. M. NICHOLS, « Corruption in the World Trade Organization, Discerning the Limits of the World Trade Organization's Authority », *28 N.Y.U.J. Int'l L. Pol.*, 1996, pp. 711 – 784.

On déduit que la structure des mécanismes internationaux existants en droit positif est insuffisante et parfois peu opératoire. Il est donc utile d'en proposer quelques améliorations sans bouleverser les équilibres actuels ([Chapitre 8](#)).

...

L'efficacité de la lutte contre la corruption des agents publics étrangers est tributaire de son paradigme juridique actuel. L'harmonisation progressive des législations internes en la matière connaît de nombreux obstacles ([Première partie](#)). L'ensemble des barrières à la mise en œuvre efficace du dispositif juridique existant découle en grande partie de la difficile application des conventions internationales ([Seconde partie](#)).

PREMIERE PARTIE

LA DELICATE HARMONISATION DES CRITERES D'INCRIMINATION

D'un point de vue juridique, il nous importe de savoir à quel point les rédacteurs de textes internationaux de lutte contre la corruption ont pu ériger des articles uniformes²⁰² : il est évident que des situations de non coïncidence pourraient avoir pour conséquence des difficultés dans l'application harmonieuse des textes internationaux, et donc une relative inefficacité dans la lutte contre la corruption dans le commerce international. A la lumière de cette observation, on analysera les critères d'incrimination de la corruption d'agent public étranger par les textes internationaux. La présente recherche se consacre à l'étude de la corruption de l'agent public étranger. Il convient dans un premier temps d'analyser l'approche des textes à l'égard de ce personnage central de l'infraction. (Chapitre 1). Il faudrait alors étudier les éléments constitutifs de l'infraction de corruption d'agent public étranger (Chapitre 2) pour enfin porter notre regard sur la question épineuse de la responsabilité des personnes morales dans le domaine de la corruption internationale (Chapitre 3).

²⁰² On fait ici référence au principe de la double incrimination. A ce titre voir J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 336 : « *A. Critère d'application des conventions d'extradition en matière pénale selon lequel, pour donner lieu à extradition, le fait visé par les conventions doit être punissables par les lois pénales de l'Etat requérant et de l'Etat requis. B. Critère d'application de certaines compétences personnelles à caractère extraterritorial en vigueur dans un Etat selon lequel l'infraction commise sur le territoire d'un autre Etat n'est punissable par le premier Etat que si elle est sanctionnée par le droit des deux Etats* ».

CHAPITRE 1

LES RECENTES DEFINITIONS TEXTUELLES DE LA NOTION *D'AGENT PUBLIC ETRANGER*

La première problématique abordée dans cette étude s'articule autour de la définition de *l'agent public étranger* par les textes pertinents. Dans un premier temps, il faut préciser les éléments constitutifs de ces définitions (Section 1). Il conviendra ensuite d'approfondir ces éléments constitutifs, en relevant que ces définitions se divisent en deux catégories : d'une part les définitions relevant spécifiquement du droit international puisqu'elles sont incorporées dans le texte même des traités pertinents (Section 2) ; d'autre part, les définitions qui résultent d'un renvoi au droit national des Etats parties (Section 3).

SECTION 1

LES DEFINITIONS DE L'AGENT PUBLIC ETRANGER DANS LES TEXTES : PREMIERE APPROCHE CHRONOLOGIQUE

On présentera les textes pertinents dans l'ordre chronologique. Celui-ci cependant ne rend pas exactement compte du fait qu'il existe plusieurs approches de la définition *d'agent public étranger*.

Le FCPA²⁰³ (§ 1), la convention de l'OCDE²⁰⁴ (§ 4) et la CNUCC²⁰⁵ (§ 7) présentent, pour chacun d'entre eux, une définition spécifique et autonome de cette notion. La convention de l'OEA²⁰⁶ (§ 2) et la convention de l'Union africaine²⁰⁷ (§ 6) définissent la notion de *l'agent public* sans fournir une définition de *l'agent public étranger*. La convention pénale du Conseil de l'Europe²⁰⁸ (§ 5) et la convention de l'Union européenne²⁰⁹ (§ 3) renvoient la définition de cette notion aux Etats membres.

²⁰³ Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1494 (codified as 15 U.S.C. §§ 78a, 78m, 78dd-1, 78dd-2, 78ff).

²⁰⁴ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/3028103.pdf>.

²⁰⁵ http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/convention_f.pdf.

²⁰⁶ <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>.

²⁰⁷ http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_conventions_fr/convention%20sur%la%20lutte%20contre%20la%20corruption.pdf.

²⁰⁸ <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/173.htm>.

²⁰⁹ *Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne* du 26 mai 1997, J.O.C.E., n° C 195/1 du 25 juin 1997 (voir également la *résolution relative à la protection juridique des intérêts financiers des Communautés* du 6 décembre 1994, J.O.C.E., n° C 355 du 14 décembre 1994, le *protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes* du 27 septembre 1996, J.O.C.E., n° C 313 du 23 octobre 1996, le *second protocole du 19 juin 1997 du Conseil à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*, J.O.C.E., n° C 221 du 19 juillet 1997.

§ 1 - La matrice des textes internationaux ultérieurs : une loi nationale, la loi fédérale américaine du 19 décembre 1977

Le FCPA²¹⁰ définit le terme « fonctionnaire étranger »²¹¹ au sein du texte. Le FCPA dispose ainsi que ce terme « *s'entend de tout fonctionnaire ou employé d'un gouvernement étranger ou de tout département, toute agence ou autorité d'un tel gouvernement, ou d'une organisation internationale publique, ou toute personne agissant dans l'exercice de ses fonctions pour ou au nom d'un tel gouvernement ou département, agence ou autorité, ou pour ou au nom d'une telle organisation internationale publique* »²¹².

Selon l'analyse doctrinale la plus courante, cette définition doit être interprétée de la façon la plus large possible²¹³. Dans une conception typiquement états-unienne, cela comprend les agents des trois branches du gouvernement et aux autres composantes du gouvernement, c'est-à-dire à la fonction publique au sens large du terme²¹⁴. Le FCPA ne vise pas seulement les agents publics étrangers tels que définis par le texte, mais également : « *tout parti politique étranger ou un officiel d'un tel parti* », « *tout candidat pour un poste politique étranger* »²¹⁵ et comme on le verra, le FCPA vise la corruption dite indirecte, « *quiconque tout en sachant que* »²¹⁶, qui concerne les intermédiaires informés. Cette définition concerne aussi tout fonctionnaire ou employé d'une organisation internationale publique.

§ 2 - L'Inter-American convention against corruption de Caracas, conclue dans le cadre de l'OEA le 29 mars 1996

L'Organisation des Etats américains (l'OEA) a adopté la convention

²¹⁰ Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1494 (codified as 15 U.S.C. §§ 78a, 78m, 78dd-1, 78dd-2, 78ff).

²¹¹ En anglais « *foreign official* ».

²¹² 15 U.S.C. § 78 dd – 1 (f) (1) (A) et § 78 dd - 2 (h) (2) (A).

²¹³ Voir notamment : S. H. DEMMING, *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, Chicago, ABA, 2005, p. 11.

²¹⁴ S. H. DEMMING, *op. cit.*, p. 12.

²¹⁵ §78dd1 (a) (1).

²¹⁶ §78dd1 (a) (1) (b), (2) (b) et (3) (b) ; voir également : D. FLORE, *op.cit.*, p. 8.

interaméricaine contre la corruption²¹⁷ (IACAC) à Caracas le 29 mars 1996²¹⁸. L'article 8 de l'IACAC cible la corruption transnationale « *d'un fonctionnaire d'un autre Etat* »²¹⁹. En reprenant la même formule que le droit américain, cette convention vise la corruption transnationale de fonctionnaires publics sans égard à leur nationalité. La convention ne définit pas de manière explicite la notion d'*agent public étranger* ni l'équivalent du « *fonctionnaire étranger* » du FCPA. L'article 1 de l'IACAC définit néanmoins les notions de « *fonctionnaire* », « *officiel gouvernemental* » et « *serviteur public* ». Ces trois éléments sont définis de la manière suivante : « *tout fonctionnaire ou employé d'un Etat ou de ses entités, y compris ceux qui ont été choisis, désignés ou élus pour mener des activités ou exercer des fonctions au nom de l'Etat ou au service de l'Etat, à tous les échelons hiérarchiques* »²²⁰. On note qu'il n'est pas ici question des agents d'organisations internationales publiques.

La corruption active transnationale visée à l'article 8 est incriminée dans le droit pénal des États parties, si cette infraction est conforme à la constitution et aux principes fondamentaux de son ordre juridique. Cette incrimination est donc facultative, puisque au paragraphe 2 de l'article 8, les Etats qui n'ont pas défini ce délit dans leur droit pénal ont l'obligation d'apporter une entraide et une coopération judiciaire aux autres Etats Parties²²¹.

²¹⁷ <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>.

²¹⁸ Entrée en vigueur le 6 mars 1997.

²¹⁹ « *sous réserve de sa Constitution et des principes fondamentaux régissant son système juridique, chaque Partie interdira et sanctionnera l'acte d'offrir ou de donner à un fonctionnaire d'un autre Etat, directement ou indirectement, tout objet de valeur pécuniaire ou tout autre bénéfice, tels que des dons, des faveurs, des promesses ou des avantages en échange de la réalisation par ce fonctionnaire de tout acte ou omission dans l'exercice de ses fonctions, en liaison avec une transaction économique ou commerciale, lorsque cet acte aura été commis par un national d'une Partie, ou par des personnes ayant leur résidence habituelle sur son territoire, ou par des entreprises qui y sont domiciliées* », <http://www.oas.org/juridico/fran%C3%A7ais/b-58.htm>.

²²⁰ Article 1.

²²¹ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 99 : ces Etats ne sont pas juridiquement obligés par la convention de modifier leur code pénal pour y incorporer pareil infraction.

§ 3 – La convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne du 26 mai 1997

Quatre textes de l'Union européenne sont ici pertinents : 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*²²² du 26 juillet 1995 ; le *protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*²²³ du 27 septembre 1996 ; la *convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne*²²⁴ du 26 mai 1997 ; et le *second protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes*²²⁵ du 19 juin 1997.

L'Union européenne prévoit à l'article 1 de la convention du 26 mai 1997 de «limiter le champ d'application de ses instruments aux fonctionnaires communautaires ou aux fonctionnaires nationaux des Etats membres de l'Union»²²⁶. Les définitions de la convention ne concernent que des fonctionnaires nationaux et communautaires : la définition du fonctionnaire national se fait par le biais de la technique juridique du renvoi au droit national et la notion de fonctionnaire communautaire est définie par le droit communautaire²²⁷. On voit que la convention fait référence à la notion «*fonctionnaire* »²²⁸ et non à celle «*d'agent public étranger* ». Pour l'application concrète de la convention à un cas de corruption, la notion de «*fonctionnaire* » couvre trois catégories de personnes : les fonctionnaires communautaires, les fonctionnaires nationaux et les fonctionnaires

²²² J.O.C.E. n° C 316 du 27 novembre 1995 ; entrée en vigueur le 17 octobre 2002.

²²³ J.O.C.E., n° C 313 du 23 octobre 1996 ; entré en vigueur le 17 octobre 2002.

²²⁴ J.O.C.E., n° C 195/1 du 25 juin 1997 ; entré en vigueur le 28 septembre 2005.

²²⁵ J.O.C.E. n° C 221 du 19 juillet 1997 ; non encore entré en vigueur.

²²⁶ Voir également l'analyse de P. CAVALERIE, « La convention O.C.D.E. du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », A.F.D.I., Editions du C.N.R.S., Paris, 1997, p. 617.

²²⁷ Cf., *infra*, ce chapitre, section 3.

²²⁸ En anglais « *official* ».

nationaux d'un autre Etat membre²²⁹. Ce concept étendu est « *en vue d'une application aussi large et homogène que possible des dispositions matérielles de la convention dans le cadre de la lutte contre la corruption* »²³⁰.

§ 4 - L'OCDE : la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997

L'OCDE a adopté la *convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* à Paris le 17 décembre 1997²³¹. L'article 1(1) concerne l'infraction de la corruption active d'un « *agent public étranger* »²³². La notion *d'agent public étranger*, elle, est définie par l'article 1 (4) (a) de la façon suivante : « *toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue, toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme publics et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique [...]* ». A la lecture de cette définition, on peut déduire qu': « *eu égard [...] à sa principale motivation, qui consiste à uniformiser les règles du jeu commercial, [l'OCDE] cherche à proposer une définition mondiale uniforme de l'agent public* »²³³.

Comme le FCPA et l'IACAC, la convention de l'OCDE incrimine la corruption de « *tout agent public étranger, quelle que soit sa nationalité* »²³⁴. Il est généralement admis

²²⁹ L'article 1.

²³⁰ *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15.12.1998, point 1.1.

²³¹ Entrée en vigueur le 15 février 1999 ; <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/3028103.pdf>.

²³² « *Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international* », <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/3028103.pdf>.

²³³ M. LEVI, *op.cit.*, p. 31.

²³⁴ P. CAVALERIE, *op.cit.*, p. 617.

en doctrine que les commentaires officiels « *en donnent toujours une interprétation extensive, qui va bien au-delà de la lettre du texte et s'inspire assez largement du droit américain en vigueur [...]* »²³⁵. On souligne aussi que cette définition comprend tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique.

§ 5 - La convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999

La convention pénale sur la corruption²³⁶ du Conseil de l'Europe, a été signée à Strasbourg le 27 janvier 1999. La qualité publique de l'agent visée par la convention rend le champ d'application très large car sont visées : « *dans la mesure du possible, toutes les catégories d'agents publics afin d'éviter des lacunes dans l'incrimination de la corruption dans le secteur public* »²³⁷.

Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont en commun un aspect juridique important : « *[une] différence très importante avec la démarche de l'OCDE vis-à-vis de la corruption transnationale, à savoir le fait que cette convention pénale renvoie (comme celle de l'Union Européenne) au droit national du pays victime en ce qui concerne la définition d'un fonctionnaire* »²³⁸.

La convention prévoit à l'article 1 (a) que « *l'expression «agent public» est interprétée par référence à la définition de «fonctionnaire», «officier public», «maire», «ministre» ou «juge» dans le droit national de l'Etat dans lequel la personne en question exerce cette fonction et telle qu'elle est appliquée dans son droit pénal* »²³⁹.

La convention fait référence à *l'agent public étranger* à l'article 5 et dispose ainsi que : « *chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés aux*

²³⁵ Voir notamment : D. FLORE, *op.cit.*, p. 53.

²³⁶ Entrée en vigueur le 1 juillet 2002 ; <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/173.htm>.

²³⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> , § 27.

²³⁸ M. LEVI, *op.cit.*, p. 33.

²³⁹ *Ibid.*, p. 33.

articles 2 et 3 lorsqu'ils impliquent un agent public de tout autre Etat »²⁴⁰.

L'agent public est défini conformément au droit pénal de chaque État, c'est ainsi la définition pénale qui est déterminante²⁴¹. On voit bien que selon ce texte, chaque Etat partie à l'obligation de modifier, de compléter ou d'adapter son droit pénal national en vue d'une bonne application de la convention.

§ 6 – La convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption du 11 juillet 2003

La convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption²⁴² a été signée à Maputo (Mozambique) le 11 juillet 2003. Elle définit *l'agent public* à l'article 1²⁴³ de la manière suivante : « *tout fonctionnaire ou employé de l'Etat ou de ses institutions, y compris ceux qui ont été sélectionnés, nommés ou élus pour entreprendre des activités ou exercer des fonctions au nom ou au service de l'Etat, à tout niveau de sa hiérarchie* ».

La convention vise *l'agent public* et « *toute autre personne* » mais ne définit pas cette notion. Le champ d'application est donc potentiellement très large²⁴⁴. Cette convention ne définit pas cependant la notion d'*agent public étranger*²⁴⁵.

²⁴⁰ <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/173.htm>, § 28.

²⁴¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>.

²⁴² Entrée en vigueur le 5 août 2006 ; http://www.africaunion.org/Official_documents/Treaties_conventions_fr/convention%20sur%ola%20lutte%20contre%20la%20corruption.pdf.

²⁴³ « *[T]out fonctionnaire ou employé de l'Etat ou de ses institutions, y compris ceux qui ont été sélectionnés, nommés ou élus pour entreprendre des activités ou exercer des fonctions au nom ou au service de l'Etat, à tout niveau de sa hiérarchie* », http://www.africaunion.org/Official_documents/Treaties_conventions_fr/convention%20sur%ola%20lutte%20contre%20la%20corruption.pdf.

²⁴⁴ Voir en ce sens : T. R. SNIDER, W. KIDANE, *op.cit.*, p. 714.

²⁴⁵ Voir l'introduction générale.

§ 7 - La convention des Nations Unies contre la corruption du 11 décembre 2003

La convention des Nations unies contre la corruption²⁴⁶ – la CNUCC - a été signée à Mérida, au Mexique, le 11 décembre 2003. La convention des Nations unies est de celles, à l'instar de la FCPA et de la convention de l'OCDE, qui définit *l'agent public étranger* de manière spécifique et autonome. La définition onusienne se rapproche fortement à la définition du FCPA et de la convention OCDE²⁴⁷. *L'agent public étranger* est défini à l'article 2(b) de la manière suivante : «*toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue; et toute personne qui exerce une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique* »²⁴⁸.

LA CNUCC vise la corruption active *d'agents publics étrangers* et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques à l'article 16 (1). Cet article est analogue aux infractions érigées au sein du FCPA et à l'article 1 (1) de la convention OCDE²⁴⁹. L'article 16 (1) est contraignant et demande l'incrimination, par des mesures législatives et autres si nécessaires, de la corruption active de *l'agent public étranger* et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques. L'article 16 (2) vise la corruption passive de *l'agent public étranger*. Il est non contraignant, et demande les Etats parties simplement d'envisager l'adoption de mesures législative et autres si nécessaire afin d'incriminer la corruption passive de *l'agent public étranger*. L'article 16 (2) semble adopter la même définition de *l'agent public étranger* que l'article 16 (1)²⁵⁰.

²⁴⁶ Entrée en vigueur le 14 décembre 2005 ;

http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/convention_f.pdf.

²⁴⁷ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption: the globalisation of anticorruption standards », in, Conference, *The awakening giant of anticorruption enforcement*, London, England, 4-5 May 2006, p. 8

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 8.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 8.

²⁵⁰ M. PIETH, *Introduction, op.cit.*, p. 23.

M. le Professeur Pieth souligne cependant, l'existence d'une difficulté d'interprétation de l'article 16, qui pourrait avoir des conséquences importantes pour l'application de la CNUCC²⁵¹. Si la CNUCC s'est inspirée de la convention de l'OCDE et du FCPA en érigeant une définition autonome et spécifique de *l'agent public étranger*, elle s'est pourtant inspirée des conventions européennes anti-corruption de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe en ce qui concerne la définition de *l'agent public national*. Une situation qui peut être désignée de « *bâtarde* »²⁵². La difficulté ouverte provient d'un décalage de technique juridique entre la définition de *l'agent public étranger*²⁵³ et *l'agent public national*²⁵⁴ dès lors qu'ils sont corrompus. Pour le premier, la notion *d'agent public étranger* est définie par la convention et donc il existe une définition uniforme pour tous les Etats parties à celle-ci. Pour le second – l'agent public national – il n'y a pas d'obligation des Etats parties de modifier ou d'adapter le droit national au regard de la convention : les articles 2 (a) (ii) et 2 (a) (iii) semblent renvoyer purement et simplement la définition de *l'agent public national* au droit pénal national de chaque Etat. Quid de l'hypothèse, dans un cas de corruption passive, lorsque le pays où se trouve l'agent public ne définit pas la notion d'agent public de la même manière que le pays à l'origine des poursuites ? C'est cette problématique qui a en partie retenu l'OCDE dans sa volonté d'incriminer la corruption passive²⁵⁵.

²⁵¹ *Ibid.*, p.23.

²⁵² A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 120.

²⁵³ Article 2 (b).

²⁵⁴ Article 2 (a) (ii) et article 2 (a) (iii).

²⁵⁵ M. PIETH, « Introduction », *op.cit.*, p. 23.

SECTION 2

ANALYSE DES ELEMENTS CONSTITUTIFS ET COMPARAISON DES DEFINITIONS *D'AGENT PUBLIC ETRANGER*

La méthode est ici celle de l'approche synthétique des textes. La première approche chronologique étudiée au paragraphe précédent démontre que la définition américaine *d'agent public étranger* a eu une influence visible sur certaines conventions internationales. La définition de l'agent public au sein de l'IACAC et les définitions *d'agent public étranger* de la convention de l'OCDE et de la CNUCC se rapprochent fortement de la notion états-unienne. La convention de l'OCDE dans le cadre des intérêts économiques de certaines puissances industrielles et la CNUCC dans son approche globale et multidisciplinaire proposent une définition *d'agent public étranger* à vocation mondiale. Le but avoué en est l'application homogène de la convention. Ces définitions mettent les Etats parties face aux mêmes infractions et suppriment les variations du droit national. On est donc bien face à une entreprise d'uniformisation juridique sur le plan mondial.

Reste-il alors une implication du droit national dans le cadre d'une définition autonome *d'agent public étranger* par le droit international ? Les définitions *d'agent public étranger* au sein des textes sont jalonnées par des références aux institutions ou entités publiques qui sont compétents pour déléguer une autorité étatique²⁵⁶. L'affectation d'une personne à une telle institution ou entité de l'Etat serait une indication, plutôt qu'une preuve concluante d'un statut *d'agent public étranger*²⁵⁷. C'est le rôle du droit national de préciser, sur la base de la convention, ce qui est véritablement, dans le détail, l'agent public.

On retrouve un nombre d'éléments communs dans les définitions retenues par les

²⁵⁶ G. SACERDOTI, « The 1997 OECD convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions », *International Business Law Journal*, 1999, p. 7: « combines subjective qualifications with the objective exercise of public functions in a manner similar to the approach taken by numerous national criminal legal systems ».

²⁵⁷ I. ZERBES, « Article 1. The Offense of Bribery Of Foreign Public Officials », in M. PIETH *et al.*, *The OECD convention on Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 59.

textes. Ces éléments communs²⁵⁸ - ces critères - servent à identifier *l'agent public étranger*. *L'agent public étranger* peut être identifié par une appartenance à l'appareil institutionnel de l'Etat concerné (§ 1). Il peut être identifié par le biais de certains critères fonctionnels. (§ 2) On examinera également le critère de l'attribution de la qualité d'agent, c'est-à-dire l'autorité compétente pour désigner officiellement les personnes investies de la qualité d'agent public étranger (§ 3).

§ 1 - L'identification de l'agent public étranger par son appartenance à l'appareil institutionnel de l'Etat

Il convient de rappeler très brièvement l'approche du droit international général à la notion de « *gouvernement* » (A). On présentera certaines observations concernant les textes les plus couramment mentionnés par les professionnels (B).

A - La notion de « gouvernement » en droit international

On rappelle qu'un appareil gouvernemental ou politique « *est tout aussi nécessaire à l'existence de l'Etat qu'une population ou un territoire* »²⁵⁹. En effet, pour le droit international général, « *appartiennent au « gouvernement » [...] non seulement les autorités exécutives de l'Etat, mais l'ensemble de ses « pouvoirs publics »*. C'est tout l'*ordre politique, juridictionnel et administratif interne qui est visé* »²⁶⁰.

Dans le cadre de l'étude des mécanismes internationaux de lutte contre la corruption, ce sont d'abord les conceptions générales du droit international public qui servent de référence. Pour l'essentiel, les textes internationaux se rattachent à une définition très large regroupant sensiblement la liste dressée dans la citation doctrinale ci-dessus.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 58.

²⁵⁹ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 8^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2009, p. 458.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 458.

B - Observations concernant les textes les plus couramment mentionnés par les professionnels de lutte contre la corruption

Dans le cas du FCPA cela concerne l'affectation à un «*gouvernement étranger*» L'IACAC utilise la formule «*tout fonctionnaire ou employé d'un Etat*». La convention de l'OCDE²⁶¹ et la CNUCC prévoient un *mandat législatif*,²⁶² *administratif ou judiciaire*.

Selon la convention de l'OCDE, la personne peut être élue ou nommée, il n'est pas nécessaire pour la loi de transposition nationale de distinguer entre l'élection et la nomination²⁶³. Les personnes ciblées par ce critère d'appartenance à l'appareil politique ou judiciaire seraient, par exemple, les ministres du gouvernement, fonctionnaires travaillant aux ministères, les policiers ou des agents des douanes²⁶⁴. Les élus et les juges sont, «*pleinement visés par le texte de l'OCDE (alors que sur ce point les textes de l'Union européenne renvoient à l'incertitude de la détermination de la qualité de « fonctionnaire » par chaque Etat membre)*»²⁶⁵.

Ce qui importe est la contribution de la personne au rendement institutionnel, c'est-à-dire, une influence sur la décision concernée²⁶⁶.

§ 2 - *L'identification de l'agent public étranger : le critère fonctionnel*

Le critère fonctionnel de *l'agent public étranger* peut être relevé à travers la notion d'une activité d'intérêt public au sein de l'Etat (A), ou bien son rattachement à un

²⁶¹ Article 1 (4) (a) ; voir en ce sens, l'article 1 (4) (b) de la convention OCDE qui précise que «*pays étranger*» comprend tous les niveaux et subdivisions d'administration, du niveau national au niveau local.

²⁶² La CNUCC inclut le mandat *exécutif* dans sa définition.

²⁶³ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 69.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 69.

²⁶⁵ P. CAVALERIE, *op.cit.*, p. 618 ; voir aussi I. ZERBES, *op.cit.*, p. 69 : Les juges professionnels et non professionnels, et de la même manière les jurés dans les systèmes de *common law*, tombent sous la définition, tout comme les procureurs. Il est aussi clair que les députés parlementaires sont des agents publics : ils font partie de la branche législative du gouvernement et sont donc compris par la définition institutionnelle.

²⁶⁶ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 70.

organisme public ou une entreprise publique (B) ou encore le fait d'être chargé occasionnellement et *de facto* d'une activité d'intérêt public (C).

A - L'agent public étranger, agent chargé d'une activité d'intérêt public au sein de l'Etat

Le FCPA et l'IACAC visent des paiements réalisés afin d'induire l'agent dans « *l'exercice des ses fonctions [publiques]* »²⁶⁷ ou lors de tout « *tout acte ou décision de tel officiel étranger dans l'exercice de ses fonctions* »²⁶⁸. Le FCPA apporte cependant peu d'éclairage à la définition de la notion de « *fonctions* ». Le FCPA ne précise pas d'ailleurs à quel moment une personne est « *dans l'exercice de ses fonctions* »²⁶⁹. Pourtant, savoir si une personne agit dans « *l'exercice des fonctions* » peut justement déterminer si cette personne est un « *foreign official* » dans le sens du FCPA. Le silence de la loi a deux conséquences pour les entreprises. D'une part, elles doivent faire leur propre analyse du statut de la personne, afin de déterminer si la personne est un « *foreign official* » tel que prévu par le FCPA. D'autre part les entreprises doivent interpréter l'intervention de l'agent public, pour savoir si ce dernier intervient dans son « *dans l'exercice de ses fonctions* » et commet ainsi un acte illicite.

En revanche, l'IACAC, elle, définit la notion de « *fonctions [publiques]* » au sein du texte. L'IACAC affirme que les personnes « *choisies* », « *désignées* » ou « *élues* » pour exercer des fonctions dans le cadre de l'Etat sont considérées comme des agents publics, et que le niveau de hiérarchie tenu par l'agent n'a pas d'importance. L'IACAC prévoit que « *fonctions [publiques]* » peut comprendre toute activité « *réalisée par une personne physique au nom de l'Etat ou à son service* » que cette activité soit temporaire ou permanente, payée ou honorifique. L'IACAC donne aux entreprises et aux individus davantage de précisions que le FCPA pour leur permettre d'apprécier si un interlocuteur pourrait être considéré comme un agent public dans le cadre du texte. Les Etats-Unis

²⁶⁷ IACAC ; en anglais dans le texte : « *performance of his [or her] public functions* ».

²⁶⁸ FCPA ; en anglais dans le texte : « *act or decision of such foreign official in his [or her] official capacity* ».

²⁶⁹ En anglais dans le texte : *acting in an official capacity* ; voir sur cette question : L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 257.

devraient alors considérer l'adoption d'une définition précise du sens de la notion de « *l'exercice de ses fonctions* » afin de servir un double objectif : harmoniser cette législation avec celle de l'IACAC et fournir une indication plus précise aux entreprises états-unies qui cherchent à faire du commerce avec l'étranger.

Le commentaire 12 de la convention de l'OCDE prévoit que la notion de « *fonction publique* » comprend « *toute activité d'intérêt public déléguée par un pays étranger, comme l'exécution de tâches par délégation de ce pays en liaison avec la passation de marchés publics* »²⁷⁰. Dans la phrase « *toute activité d'intérêt public déléguée par un pays étranger* » il importe de retenir les deux éléments suivants : d'une part, l'acte de délégation du pays étranger concerné et d'autre part, le lien entre l'activité déléguée et l'intérêt public. Etant en dehors du cadre strict d'un « *mandat législatif, (exécutif), administratif ou judiciaire* » il s'agit néanmoins de l'exercice d'une activité d'intérêt public au sein d'un Etat étranger. Les commentaires officiels de la convention de l'OCDE n'imposent pas de forme précise à cet acte de délégation d'un pays étranger. La procédure des appels d'offres lors d'un marché public en est un bon exemple car cela implique souvent la délégation par le gouvernement d'un bon nombre de fonctions. Les commentaires officiels 13 à 16²⁷¹ précisent qu'une activité sera toujours dans l'intérêt public lorsqu'elle est subordonnée à l'Etat²⁷². Une personne représentant l'Etat occupe alors une position d'autorité qui découle de ces pouvoirs de délégation ; ce positionnement en tant qu'autorité publique distingue cette personne du citoyen ordinaire ou l'entreprise qui est l'autre partie du contrat²⁷³.

L'étendue du champ d'activité couvert par la définition de la convention n'a pas de limite. En ce sens, D. Flore en déduit que « les intermédiaires privés - tels des avocats d'affaires - intervenant à un titre ou l'autre dans la passation de marchés publics seraient couverts par la notion de « personnes exerçant une fonction publique ». Si cela correspond au champ d'application de la loi américaine, il n'est pas sûr que cela découle du texte même, encore moins que cela corresponde au point de vue défendu par les États membres

²⁷⁰ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

²⁷¹ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

²⁷² I. ZERBES, *op.cit.*, p. 60.

²⁷³ *Ibid.*, p. 60.

de l'Union européenne »²⁷⁴.

La loi américaine, elle aussi, vise comme nous l'avons constaté, les « *intermédiaires informés* » dans son article 15 U.S.C. § 78 dd (1) (f).

On estime, à la lumière du libellé très proche de la CNUCC à la convention de l'OCDE que la présente recherche ne devrait pas approfondir l'approche de la CNUCC à cette question.

B - L'agent public étranger, agent rattaché à un organisme public ou une entreprise publique

1 - La difficile compatibilité entre le texte états-unien du FCPA et l'IACAC

Le volet anticorruption du FCPA vise les agents publics d'un « *gouvernement étranger* ». En dehors des rôles gouvernementaux traditionnels,²⁷⁵ il vise « *tout département, toute agence ou autorité d'un tel gouvernement* ». Le texte en anglais utilise le terme « *instrumentality* ». La notion de « *fonctionnaire étranger* » comprend alors les employés des « *instrumentalities* » des gouvernements étrangers. Par la notion d'*instrumentality* il faut comprendre une entreprise publique. Au sens du droit américain, les *instrumentalities* s'appellent également des « *parastatals* » ou des « *state-owned enterprises* ». Selon le pays concerné, les services fournis par le gouvernement peuvent varier de façon importante. Traditionnellement, ces services peuvent s'étendre aux télécommunications, transports, santé, et services sanitaires mais il n'existe pas de limite à l'activité de ces *parastatals*. Il n'existe pas de formule exacte pour identifier le *parastatal* ou pour les assimiler exactement à une notion identique au sens des droits publics des Etats européens non anglo-saxons. Cependant, il faut prendre en considération la façon dont l'entreprise est perçue par le gouvernement mais aussi apprécier si la loi nationale considère la corruption des employées des *state owned enterprises* comme de la corruption

²⁷⁴ D. FLORE, *op.cit.*, p. 53.

²⁷⁵ S. H. DEMMING, *op.cit.*, p. 12.

publique²⁷⁶. Un autre indice serait le degré d'influence exercé par le gouvernement sur le *parastatal*²⁷⁷. Même si l'Etat est propriétaire de l'entreprise, ladite entreprise étrangère ne peut pas être considérée d'office comme un *parastatal*. Cependant, une influence majoritaire du gouvernement étranger devrait cependant suffire pour considérer ladite entreprise comme un *parastatal*. Ce qui semble clair est que si l'entreprise étrangère est vue comme un *parastatal*, alors tous les employés devraient être considérés comme des «fonctionnaires étrangers», sans égard à leur statut ou responsabilité au sein de l'entreprise. Le modèle social du pays étranger concerné est alors un facteur important. En ce sens, les entreprises américaines qui souhaitent conclure des marchés avec des *parastatals* chinois ou indiens, par exemple, doivent respecter le FCPA. Plus un pays s'est engagé dans la privatisation des entreprises publiques, moins ces entreprises vont être considérées comme des *parastatals*²⁷⁸.

L'absence de toute référence aux *instrumentalities* d'un Etat dans le texte de l'IACAC suggère que les individus évoluant au sein de ces entités ne sont pas des *agents publics* au sens de la convention²⁷⁹. Cela constitue un problème qui doit être résolu dans le contexte multilatéral pour assurer une interprétation uniforme. La version en langue espagnole de l'IACAC, cependant, fait référence à « *entidades* », une notion qui pourrait être interprétée pour comprendre les *instrumentalites*. Les Etats parties à l'IACAC, compte tenu de ce qui semble bien être un décalage linguistique entre la version anglaise et la version espagnole de la convention, devraient clarifier le point de savoir si le champ d'application de celle-ci s'étend aux *instrumentalities* et par conséquence leurs employés. Des auteurs suggèrent qu'il est très important que les *instrumentalities* soient comprises dans le champ d'application de la convention : un manque de clarification serait à éviter dans la mesure où nous nous trouvons dans le cadre de la définition de l'infraction et un décalage entre le droit fédéral des Etats-Unis (état membre de l'OEA) et l'IACAC, qui pourrait aboutir à une asymétrie regrettable dans la lutte contre la corruption sur le

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 12 ; voir en ce sens la décision de *U.S. v. Nam Quoc Nguyen, et al.*, E.D. Pa., le 4 septembre, 2008 où la District court confirme cette interprétation par l'Etat américain.

²⁷⁷ Sur cette question, voir R. C. BAKER, *op.cit.*, p. 660.

²⁷⁸ S. H. DEMMING, *op.cit.*, p. 12.

²⁷⁹ L'argumentation ici pertinente est développée dans l'article suivant : L. A. LOW et al., « The Inter-American convention against Corruption », *op.cit.*, p. 272.

continent américain. Les Etats parties devraient également considérer l'adoption d'une définition de la notion de *instrumentality*, par exemple par l'établissement d'un critère qui exige que le gouvernement soit propriétaire à la majorité, ou dispose d'une manière ou une autre, d'une influence majeure sur l'entreprise, pour qu'une entreprise puisse être traitée en tant que *instrumentality*.

Il serait souhaitable alors pour les Etats-Unis de apporter des modifications au FCPA, qui lui, ne définit pas la notion de *instrumentality*, afin de l'aligner avec l'IACAC. Une telle modification, devrait écarter du champ d'application d'*instrumentality* des entreprises dont seulement un pourcentage minoritaire d'actions est détenu par le gouvernement et écarterait ainsi de la définition des *agents publics étrangers* les employés de ces entreprises. Ce changement donnerait de la clarté et de la prévisibilité au droit états-unien.

2 - La souplesse de la convention de l'OCDE pour la définition de « *l'agent public étranger* »

Selon la convention de l'OCDE, *l'agent public étranger* est, *inter alia*, toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme public. Le commentaire officiel 13 de la convention de l'OCDE désigne l'organisme public comme « *toute entité instituée par des dispositions de droit public pour l'exercice d'activités spécifiques d'intérêt public* »²⁸⁰. Le sens de ce commentaire est ainsi assez clair : l'agent public appartient à une entité instituée par le droit public.

Selon le commentaire 14 de la convention OCDE, l'expression : «*entreprise publique*» désigne « *toute entreprise, quelle que soit sa forme juridique, sur laquelle un ou plusieurs Etats peuvent, directement ou indirectement, exercer une influence dominante*»²⁸¹. L'OCDE propose cette définition, «*sans tenir compte de la question de*

²⁸⁰ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

²⁸¹ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

savoir si – en droit interne – les intéressés sont des agents de l'Etat ou employés par le secteur privé »²⁸².

Les manifestations d'une telle influence sont nombreuses et sont explicitées par le commentaire 14. L'Etat peut être réputé exercer une influence dominante²⁸³ selon le commentaire officiel 14, lorsqu'il détient « [...] la majorité du capital souscrit d'une entreprise, lorsqu'ils disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise [...] »²⁸⁴. Cette influence peut aussi se cristalliser à travers l'influence de l'Etat sur le personnel ou la direction de l'entreprise : « lorsqu'ils [un ou plusieurs Etats] peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise »²⁸⁵.

Une interrogation particulière concerne les responsables d'une entreprise publique car il faut savoir si le responsable²⁸⁶ d'une entreprise publique exerce, dans chaque hypothèse, une fonction publique au sens de la convention. La réponse se trouve au commentaire officiel 15 de la convention de l'OCDE. Les auteurs de la convention précisent que le « *responsable d'une entreprise publique est présumé exercer une fonction publique* »²⁸⁷. Des circonstances exceptionnelles sont prévues dans lesquelles un responsable d'une entreprise publique ne sera pas présumé exercer une fonction publique. Ainsi, le commentaire officiel 15 prévoit que le responsable d'une entreprise publique est présumé exercer une fonction publique « *à moins que l'entreprise exerce son activité sur une base commerciale normale dans le marché concerné, c'est-à-dire sur une base fondamentalement équivalente à celle d'une entreprise privée, sans aides préférentielles ou autres priviléges* »²⁸⁸. Le commentaire 15 apporte donc un infléchissement à une définition très large d'une fonction publique car elle peut « *s[e] trouver restreinte, comme*

²⁸² M. LEVI, *op.cit.*, p. 38.

²⁸³ G. SACERDOTI, « The 1997 OECD convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions », *op.cit.*, p. 12.

²⁸⁴ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

²⁸⁵ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

²⁸⁶ G. SACERDOTI, « The 1997 OECD convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions », *op.cit.*, p. 12.

²⁸⁷ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

²⁸⁸ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

dans le cas d'une entreprise dirigée depuis toujours par l'Etat, mais qui opère dans une situation de concurrence parfaite et en régime non préférentiel par rapport au secteur privé, ce qui en fait une entreprise privée selon les critères de l'OCDE »²⁸⁹.

Si l'entreprise est exposée à une concurrence normale et si elle ne bénéficie pas d'un régime préférentiel, alors le caractère public de l'entreprise ne peut pas être invoqué dans le cadre de la convention de l'OCDE. Dans cette situation la corruption commise à l'égard des agents de l'entreprise rentre dans le cadre de la corruption privée, ce qui exclut l'application de la convention²⁹⁰. Dans le cas contraire, où l'entreprise jouit de la protection de l'Etat, elle rentre dans le cadre du commentaire officiel 14 et l'entreprise publique sera considérée comme exerçant une fonction publique.

L'analyse ci-dessus vise à prendre en compte l'interventionnisme économique d'un Etat, et la mesure dans laquelle l'Etat confie au secteur privé des fonctions qui sont, objectivement, de nature publique²⁹¹. La convention ne prend pas position cependant sur ce qui devrait être vu comme une tâche publique. Ainsi la convention de l'OCDE n'entend pas intervenir dans les choix de politique étatique en matière économique et sociale. Pour I. Zerbes, cela est une réussite importante de la convention, car cette définition autonome de *l'agent public étranger* ne serait pas opératoire si la convention devait prendre en compte les avis quelquefois divergents voire incompatibles des Etats parties quant à l'intervention éventuelle de la puissance publique dans les économies industrielles modernes²⁹². Lorsque l'Etat se retire complètement de sa position d'influence dans une entreprise, les personnes employées par de telles entreprises perdent leur position d'agents publics et deviennent des acteurs privés. En cas de privatisation, si l'Etat continue d'exercer l'influence dominante sur une entreprise, le statut d'agent public et d'entreprise publique n'est pas perdu.

²⁸⁹ M. LEVI, *op.cit.*, p. 38.

²⁹⁰ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 64 ; voir aussi *ibid.* : Seulement le soutien clair et systématique de l'Etat des activités d'une entreprise amènerait l'entreprise dans le cadre de ces provisions ; une telle intervention indique que l'Etat n'est pas enclin de jouer le jeu de la concurrence mais utilise plutôt ses pouvoirs souverains afin de surmonter les effets de la libre concurrence.

²⁹¹ G. SACERDOTI, « The 1997 OECD convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions », *op. cit.*, p. 11.

²⁹² I. ZERBES, *op.cit.*, p. 65.

C - L'agent public étranger, agent chargé occasionnellement et de facto d'une activité d'intérêt publique

Les personnes qui n'exercent pas officiellement une fonction publique mais que les circonstances font présumer l'exercice d'une telle fonction *de facto*, peuvent être considérées comme des agents publics étrangers.

1 – Le continent américain

Au volet anticorruption du FCPA, l'expression «*fonctionnaire étranger*» inclut toutes les personnes qui exercent une fonction publique *de facto*. Ainsi, le FCPA vise explicitement non seulement les paiements aux partis politiques et aux «*party officials*» mais également aux candidats qui briguent un «*political office*»²⁹³. Une définition du candidat au *public office* n'est pas fournie par le FCPA. Il faut alors se référer à la pratique politique, dans le pays concerné, du statut de l'individu. En adéquation avec le champ d'application large du volet anticorruption FCPA, il ne faut pas se limiter à des formalismes tels que l'annonce d'une candidature²⁹⁴. Savoir si la personne en question est véritablement un *party official* est moins important que la perception du rôle de cet individu. Par exemple, le paiement à un haut responsable d'un parti à la retraite peut s'apparenter à un paiement à un *party official* au vu du rôle et de l'influence de cette personne en coulisses. La frontière est assez confuse quant à la définition de l'agent public dans les pays où il y a des familles royales influentes. Cela est surtout le cas au Moyen-orient. Le *Department of Justice* des Etats-Unis a ainsi considéré que les membres de la famille royale peuvent être considérés comme des agents publics²⁹⁵. L'IACAC reste muette sur ce point. Cela peut créer une différence importante concernant le champ d'application du FCPA et de l'IACAC. Selon L.A. Low, la problématique aux Etats-Unis relative au financement des campagnes politiques illustre la difficulté que représente le

²⁹³ Cela est prévu au § 78 dd 1 f (1) (a) ; voir en ce sens : L. A. LOW *et al.*, «The Inter-American convention against Corruption», *op.cit.*, p. 273.

²⁹⁴ S. H. DEMMING, *op.cit.*, p. 12.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 12.

chevauchement entre les contributions légitimes et celles à visées corruptrices lors des campagnes politiques nationales²⁹⁶.

2 - Pays de l'OCDE

Pour ce qui est de la convention de l'OCDE, il est assez étonnant de découvrir que, « ne sont pas couverts [comme exerçant de facto des fonctions publiques] car ils ne figuraient pas parmi les éléments communs agréés d'incrimination des faits constitutifs de la corruption « active », les membres de partis politiques, ni les candidats à des fonctions publiques ou à des élections »²⁹⁷.

Contrairement au FCPA, la convention de l'OCDE ne vise pas la corruption des partis politiques²⁹⁸. La question se pose de la possibilité des « *personnes corrompues (y compris les extorqueurs qui réclament des pots-de-vin)* [d'] être exonérées de toute responsabilité si elles s'arrangent pour que l'argent ne leur soit pas versé à eux personnellement, mais à leur parti politique. Etant donné l'existence des caisses noires, cette pratique peut être acceptable et, en tout état de cause, bien des allégations avancées tant pour le Japon que les Etats-Unis avaient trait à des actes de corruption accomplis en bonne partie, sinon entièrement, « pour le parti »»²⁹⁹.

Quant aux candidats à une fonction élective, la convention n'impose pas d'obligation contraignante. Selon le commentaire 10 de la convention de l'OCDE, « [d]ans le système juridique de certains pays, l'avantage promis ou accordé à une personne, en anticipation de sa nomination comme agent public d'un pays étranger, élève des infractions visées à l'article 1, paragraphes 1 ou 2. Dans le système juridique d'un grand nombre de pays, on distingue techniquement ce cas des infractions visées par la présente convention. Toutefois, il existe une préoccupation et une intention communes de s'attaquer

²⁹⁶ L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption », *op.cit.*, p. 273.

²⁹⁷ P. CAVALERIE, *op.cit.*, p. 618.

²⁹⁸ B. CRUTCHFIELD GEORGE, K. A. LACEY, J. BIRMELE, « The 1998 OECD convention: an impetus for worldwide changes in attitudes toward corruption in business transactions », *American Business Law Journal*, Spring 2000, p. 501.

²⁹⁹ M. LEVI, *op.cit.*, p. 38.

à ce phénomène en poursuivant les travaux »³⁰⁰. Etant donné cette situation, les membres de l'OCDE n'ont pas, jusqu'à présent, adopté l'approche générale états-unienne de l'incrimination de la corruption des candidats aux élections parlementaires, membres d'un parti et haut responsables d'un parti³⁰¹. La convention reste ouverte sur ce point. Mme le Professeur Crutchfield George soulève les dangers de cette brèche en soulignant que cette forme de corruption peut influencer les résultats des élections³⁰².

Le commentaire officiel (16) de la convention de l'OCDE précise néanmoins que, « *[d]ans des circonstances particulières, une autorité publique peut être exercée dans les faits par des personnes (par exemple, des responsables d'un parti politique dans les Etats à parti unique) qui ne sont pas formellement des agents publics. Ces personnes, parce qu'elles exercent de facto une fonction publique, peuvent, en vertu des principes juridiques de certains pays, être considérées comme des agents publics étrangers* »³⁰³. La convention prévoit alors, avec précaution, que des personnes qui exercent une autorité d'Etat de manière informelle peuvent être regardées comme des *agents publics étrangers* sur la base du critère fonctionnel choisi par la convention. Dans certain pays, tels que le Chine ou le Vietnam, le parti au pouvoir *est* l'Etat et dicte les termes de toute activité politique³⁰⁴. La politique du parti *est* la politique de l'Etat, les décisions du parti sont synonymes des décisions étatiques. Il semble qu'à partir d'une certaine position au sein de la hiérarchie de la partie, le haut responsable du parti concerné peut être considéré comme exerçant une « *fonction publique* ».

³⁰⁰ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

³⁰¹ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 68.

³⁰² B. CRUTCHFIELD GEORGE, K. A. LACEY, J. BIRMELE, « The 1998 OECD convention: an impetus for worldwide changes in attitudes toward corruption in business transactions », *op.cit.*, p. 516.

³⁰³ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

³⁰⁴ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 68.

§ 3 - L'identification de l'agent public étranger par le critère de l'attribution de la qualité d'agent

Il est question ici de l'autorité compétente pour désigner officiellement les personnes investies de la qualité d'agent public étranger. En ce sens, il convient d'étudier la notion du pays étranger (A), du territoire douanier distinct (B), de l'organisation internationale (C) et de l'organisation non gouvernementale (D).

A - L'attribution par l'Etat

Selon la convention de l'OCDE « “pays étranger” comprend tous les niveaux et subdivisions d’administration, du niveau national au niveau local »³⁰⁵. Dans un premier temps, il faut se référer à la notion de l'Etat, qui peut se définir de la façon suivante : « [I] ’Etat est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé [et] se caractérise par la souveraineté »³⁰⁶. Les Etats délèguent l'autorité étatique à l'agent ; ce statut et l'autorité qui l'accompagne peuvent aussi être conférés par les entités quasi-étatiques³⁰⁷. En ce sens, les commentaires de la convention de l'OCDE dispose que la notion de « pays étranger » « [...] n'est pas limitée aux Etats mais inclut toute zone ou entité organisée, telle qu'un territoire autonome ou un territoire douanier distinct »³⁰⁸.

La définition de l'agent public dans la convention n'est pas donc liée à l'indépendance *stricto sensu*. Ce terme est censé comprendre toutes les entités qui, bien qu'ils ne possèdent pas la pleine souveraineté relative au territoire et à la population, ont établi une autorité gouvernementale *de facto*³⁰⁹. Le commentaire officiel 18 fournit comme exemple : « un territoire autonome ou un territoire douanier distinct ». Certains « territoires autonomes » exercent une souveraineté de manière très indépendante et dans

³⁰⁵ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/3028103.pdf> : l'article 1 (4) (b).

³⁰⁶ Com. arb. Youg., avis n° 1, 29 nov. 1991, RGDIP, 1992, p. 264.

³⁰⁷ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 71.

³⁰⁸ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf> ; voir également : D. FLORE, *op.cit.*, p. 53.

³⁰⁹ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 72.

certains cas, de manière très large. Les membres du gouvernement d'un tel territoire doivent donc être perçus comme des agents publics. Ils peuvent donc être perçus comme des agents publics étrangers vis-à-vis de l'Etat envers lequel ils sont assujettis à la pleine souveraineté³¹⁰.

Cela est le cas par exemple des îles Anglo-normands, le Groenland et les Iles Féroé qui sont assujettis en dernier ressort à la souveraineté danoise. On note que l'ONG Transparency International a relevé à cet égard des lacunes de la mise en œuvre de la convention de l'OCDE du Royaume-Uni³¹¹. Les départements français d'outre mer, les territoires d'outre-mer et les collectivités territoriales en droit public français, et les territoires néerlandais d'Aruba et les Antilles (Curacao, Bonaire, Saba, Sint Eustatius, Sint Maarten) tombent aussi dans la même catégorie³¹². Donc, même si les paradis fiscaux semblent être ciblés, on peut douter de la volonté réelle des parties signataires de les attaquer de front. Il est aussi possible qu'une « *zone ou entité organisée* » rentre dans le champ d'application de la convention, même si la question de la souveraineté de cette zone est disputée³¹³.

³¹⁰ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 72 ; voir également *ibid.* : Cela s'applique aux British Crown Dependencies, c'est-à-dire, l'île de Man, Jersey et Guernsey (les plus petits îles d'Alderney et Sark font partie du Bailliwick de Guernsey. Nonobstant le fait que les îles s'autogouvernent avec leurs propres gouvernements, parlements, tribunaux, et systèmes juridiques, le Royaume-Uni est responsable pour les relations internationales des îles et pour leur défense. Ces îles ne font pas partie du Royaume Uni. Ils ont un rapport particulier avec le Royaume Uni exprimé en particulier par le fait que la Couronne (la Reine telle que représentée par le Gouvernement de sa Majesté) retient les *prerogative powers* relatifs à ces îles.

³¹¹ Voir le Rapport de Transparency International 2011 sur la convention de l'OCDE, p. 74.

³¹² I. ZERBES, *op.cit.*, p. 72.

³¹³ *Ibid.*, p. 73 ; voir *ibid.* : Cet auteur développe l'idée selon laquelle, le statut d'agent public est, cependant, jugé en fonction de la situation réelle de influence, qui veut dire que la convention évite de prendre une décision sur les nuances juridiques. En particulier, un régime *de facto* stabilisé est capable de conférer le statut d'agent public sur ses *servants*. Un tel régime peut exister lorsqu'un des Etats parties disputant la souveraineté réussit à établir un gouvernement autonome efficace dans une région, même s'il ne peut pas jouer un rôle à part entière dans la communauté internationale vu le manque de reconnaissance. Les normes anticorruption de la convention considèrent une zone ou entité organisée établie dans des circonstances où un Etat était capable de maintenir la souveraineté territoriale mais est confronté néanmoins par une entité opposante qui a elle-même établi une souveraineté partielle.

B - Peut-on considérer au point de vue du droit international de lutte contre la corruption une partie du territoire d'un Etat comme un territoire étranger sur lequel intervient des agents de l'Etat, mais qui sont alors qualifiés comme des agents publics étrangers ?

Le commentaire officiel 18 de la convention OCDE étend la définition des zones ou entités organisées à la notion du « *territoire douanier distinct* ». En ce sens, une partie du territoire d'un Etat pourrait être considérée comme un territoire étranger. Mais les agents intervenants sur ce territoire seraient alors qualifiés par le droit international de lutte contre la corruption comme des agents publics étrangers. Alors même que l'on pourrait imaginer, au point de vue du droit national, que ces personnes soient considérées comme des agents publics nationaux. Cela peut être le cas des « *territoires douanier distincts* » telles que Helgoland en Allemagne ou Samnaun en Suisse³¹⁴. Les autorités douanières qui gèrent ces zones le font en tant qu'agents publics étrangers car ce territoire s'est vu attribué une classification distincte³¹⁵.

C - Attribution par une organisation intergouvernementale

1 - Par la convention de l'OCDE

La définition de l'agent public étranger peut comprendre une personne qui exerce une fonction publique pour une organisation internationale. Pour ce qui est de la notion de l'organisation internationale : « *[l]a doctrine est, dans son ensemble, favorable à une définition qui avait été proposée au cours des travaux de codification du droit des traités selon laquelle est une organisation internationale une « association d'Etats constituée par traité, dotée d'une constitution et d'organes communs, et possédant une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres »* »³¹⁶. Le commentaire officiel 17 de la convention de l'OCDE prévoit que l'expression « « *organisation internationale publique* » désigne toute *organisation internationale constituée par des Etats, des gouvernements ou d'autres organisations internationales publiques, quelles que soient sa forme et ses*

³¹⁴ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 74.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 74.

³¹⁶ Sir Gerald Fitzmaurice, *Ann. CDI 1956-II*, p.106 ; voir également : P. DAILLIER, *et al.*, *op.cit.*, p. 643.

attributions, y compris, par exemple, une organisation d'intégration économique régionale comme les Communautés européennes »³¹⁷. A titre d'exemple, des structures suivantes seraient alors comprises par les termes de la convention ; l'ONU; toutes les institutions et organismes de l'ONU ; l'OTAN³¹⁸ en tant qu'organisation avec une mission de politique sécuritaire ou de défense ; le Conseil de l'Europe ; l'UE et l'OCDE et d'autres associations d'Etats ; les autres regroupements régionaux d'Etats tels que la Ligue arabe, l'OEA, etc. ; toute autre organisation régionale ou internationale globale avec les objectifs économiques, social, environnementaux, culturels ou de développement ; les organisations de promotion des communications globales ou régionales interétatiques. La convention est censée viser les agents des marchés publics subventionnés tel que des agents de la Banque mondiale ou du FMI³¹⁹. En résumé, il est retenu, une conception très large de l'organisation internationale pour l'application de la convention de l'OCDE.

Dans la même convention, le sens du mot « *agent [...] d'une organisation internationale* » doit être entendu dans le contexte de la définition de *l'agent public étranger* dans l'article 1 (4) (a). Lorsque les Etats établissent une organisation internationale, « *ils ne peuvent se dispenser de mettre en places des organes propres à celle-ci. La création d'organes est la manifestation la plus sûre de leur intention d'établir une institution permanente, distincte de ses membres. C'est en effet par l'intermédiaire de tels organismes que l'organisation exprime sa volonté et exerce ses compétences* »³²⁰. Si les membres du personnel de ces organisations exercent un pouvoir décisionnel dans un sens large du terme, ils seront perçus comme des agents publics étrangers de la même manière que s'ils exerçaient ces pouvoirs pour le compte d'un Etat³²¹. Chaque personne qui travaille au sein de l'organisation et qui s'implique dans le processus de prise de décision, est perçu comme un agent public de cette organisation : si elle se fait corrompre, la ‘victime’ est l'organisation elle-même, et non un Etat étranger. Il serait d'ailleurs toujours

³¹⁷ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

³¹⁸ L'Organisation du traité de l'Atlantique Nord.

³¹⁹ B. CRUTCHFIELD GEORGE, K. A. LACEY, J. BIRMELE, « The 1998 OECD convention: an impetus for worldwide changes in attitudes toward corruption in business transactions », *op.cit.*, p. 501.

³²⁰ P. DAILLIER, *et al.*, *Droit international public*, *op.cit.*, p. 682.

³²¹ I. ZERBES, *op. cit.*, p. 76.

question d'un agent public « étranger », sans égard aux nationalités des personnes impliquées, le lieu du siège de l'organisation ou le pays où l'acte corrompu a eu lieu³²².

2 - Foreign Corrupt Practices Act

Jusqu'en 1998, le FCPA ne comprenait pas dans sa définition de « *foreign official* », les fonctionnaires ou employés d'organisations internationales publiques. Le FCPA s'est cependant aligné sur la définition de l'agent public étranger de la convention de l'OCDE en 1998 lors de l'adoption aux Etats-Unis de l'*International Anti-Bribery and Fair Competition Act*³²³. Le législateur américain a ainsi « étendu la définition de « *fonctionnaire étranger* » aux fonctionnaires ou employés d'organisations internationales publiques aussi qu'aux personnes agissant à titre officiel pour une organisation de ce type ou en son nom »³²⁴. Le texte du FCPA, réécrit en 1998, définit ainsi la notion d'organisation internationale publique de la manière suivante : « *an organization that is designated by Executive Order pursuant to section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 U.S.C. § 288); or any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register* »³²⁵.

3 - La convention des Nations unies

La CNUCC vise la corruption active et passive des « *fonctionnaires d'organisations internationales publiques* » à l'article 16. Ce n'est pas le cas pour l'IACAC ou la convention de l'Union africaine qui ne visent pas de façon spécifique des fonctionnaires des organisations internationales.

³²² *Ibid.*, p. 77.

³²³ Pub. L.. No. 105-366, 112, Stat.3302, Nov. 10, 1998.

³²⁴ M. LEVI, *op.cit.*, p. 43 ; voir également : B. CRUTCHFIELD GEORGE, K. A. LACEY, J. BIRMELE, « On the threshold of the Adoption of Global Antibribery Legislation : A Critical Analysis of Current Domestic and International Efforts Toward the Reduction of Business Corruption », 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law I (Janvier 1999), p. 11.

³²⁵ Par exemple § 78 dd- 3 (f) (2) (b) Pub. L.. No. 105-366, 112, Stat.3302, Nov. 10, 1998.

D - Agents publics et organisations non gouvernementales

Selon M. Merle, l'organisation non gouvernementale³²⁶ est « *tout groupement, association ou mouvement constitué de façon durable par des particuliers appartenant à différents pays en vue de la poursuite d'objectifs non lucratifs.* » Les ONG tiennent un rôle depuis les « *deux dernières décennies, [qui] tend à affecter le monopole de puissance des Etats, et suggère que les opinions publiques et les individus pourraient tenir un rôle croissant dans la société internationale* »³²⁷. En prenant en considération les finalités de l'organisation, il est possible de distinguer les ONG des sociétés transnationales : « *les organisations non gouvernementales ne poursuivent pas de buts lucratifs ; leur objectif est de tenter d'influencer l'activité des autres sujets du droit international, en principe par une action étendue à plusieurs Etats* »³²⁸.

Les textes internationaux de lutte contre la corruption ne visent pas, en principe, les agents des organisations non gouvernementales. Même si les fondateurs et membres des ONG sont des personnes privées et leurs membres du comité directeur ne sont pas des agents publics, en réalité, les ONG peuvent bien exercer une forme d'autorité étatique.³²⁹ D'ailleurs, « *quelques organisations non gouvernementale ont pu acquérir une indépendance totale et sont en mesure de négocier avec les gouvernements, d'autres font figure de véritables services publics internationaux*³³⁰ [...] *certaines organisations non gouvernementales sont même des organisations intergouvernementales qui ne s'avouent pas.* »³³¹ Les associations internationales sportives, en particulier, peuvent jouir des avantages ou priviléges conséquents au sein de leur pays hôte³³². Il arrive même que « *certaines ONG se transforment en organisations intergouvernementales (OIPC devenue*

³²⁶ Voir également : M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 176 : « *Manifestation du phénomène associatif à l'échelle des relations internationales* ».

³²⁷ M. GOUNELLE, *op. cit.*, p. 8.

³²⁸ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 711.

³²⁹ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 79.

³³⁰ Le Comité international de la Croix-Rouge.

³³¹ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 711.

³³² I. ZERBES, *op.cit.*, p. 79 ; voir *ibid.* : Les membres du CIO et de la FIFA, par exemple, reçoivent des réductions d'impôt importantes et peuvent même jouir d'une immunité 'diplomatique' dans plusieurs des pays dans lesquels ils ont des bureaux.

INTERPOL, UIOOT devenue OMT) »³³³.

Selon au moins un commentateur du texte de la convention de l'OCDE, les représentants des ONG devraient rentrer dans le champ d'application de la définition des personnes considérées comme des agents publics étrangers, dans la mesure où ils peuvent être appelés à exercer une fonction publique³³⁴. Le CIO a lui-même approché l'OCDE en ce sens, en énonçant qu'il souhaite être « *gouverné par la convention* » ; ses agents seraient alors mieux protégés à l'encontre d'offres de corruption³³⁵. L'OCDE ne s'est pas encore prononcée à ce sujet. Dans la mesure où l'efficacité du droit international de lutte contre la corruption est conditionnée par la plus grande extension possible des agents susceptibles d'être corrompus, la proposition ci-dessus est intéressante : on ne voit pas pourquoi les agents de grandes ONG seraient considérés différemment des agents des organisations intergouvernementales. Le problème reste cependant entier de savoir si toutes les ONG, même les moins importantes pourraient être concernées. En ce sens, l'initiative du CIO est intéressante, qui demande l'extension de la convention de l'OCDE à son bénéfice. Mais les réponses des juristes de l'OCDE auraient peut-être d'autres implications au niveau du droit international général puisque le CIO ne peut pas être partie à la convention de l'OCDE.

SECTION 3

LA SPECIFICITE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DU CONSEIL DE L'EUROPE : ABSENCE DE DEFINITION INTERNATIONALE, REGIONALE, EUROPEENNE DE « *L'AGENT PUBLIC ETRANGER* » ET RENVOI AU DROIT NATIONAL

La convention pénale du Conseil de l'Europe et la convention de l'Union européenne renvoient (§ 1) la définition de la notion de *l'agent public étranger* aux Etats membres. Le champ d'application de la convention de l'Union européenne semble très limité (§ 2) car elle vise seulement les fonctionnaires communautaires ou fonctionnaires

³³³ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 712.

³³⁴ *Ibid.*, p. 79.

³³⁵ *Ibid.*, p. 79.

nationaux des Etats membres. La convention pénale du Conseil de l'Europe est très ambitieuse et a un champ d'application beaucoup plus ample (§ 3).

§ 1 - La technique juridique du renvoi

Le Conseil de l'Europe rejoint l'Union européenne sur une : « *différence très importante avec la démarche de l'OCDE vis-à-vis de la corruption transnationale, à savoir le fait que cette convention pénale renvoie (comme celle de l'Union Européenne) au droit national du pays victime en ce qui concerne la définition d'un fonctionnaire* »³³⁶. La référence et le renvoi à « *la loi nationale* » s'expliquent par le fait que les rédacteurs voulaient imposer des obligations aux États membres qui soient compatibles avec leur constitution et les principes fondamentaux de leur système juridique³³⁷.

M. le Professeur Paul Reuter a depuis longtemps précisé pour les besoins du droit international public ce qu'est le mécanisme général de cette technique juridique : « *[I]l énoncé d'une norme d'un ordre juridique A peut renvoyer à une définition ou à une norme donnée par l'ordre B* »³³⁸. Pour M. le Professeur Salmon, cette technique est « *utilisée pour la formulation des textes du droit international consistant à se référer aux textes du droit interne. Le procédé consiste à appliquer non pas une règle de conflit consacrée par un droit interne mais le droit substantiel de celui-ci* »³³⁹. Un renvoi peut être soit de l'ordre international à l'ordre national ou inversement de l'ordre national à l'ordre international. Dans le cadre de la définition de l'agent public étranger: la règle internationale se réfère à la notion de fonctionnaire ou agent public national; s'il y a renvoi au droit national, il faudra d'abord déterminer le droit national compétent, ensuite établir le contenu de cette notion selon le droit compétent³⁴⁰. Cette hypothèse démontre « *l'importance pratique du renvoi : en l'absence d'une langue internationale, les règles internationales sont formulées dans une langue nationale ; les termes de celle-ci sont justiciables d'un double lexique, l'un vers le droit national et il y a alors renvoi, l'autre*

³³⁶ M. LEVI, *op.cit.*, p. 33.

³³⁷ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 88.

³³⁸ P. REUTER, *Droit international public*, 3^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, p. 25.

³³⁹ J. SALMON, *op.cit.*, p. 972.

³⁴⁰ P. REUTER, *op.cit.*, p. 25.

*vers le droit international. Le partage entre les deux cas n'est pas toujours effectué une fois pour toutes au départ ; on voit souvent par un « développement » du droit international celui-ci édifier progressivement ses notions propres et les substituer à celles du droit national »*³⁴¹.

§ 2 - Le champ d'application de la qualité d'« agent public étranger » au sein de l'Union européenne selon la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne du 26 mai 1997

Les instruments de l'Union européenne se rapportent à une organisation d'intégration économique régionale qui n'a pas de compétence directe en matière pénale. Le droit de l'Union européenne envisage plutôt une harmonisation minimum du droit pénal national dans certains domaines³⁴². L'Union européenne a identifié un vide juridique, susceptible de placer le fonctionnaire communautaire « *au dessus des lois* »³⁴³. Dans le silence des textes, une quasi immunité de juridiction permettait effectivement au personnel communautaire d'échapper à l'action des juridictions nationales du fait de « *l'indifférence des droits pénaux internes* »³⁴⁴ à leur égard³⁴⁵.

Dans le sens où elle ne s'applique qu'au sein des Etats membres de l'UE, à l'encontre de la corruption des fonctionnaires des Etats membres de l'UE,³⁴⁶ le champ d'application de la convention de l'Union européenne paraît très limité. En ce sens, la

³⁴¹ *Ibid.*, p. 25.

³⁴² I. ZERBES, *op.cit.*, pp. 57-59.

³⁴³ F. GOUTTEFARDE, E. AHYPEAUD, « Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption », in *La Corruption et le droit international*, D. DORMOY, dir., Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 8.

³⁴⁴ L. SALAZAR, « Les projets législatifs de l'Union européenne sur la lutte contre la corruption », in *Corruption de fonctionnaires et fraude européenne*, Actes du colloque de Bruxelles 21 et 22 novembre, Centre d'étude pour l'application du droit communautaire en matière pénale et financière, 1996, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 148.

³⁴⁵ F. GOUTTEFARDE, E. AHYPEAUD, *op.cit.*, p. 80.

³⁴⁶ T. SWANSON, *op.cit.*, p. 405 ; voir également : R. C. BAKER, *op.cit.*, pp. 670 – 671.

convention s'apparente à un accord d'autoprotection entre les Etats membres de l'Union européenne puisqu'il n'existe pas d'obligation de respecter la convention à l'extérieur de l'Union européenne³⁴⁷. D'ailleurs, elle semble faire abstraction de la corruption des agents publics étrangers lorsque cette personne ne vient pas d'un Etat membre³⁴⁸. La notion de «*fonctionnaire étranger*» est définie par le texte de la convention (A), alors que l'Union européenne renvoie (B) aux Etats membres la définition dans le droit national des fonctionnaires nationaux.

A - La définition de la notion de «fonctionnaire communautaire»

L'article 1(b) de la convention éclairci la notion de «*fonctionnaire communautaire*». C'est une notion qui désigne trois catégories de personne. Elle concerne «*non seulement les fonctionnaires titulaires des Communautés européennes stricto sensu, auxquels s'applique le statut des fonctionnaires des Communautés européennes, mais aussi les différentes catégories d'agents engagés par contrat au sens du régime applicable aux autres agents des Communautés européennes. Ce concept englobe les experts nationaux mis à la disposition des Communautés européennes pour y exercer des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires et autres agents des Communautés européennes*»³⁴⁹.

Il faut noter que les membres des institutions européennes, c'est-à-dire la Commission, le Parlement européen, la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour des comptes européenne, ne sont pas compris dans cette définition³⁵⁰. Les membres des institutions européennes «sont visés de façon séparée par le biais du

³⁴⁷ T. SWANSON, *op.cit.*, p. 405

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 405.

³⁴⁹ *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15 décembre 1998, § 1.2.

³⁵⁰ *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15 décembre 1998, § 1.2.

principe d'assimilation »³⁵¹. Ce principe d'assimilation, d'abord consacré par la jurisprudence de la CJCE³⁵² puis la Traité de Maastricht,³⁵³ est un substitut à l'absence de compétence pénale des Communautés européennes. Ce principe a pour conséquence que les Etats membres doivent, en matière pénale, pour combattre la fraude portant atteint aux intérêts de la Communauté européenne, prendre des mesures et notamment des sanctions identiques à celles qu'ils ont instaurés pour combattre les atteintes frauduleuses à leur propres intérêts financiers. Dans le cadre de ce principe d'assimilation les membres de la Commission européenne, du Parlement européen, et de la Cour de Justice et de la Cour des comptes doivent être assimilés dans le droit pénal national de chaque Etat membre aux ministres, aux parlementaires et membres des plus hautes juridictions.

L'article 1 (b) de la convention précise que « *[l]es membres des organismes créés en application des traités instituant les Communautés européennes et le personnel de ces organismes sont assimilés aux fonctionnaires communautaires lorsque le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou le régime applicable aux autres agents des Communautés européennes ne leur sont pas applicables* »³⁵⁴. Si le rapport a désigné ces organismes, « *la définition a vocation à s'appliquer également à tous les organismes de droit communautaire à venir* »³⁵⁵.

Le paragraphe 4 de l'article 4 dispose que la convention de l'Union européenne

³⁵¹ *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15 décembre 1998, § 1.1.4.

³⁵² Affaire 68/69, Commission contre République hellénique (affaire « du maïs grec »).

³⁵³ Article 209 A.

³⁵⁴ J.O.C.E., n° C 195/1 du 25 juin 1997.

³⁵⁵ D. FLORE, *op.cit.*, p. 21, voir également *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15 décembre 1998, § 1.3 : « *l'Agence européenne de coopération, la Banque Européenne d'investissement, le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle, la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, l'Institut universitaire européen de Florence, le Fonds européen d'investissement, l'Agence européenne pour l'environnement, la Fondation européenne pour la formation, l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments, l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) ; la Banque centrale européenne, l'Office communautaire des variétés végétales, le Centre de traduction des organes de l'Union, l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes* ».

s'applique et ne porte pas préjudice à l'application des dispositions relatives à la levée de l'immunité des membres des institutions communautaires³⁵⁶. Le rapport explicatif indique que « *[l]a levée de l'immunité reste donc une condition préalable de l'exercice de la compétence. La convention constate à cet égard, l'obligation pour chacune des institutions concernées d'appliquer, dans le respect des procédures existantes et des voies de recours ordinaires prévues en droit communautaire, les dispositions régissant leurs priviléges et immunités* »³⁵⁷. La levée de l'immunité des membres des institutions communautaires est donc une condition préalable à toute poursuite pénale à leur encontre³⁵⁸.

B - Le renvoi de la définition de la notion de « fonctionnaire national »

L'Union européenne renvoie aux Etats membres³⁵⁹ la définition dans le droit national des fonctionnaires nationaux. En ce sens « *l'expression «fonctionnaire national» est interprétée par référence à la définition de «fonctionnaire» ou d'«officier public» dans le droit national de l'État membre où la personne en question présente cette qualité aux fins de l'application du droit pénal de cet État membre* »³⁶⁰.

Une telle approche rend « *ainsi possible un élargissement de l'incrimination des comportements de corruption aux faits de corruption « active » dès lors que les définitions de la qualité de « fonctionnaires » de différents Etats membres étaient compatibles entre elles* »³⁶¹.

Les rapports explicatifs précisent que « *lorsqu'un fonctionnaire national de l'Etat poursuivant est impliqué, c'est la définition nationale qui est clairement d'application. Cependant, lorsqu'un fonctionnaire d'un autre Etat membre est impliqué, c'est la*

³⁵⁶ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 93.

³⁵⁷ *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15 décembre 1998, § 4.5.

³⁵⁸ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 93.

³⁵⁹ Article 1 (c), J.O.C.E., n° C 195/1 du 25 juin 1997.

³⁶⁰ Article 1 (c), J.O.C.E., n° C 195/1 du 25 juin 1997.

³⁶¹ P. CAVALERIE, *op.cit.*, p. 617.

définition du droit de cet Etat membre qui devrait en principe être appliqué par l'Etat membre poursuivant »³⁶². Ce choix serait dans le souci de « tenir dûment compte des spécificités nationales en matière de statut des personnes exerçant des fonctions publiques »³⁶³. L'article 1 (c) alinéa 2 de la convention prévoit que « néanmoins, si des poursuites impliquant un fonctionnaire d'un État membre sont engagées par un autre État membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition de «fonctionnaire national» que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national»³⁶⁴. L'alinéa 2 de cet article ouvre donc une possibilité de dérogation³⁶⁵ au principe posé par l'alinéa premier.

On peut considérer que l'interprétation de ce texte est toujours assez floue, comme le précise D. Flore : « *[c]e qui n'est pas clair dans le texte des instruments et qui l'est encore moins à la lecture des rapports explicatifs, c'est le fait de savoir si cette dérogation doit s'appliquer de façon cumulative et fonctionner comme une condition de double qualification – l'obligation de répondre aux critères de fonctionnaire national aussi bien du point de vue de l'Etat de nationalité que de l'Etat poursuivant – ou bien si elle doit au contraire s'interpréter de façon alternative, comme signifiant que l'Etat poursuivant peut considérer que la personne est bien un fonctionnaire au regard de son droit national, quand bien même elle ne serait pas considérée comme tel par son Etat d'origine* »³⁶⁶.

§ 3 - Le champ d'application selon la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999

La convention pénale est, tout d'abord, un instrument pour promouvoir l'entraide judiciaire, l'extradition et la confiscation des produits du crime³⁶⁷. L'objectif de la convention est d'établir des conditions juridiques qui satisfont aux exigences de la double

³⁶² Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, op.cit, § 1.4.

³⁶³ Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, op. cit, § 1.4., alinéa 2.

³⁶⁴ J.O.C.E., n° C 195/1 du 25 juin 1997.

³⁶⁵ D. FLORE, *op.cit.*, p. 19.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 19.

³⁶⁷ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 57.

incrimination³⁶⁸ exigences qui sous-tendent traditionnellement une telle entraide³⁶⁹. C'est en ce sens que la convention renvoie la définition de l'agent public étranger aux Etats membres.

En érigeant une incrimination pour la corruption des agents publics étrangers de tout pays, cet article va bien au delà des dispositions de la convention de l'Union Européenne. La convention pénale du Conseil de l'Europe va également au delà de la disposition contenue dans l'accord de l'OCDE, et ce à un double titre³⁷⁰. D'une part parce que cet article concerne à la fois la corruption active et passive. Selon les rapports explicatifs l'inclusion de la corruption passive d'agents publics étrangers dans l'article 5 procède du souci de montrer la solidarité de la communauté des Etats face à la corruption, partout où celle-ci se produit. D'autre part, alors que la convention de l'OCDE vise des contextes très spécifiques, l'article 5 de la convention pénale n'énonce aucune restriction quant au contexte dans lequel survient la corruption de l'agent étranger. D'une manière générale, il s'agit non seulement de protéger la libre concurrence, mais aussi de sauvegarder la confiance des citoyens dans les institutions démocratiques et l'Etat de droit.

Dans le droit national de nombreux pays, les « *maires* » des communes et les « *ministres* » sont assimilés à des agents publics à l'égard des infractions pénales commises dans l'exercice de leur fonction. Pour éviter tout vide juridique concernant ce genre de personnage public, la convention y fait expressément référence dans l'article 1.

Le terme « *agent public* » comprend également, au sens de cette convention, le « *juge* » c'est-à-dire : « *les membres du ministère public et les personnes exerçant des*

³⁶⁸ La double incrimination est définie *in*, J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylants, 2001, p 336 : « *A. Critère d'application des conventions d'extradition en matière pénale selon lequel, pour donner lieu à extradition, le fait visé par les conventions doit être punissables par les lois pénales de l'Etat requérant et de l'Etat requis. B. Critère d'application de certaines compétences personnelles à caractère extraterritorial en vigueur dans un Etat selon lequel l'infraction commise sur le territoire d'un autre Etat n'est punissable par le premier Etat que si elle est sanctionnée par le droit des deux Etats* ».

³⁶⁹ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 57.

³⁷⁰ Pour la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, se rapporter au Rapport explicatif que l'on trouverait sur le site suivant : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>.

fonctions judiciaires »³⁷¹. Selon le rapport explicatif : la notion de « *juge* » doit être interprétée le plus largement possible : l'élément décisif, ici, ce n'est pas le titre officiel de la personne, mais le caractère judiciaire des fonctions qu'elle exerce. En ce sens le champ d'application de la définition s'étend aux procureurs, même si dans certains pays ils ne soient pas considérés comme faisant partie de la magistrature. Dans certains pays, les membres de la magistrature, les juges et parfois les procureurs « *constituent une autorité indépendante et impartiale, distincte du pouvoir exécutif* »³⁷².

La question de la compatibilité des droits nationaux se pose dans les conditions comparables à celles que connaît l'Union européenne. Lorsque l'infraction relative à la convention pénale implique un agent public d'un autre Etat, c'est l'article 1 (c) qui s'applique³⁷³.

Il faut souligner que dans la définition de l'agent public, la convention pénale sur la corruption est muette sur le cas des chefs d'États et de gouvernements qui détiennent un mandat exécutif. Sans doute faut-il se référer au droit national de chaque État, il ne faut pas oublier que les titulaires d'un mandat exécutif jouissent toujours d'une certaine immunité³⁷⁴. Hormis la corruption des agents publics nationaux et étrangers, la convention pénale du Conseil de l'Europe renvoie également aux dispositions du droit national pénal la définition des actes de corruption lorsqu'ils impliquent les membres d'assemblées publiques nationales³⁷⁵ ; la corruption de membres d'assemblées publiques étrangères³⁷⁶ ; la corruption des fonctionnaires internationaux³⁷⁷ ; la corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales³⁷⁸ ; et la corruption de juges et d'agents de cours internationales³⁷⁹.

³⁷¹ Article 1 (b), <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/173.htm>.

³⁷² <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> § 29.

³⁷³ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> § 30.

³⁷⁴ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 90.

³⁷⁵ Article 4.

³⁷⁶ Article 6.

³⁷⁷ Article 9.

³⁷⁸ Article 10.

³⁷⁹ Article 11.

Enfin, il faut noter que le Conseil de l'Europe, à l'instar de l'OCDE, ne vise pas les ONG dans le cadre de l'incrimination de la corruption des fonctionnaires internationaux.³⁸⁰

Le *protocole additionnel à la convention pénale*³⁸¹ du Conseil de l'Europe, signé le 15 mai 2003 entend davantage son champ d'action car elle prévoit l'incrimination de la corruption active et passive d'un arbitre ou d'un juré, qu'ils soient nationaux ou étrangers.

Dans son ensemble, la convention pénale du Conseil de l'Europe est un texte international qui s'étend de manière très substantielle la notion de l'agent public étranger.

CONCLUSION

La définition de l'agent public étranger connaît deux approches par des textes internationaux : la première consiste à définir cette notion au sein des textes de manière spécifique et autonome alors que la deuxième - privilégiée par institutions européennes - renvoie cette définition aux droits nationaux.

Pour au moins un commentateur juridique, la définition dite autonome de la convention de l'OCDE est potentiellement la plus répressive.³⁸² Selon ce texte, un Etat partie peut procéder de différentes manières pour s'acquitter de ses obligations, dès lors que, pour qu'une personne soit convaincue de l'infraction, il n'y a pas à apporter la preuve d'éléments autres que ceux dont la preuve devrait être apportée si l'infraction était définie.³⁸³ Il s'agit alors d'une définition qui n'exige pas « *la preuve du droit du pays particulier de l'agent public* »³⁸⁴. Autrement dit, savoir si un agent public étranger a été corrompu doit être décidé par le texte de la convention sans faire référence à d'autres sources juridiques comme le droit interne de l'Etat dont dépend l'agent public étranger pertinent.³⁸⁵ Cela implique un départ de la conception classique de la corruption au niveau

³⁸⁰ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 61.

³⁸¹ <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/191.htm>

³⁸² G. STESSENS, « The international fight against corruption », *International Review of Penal Law* (Vol. 72), p. 911.

³⁸³ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>, § 3

³⁸⁴ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>, § 3.

³⁸⁵ I. ZERBES, *op. cit.*, p. 95.

du rapport entre l'agent et l'Etat puisque cet agent pourrait ne pas être considéré en tant que tel par l'Etat dont « l'agent » est corrompu.³⁸⁶

Le modèle de la définition autonome et spécifique n'est pas cependant sans faille. Certaines lacunes ont déjà été relevées par le Groupe de travail de l'OCDE à ce niveau. On relèvera notamment le maintien par certains Etats parties d'une définition non autonome ou l'existence de définitions qui sont lacunaires ou plus étroites que celle de la convention de l'OCDE³⁸⁷. Lorsqu'il est question de satisfaire aux exigences de la double incrimination, les situations de non coïncidences dans la définition de l'agent public étranger seraient très dommageables pour l'efficacité des poursuites.

On pourrait regretter également que la convention de l'OCDE ne vise pas les membres de partis politiques ou les candidats à des fonctions publiques ou à des élections. De manière générale, la corruption d'un agent d'une ONG ne concerne pas les conventions internationales et cela peut être considérée comme un manque important du dispositif.

Cette première analyse constitue un avant-goût des difficultés nées du manque d'harmonisation des textes juridiques pertinents. Cette problématique vient s'imbriquer dans un ensemble d'obstacles plus large. On verra ainsi que de nombreuses barrières à l'efficacité de la lutte contre la corruption sont constituées par la difficile pratique du droit international par les Etats.

³⁸⁶ G. STESSENS, « The international fight against corruption », *op.cit.*, p. 911.

³⁸⁷ *Ibid.*, pp. 35 – 36.

CHAPITRE 2

LA RELATIVE SYMETRIE DES DEFINITIONS TEXTUELLES DES INFRACTIONS

Après avoir étudié les définitions de *l'agent public étranger* au sein des textes pertinents, il convient de se tourner vers les éléments constitutifs de la corruption dudit *agent public étranger*. Il est bien entendu que certains textes internationaux pris ici en considération visent la corruption de tout agent qui peuvent être des agents nationaux ou des agents public étrangers. Dans le cadre de cette thèse on étudiera ici, à titre principal, la corruption des agents publics étrangers³⁸⁸.

Dans le domaine de la corruption d'agent public étranger, il nous importe de savoir à quel point les rédacteurs de textes internationaux ont pu ériger des articles uniformes³⁸⁹ : il est évident que des situations de non coïncidence pourraient avoir pour conséquence des difficultés dans l'application harmonieuse des textes internationaux, et donc une relative inefficacité dans la lutte contre la corruption dans le commerce international.

Dans un premier temps, il nous importe de procéder à une étude comparative de l'infraction de corruption au sein des textes internationaux pertinents (Section 1). En ce sens, nous procéderons à une analyse de certaines similitudes dans le libellé des infractions et des auteurs d'infractions, et aussi de certaines différences dans la liste des infractions mentionnées dans les textes pertinents. Nous étudierons en profondeur les éléments

³⁸⁸ Sur les motifs qui ont déterminé ce ciblage de recherche sur les seuls agents publics étrangers, *cf.*, *supra.*, Introduction générale.

³⁸⁹ On fait ici référence au principe de la double incrimination. A ce titre voir J. SALMON, *op.cit.*, p. 336 : « *A. Critère d'application des conventions d'extradition en matière pénale selon lequel, pour donner lieu à extradition, le fait visé par les conventions doit être punissables par les lois pénales de l'Etat requérant et de l'Etat requis. B. Critère d'application de certaines compétences personnelles à caractère extraterritorial en vigueur dans un Etat selon lequel l'infraction commise sur le territoire d'un autre Etat n'est punissable par le premier Etat que si elle est sanctionnée par le droit des deux Etats* ».

constitutifs des infractions de corruption (directe et indirecte). Dans un deuxième temps, un état de certains comportements qui sont insusceptibles d'être qualifiés d'acte de corruption en raison des circonstances et des contextes sera dressé (Section 2).

SECTION 1

ETUDE COMPARATIVE DE L’INFRACTION DE CORRUPTION AU SEIN DES TEXTES INTERNATIONAUX PERTINENTS

Une première approche comparative laissera entrevoir certaines spécificités relatives aux infractions mentionnées par les textes internationaux pertinents (§ 1). Un deuxième niveau d’analyse comparative et approfondie portera sur les éléments constitutifs de l’infraction (§2). On verra qu’au-delà des questions de traduction que posent les différentes langues que les textes internationaux, même s’ils n’utilisent pas exactement les mêmes termes, font référence à des notions très proches et l’on est ainsi frappé par la similitude des approches juridiques. En dernier lieu, il convient de porter notre regard sur l’infraction de la corruption indirecte (§3), une notion particulière, de laquelle jaillit des questions juridiques importantes.

§ 1 – Première approche comparative : la spécificité des infractions mentionnées dans les textes internationaux

Dans l’ensemble, les textes contiennent un libellé assez similaire de l’infraction de corruption. Il faut néanmoins relever certaines spécificités. Le FCPA texte de droit national, a été le texte de référence pour les rédacteurs des textes internationaux postérieurs, doit être étudié en premier lieu (A). On étudiera ensuite le texte de l’IACAC dans le cadre de l’OEA (B), les textes de l’Union européenne qui lient ensemble comme les corollaires indissolubles les infractions de corruption active et de corruption passive (C), la convention de l’OCDE -qui vise très spécifiquement l’infraction de la corruption active de l’agent public étranger dans le contexte du commerce international (D) - et la convention pénale du Conseil de l’Europe de 1999 (E). On note que la convention de l’Union africaine ne prévoit pas une infraction spécifique incriminant la corruption d’agent public étranger (F). La CNUCC vise la corruption *d’agent public étranger* d’une manière très proche à celle de la convention de l’OCDE et du FCPA, en se référant spécifiquement

à des activités de commerce international.

A - Le FCPA : des éléments constitutifs à géométrie variable

Le FCPA incrimine la corruption active d'un «*fonctionnaire étranger*» sans néanmoins aborder la question de la corruption passive dudit «*fonctionnaire étranger*»³⁹⁰. Le FCPA vise plusieurs catégories d'auteurs de la corruption active : des «*émetteurs d'actions*»,³⁹¹ des «*personnes et entités des Etats-Unis*»³⁹² ou «*toute autre personne*»³⁹³. Les éléments constitutifs de l'infraction peuvent ainsi varier en fonction de la catégorie de corrupteur. Le FCPA vise également les agents de chaque catégorie d'auteur et en ce sens vise la corruption dite «*indirecte*».

Pour certaines catégories de corrupteur, il faut démontrer l'usage, par l'auteur du courrier postal ou tout moyen ou instrument de commerce entre États³⁹⁴. De façon

³⁹⁰ Voir cependant D. FLORE, *op.cit.*, p. 45 : Il existe une interrogation quant à la possibilité, en droit américain, d'incriminer, par d'autres moyens, la corruption passive de l'agent public étranger. Le *Department of Justice* américain avait cru voir cette possibilité si le fonctionnaire étranger ne pouvait être poursuivi pour violation du FCPA de la manière suivante: « [...]il [le fonctionnaire étranger] pouvait cependant être poursuivi sur la base des dispositions fédérales applicables en matière d'«entente» (conspiracy) ou d'assistance et de complicité (aiding and abetting) en vue de commettre l'infraction de corruption active. » Cependant, l'affaire United States v. Castle 5925 *Federal Reporter* (2d series), 1992, (pp. 831-832) a écarté cette approche en considérant que les « agents publics étrangers ne peuvent être poursuivis pour avoir reçu des paiements illégaux, de la même manière, ils ne peuvent être poursuivis pour avoir fait une entente pour recevoir de tels paiements en violation du Foreign Corrupt Practices Act. » ; voir également : Judge Sanders' Memorandum Opinion and Order, 4.06.1990. 925 *Federal Reporter* (2d series), 1992, p. 835 : Selon ce dernier, « les auteurs du texte étaient tout à fait conscients qu'ils pouvaient, en conformité avec le droit international, viser les agents publics étrangers dans certaines circonstances. Mais ils étaient aussi conscients et ils prenaient en considération les difficultés en termes de compétence, d'exécution et de diplomatie, qui étaient inhérentes à l'application du texte à des non citoyens américains. [...] le Congrès a positivement choisi d'exempter [les agents public étrangers] des poursuites ». Il reste néanmoins des moyens d'incriminer le fonctionnaire étranger même si le FCPA n'ouvre pas cette voie. Il existe l'éventualité de poursuivre le fonctionnaire étranger « sur la base d'autre dispositions du droit américain, soit des États (les lois des Etats sur la corruption dans le commerce), soit fédéral (les lois fédérales sur la fraude dans le transfert de valeurs, en particulier le Interstate Travel in Aid of Racketeering Act (*United States Code*, Title 18, §1952, introduit en 1961) ».

³⁹¹ 15 U.S.C. §§ 78dd-1, «*issuer*».

³⁹² 15 U.S.C. §§ 78dd – 2, «*domestic concern*».

³⁹³ 15 U.S.C. §§ 78dd – 3, «*any person*»; voir en sens, les modifications du FCPA en 1998 suite à signature de la convention de l'OCDE par les Etats-Unis.

³⁹⁴ § 78dd-1 «*issuers*»; § 78dd-2 «*domestic concerns*»; § 78dd-3 «*any person*».

générale, l'acte corrompu doit être, suivant l'expression américaine, «*pour faciliter*»³⁹⁵ une offre, paiement, promesse de payer ou autorisation de procurer un avantage³⁹⁶. Dans tous les cas, il doit s'agir d'un comportement «*malhonnête*»³⁹⁷ selon la notion anglo-saxonne «*corruptly*»³⁹⁸.

L'auteur de l'acte corrompu doit tenter de corrompre, par ledit acte : un «*fonctionnaire étranger*» ; un parti politique étranger ou à l'un de ses responsables ; un candidat briguant un siège au sein d'une instance politique afin d'influencer un acte officiel ou une décision officielle.

L'auteur peut aussi être aussi celui qui sans personnellement accomplir matériellement cette corruption a simplement connaissance de celle-ci³⁹⁹ : l'auteur a agi «*tout en sachant que l'argent, dans son entièreté ou en partie, ou la chose de valeur, dans son entièreté ou en partie, sera offert ou offerte, donné ou donnée, ou promis ou promise directement ou indirectement à tout officiel étranger, à tout parti étranger ou officiel de tel parti ou à tout candidat à un poste politique étranger*»⁴⁰⁰. En pareil cas, on rentre dans la cadre d'une corruption indirecte qui n'est peut être pas sans lien au point de vue des principes généraux du droit pénal avec la notion de complicité et peut être regardé comme impliquant une obligation de dénonciation.

L'objectif de l'acte de corruption (spécialement par l'entreprise) est double : d'une part il entend influencer la personne investie d'une compétence publique de telle manière qu'elle modifie sa décision ou qu'elle s'abstienne d'accomplir un acte, en violation de sa fonction, ou ménager un avantage indu ou user de son influence ; d'autre part, la personne publique corrompue doit aider l'entreprise ou particulier corrupteur à obtenir ou à

³⁹⁵ § 78dd-1 «*issuers*»; § 78dd-2 «*domestic concerns*»; § 78dd-3 «*any person*».

³⁹⁶ §§ 78dd-1(a), (g) «*issuers*»; § 78dd-2(a), (i) «*domestic concerns*»; § 78dd-3(a) «*any person*».

³⁹⁷ § 78dd-1 «*issuers*»; § 78dd-2 «*domestic concerns*»; § 78dd-3 «*any person*».

³⁹⁸ Cette notion n'est pas définie par le FCPA, c'est donc le texte qui renvoi implicitement aux juges pour la définition ici essentielle de ce terme.

³⁹⁹ §§ 78dd-1(a)(1)-(2), (f) «*issuers*»; §§ 78dd-2(a)(1)-(2), (f)(2)(A) «*domestic concerns*»; § 78dd-3(f)(1), (2)(A)-(B) «*any person*».

⁴⁰⁰ § 78 dd- 1 (a) (3).

conserver un marché international, soit pour lui-même, soit pour un tiers⁴⁰¹.

B - L'IACAC : une corruption d'agent public étranger conditionnée par la Constitution et principes fondamentaux du droit interne des Etats parties à la convention

L'IACAC⁴⁰² cible à la fois la corruption nationale et internationale. L'IACAC vise d'abord la corruption nationale active et passive à l'article 6 : le champ d'application spatial de l'article 6 se limite aux frontières nationales des Etats parties⁴⁰³. Il faut rappeler que certains textes dans le dispositif international ne visent absolument pas la corruption passive⁴⁰⁴. En matière de corruption internationale, l'article 8 ne vise que la corruption active des agents publics étrangers.

En ce sens le FCPA, l'IACAC et la convention de l'OCDE font clairement état des difficultés relatives à l'incrimination des agents publics étrangers⁴⁰⁵.

L'IACAC vise les avantages qui ont une influence sur l'exercice des fonctions⁴⁰⁶ de l'agent public étranger⁴⁰⁷. C'est l'article 6 de l'IACAC qui précise les comportements qu'elle considère comme des « *actes de corruption* »⁴⁰⁸ au plan national et qui rentrent

⁴⁰¹ 15 U.S.C. § 78dd-1(a)(1)-(2) (2006) « *issuers* » ; 15 U.S.C. § 78dd-2(a)(1)-(2) (2006) « *domestic concerns* »; 15 U.S.C. § 78dd-3(a)(1) « *any person* ».

⁴⁰² Voir L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, pp. 245 - 246 : L'IACAC porte naturellement l'empreinte du FCPA. Cependant, en tant que norme unilatérale qui a été érigée selon les principes juridiques d'un seul pays et qui visait principalement les activités des ressortissants américains à l'étranger, le FCPA ne pouvait pas être la seule base pour une convention anticorruption multilatérale qui serait mise en œuvre dans de nombreux pays avec des systèmes juridiques différents, et servirait aussi comme base pour la coopération internationale.

⁴⁰³ G. D. ALTAMIRANO, *op.cit.*, p. 501.

⁴⁰⁴ Par exemple la convention de l'OCDE ; voir en ce sens : P. WEBB, *op.cit.*, pp. 193 – 205.

⁴⁰⁵ L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p .265 ; On note également que l'IACAC se borne à combattre la corruption dans la sphère publique et ne vise pas la corruption privée.

⁴⁰⁶ Voir l'article 6 de l'IACAC.

⁴⁰⁷ Disposition assez analogue à celle du FCPA qui fait référence aux avantages qui influent sur « *any act or decision of such foreign official in his [or her] official capacity* ».

⁴⁰⁸ Article 6.

dans le champ d'application de la convention⁴⁰⁹. L'article 7 de la convention exige des Etats parties une transposition de l'incrimination de ces « *actes de corruption* » telles que définies par le texte international dans leur droit pénal interne. L'article 8 énonce les éléments constitutifs de l'infraction corrompu : « *l'acte d'offrir ou de donner à un fonctionnaire d'un autre Etat, directement ou indirectement, tout objet de valeur pécuniaire ou tout autre bénéfice, tels que des dons, des faveurs, des promesses ou des avantages en échange de la réalisation par ce fonctionnaire de tout acte ou omission dans l'exercice de ses fonctions, en liaison avec une transaction économique ou commerciale, lorsque cet acte aura été commis par un national d'une Partie, ou par des personnes ayant leur résidence habituelle sur son territoire, ou par des entreprises qui y sont domiciliées* ».

L'obligation des Etats parties est cependant « sous réserve de sa Constitution et des principes fondamentaux régissant son système juridique »⁴¹⁰. Il existe alors une échappatoire pour certains Etats parties qui n'auraient pas besoin d'émettre une réserve pour éviter de transposer cette infraction dans leur droit pénal interne⁴¹¹. En effet, l'IACAC prévoit la possibilité de réserves à l'article 24⁴¹² A ce jour, aucune réservation n'a cependant été formulée à l'encontre de l'article 8. Le texte précise à cet égard que les Etats parties qui n'incriminent pas ces actes de corruption visés à l'article 8, doivent prêter « *l'assistance et la coopération prévues par la présente convention en relation avec cette infraction, dans la mesure où sa législation le lui permet*»⁴¹³.

⁴⁰⁹ L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 247.

⁴¹⁰ <http://www.oas.org/juridico/fran%C3%A7ais/b-58.htm>

⁴¹¹ L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, pp. 248 – 249.

⁴¹² « *Chaque Partie peut formuler des réserves à la présente convention au moment de l'adopter, de la signer, de la ratifier ou d'y adhérer, à la condition que la réserve porte sur une ou plusieurs dispositions particulières et qu'elle ne soit pas incompatible avec les buts et objectifs de la présente convention* ».

⁴¹³ L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 3.

C - L'Union Européenne : la corrélation des éléments constitutifs en matière de corruption active et de corruption passive

La convention de l'Union européenne contre la corruption vise à la fois la corruption active et la corruption passive des fonctionnaires communautaires et nationaux des Etats membres⁴¹⁴. La convention et le premier protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes « *conçoivent les incriminations de corruption passive et de corruption active comme deux infractions parfaitement autonomes, consistant en des actes essentiellement unilatéraux, même si la réussite de la corruption impliquera nécessairement la rencontre de deux volontés et la contribution de deux parties* »⁴¹⁵. Ces textes contiennent une définition quasiment identique de ces infractions, sauf que le premier instrument [le premier protocole] en limite la portée au cas où l'acte de la fonction qui est l'enjeu de la corruption porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, ce que le second ne fait pas⁴¹⁶.

D - L'OCDE : les éléments constitutifs orientés par le mandat spécifique de cette organisation

Le champ d'application de la convention de l'OCDE se limite aux paiements illicites dans le commerce international. Son champ d'application géographique reste néanmoins important⁴¹⁷. La justification à l'appui de ce choix de champ d'application, se trouve dans le mandat spécifique de l'OCDE, c'est-à-dire le mandat d'une organisation

⁴¹⁴ Voir en ce sens : I. ZERBES, *op.cit.*, p. 53, cette approche reflète des objectifs liés à l'intégration économique des Etats au sein de l'Union.

⁴¹⁵ D. FLORE, *op.cit.*, p. 2.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 21 : L'article 3 définit la corruption active de la manière suivante : « *le fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage de quelque nature que ce soit, à un fonctionnaire, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplit ou s'abstienne d'accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction.* » Selon l'article 2, la corruption passive comprend « *le fait intentionnel, pour un fonctionnaire, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction* » .

⁴¹⁷ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 50 ; en ce sens voir la liste des pays signataires de la convention de l'OCDE.

économique de la plupart des grandes nations industrielles du monde. La convention de l'OCDE cherche à « *niveler le terrain de jeu* », la corruption étant un phénomène qui « *fausse les conditions internationales de concurrence* »⁴¹⁸. Les mesures de la convention OCDE incriminant la corruption de l'agent public étranger sont le reflet de ces objectifs économiques et commerciaux⁴¹⁹. Comme on le verra par la suite, la CNUCC, dans l'incrimination de la corruption active d'agent public étranger se limite, elle aussi, aux transactions commerciales internationales

L'article 1 de la convention de l'OCDE précise les éléments constitutifs de l'infraction de la corruption de l'agent public étranger : « *le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international* »⁴²⁰.

Comme le FCPA et l'IACAC⁴²¹, la convention de l'OCDE vise seulement la corruption internationale active. Les textes souhaitent alors « *réduire l'afflux de commissions illicites sur les marchés en réprimant les corrupteurs actifs et le plus complices et en élaborant un cadre de prévention* »⁴²². Les aspects de la corruption passive, toujours couverts par les lois internes des pays dont relève le fonctionnaire « *n'ont pas été retenus par l'OCDE dans le champ d'incrimination des actes de corruption* »⁴²³. Cette convention « *s'en remet aux pays eux-mêmes pour la répression (ou la non-répression) de leurs agents publics nationaux* »⁴²⁴. L'OCDE a, *a priori*, voulu « éviter des conflits de juridiction [...] parce que le droit de la fonction publique fait l'objet dans

⁴¹⁸ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/3028103.pdf>.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 51.

⁴²⁰ D. FLORE, *op.cit.*, p. 53.

⁴²¹ L'IACAC vise la corruption active et passive au niveau national.

⁴²² M. LEVI, *op.cit.*, p. 31.

⁴²³ P. CAVALERIE, *op.cit.*, p. 617.

⁴²⁴ M. LEVI, *op.cit.*, p. 31.

nombre de pays de dispositions particulières »⁴²⁵. L'OCDE a ainsi laissé aux pays dont relève le fonctionnaire, le soin de réparer ce manque à la confiance de la population dans le fonctionnement de l'Etat, symbolisé par l'acceptation d'un pot-de-vin⁴²⁶.

La convention de l'OCDE ne vise pas la corruption dans le secteur privé. On pourrait évidemment envisager une révision de la convention de l'OCDE dans la mesure où la corruption dans le secteur privé fausse aussi les conditions internationales de concurrence. La convention de l'OCDE reste silencieuse sur la question de la corruption des agents publics nationaux. A titre de comparaison, les conventions de l'Union européenne, du Conseil de l'Europe, l'IACAC et la CNUCC visent la corruption des agents publics nationaux tels que définis dans la convention⁴²⁷.

E - La convention pénale du Conseil de l'Europe : les éléments constitutifs inspirés des définitions nationales et internationales existantes

La convention pénale du Conseil de l'Europe vise la corruption active et la corruption passive de plusieurs catégories de personnes. L'article 2 de la convention définit la corruption active d'agents publics nationaux comme étant : « *lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à l'un de ses agents publics, pour lui-même ou pour quelque un d'autre, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions* »⁴²⁸.

Selon le rapport explicatif de la convention pénale, la définition donnée s'inspire

⁴²⁵ P. CAVALERIE, *op.cit.*, p. 617.

⁴²⁶ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 51.

⁴²⁷ H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ? », *26 N.C.J.Int'l. & Com. Reg.*, pp. 268 – 269.

⁴²⁸ L'article 3 définit la corruption passive des agents publics nationaux de la manière suivante : « lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait pour un de ses agents publics de solliciter ou de recevoir directement ou indirectement, tout avantage indu pour lui-même ou quelqu'un d'autre ou d'en accepter l'offre ou la promesse afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions ».

des définitions nationales et internationales, et cite en particulier la convention de l’Union européenne sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁴²⁹.

Les définitions amples de la notion de corruption par la convention pénale du Conseil de l’Europe et son protocole additionnel correspondent à l’un des buts même de l’organisation, c’est-à-dire, l’amélioration de la coopération judiciaire entre ses membres par le biais de l’entraide judiciaire, l’extradition ou confiscation⁴³⁰. La convention pénale du Conseil de l’Europe a alors un champ d’application « *très étendu et complète les instruments juridiques existants de l’UE et de l’OCDE* »⁴³¹. Les comportements visés par ce texte sont les suivants : corruption active et passive d’agents publics nationaux et étrangers ; corruption active et passive de membres d’assemblées publiques nationales et étrangères ; corruption active et passive de membres d’assemblées parlementaires internationales ; corruption active et passive dans le secteur privé ; corruption active et passive de fonctionnaires internationaux ; corruption active et passive de juges de cours nationales, étrangères et internationales et d’agents de cours internationales ; trafic d’influence actif et passif ; blanchiment du produit des délits de la corruption ; infractions comptables (factures, documents comptables, etc.) liées aux délits de la corruption. On voit que la convention vise très largement l’infraction de corruption et les délinquants qui y concourent.

La convention du Conseil de l’Europe se rapproche des conventions de l’Union européenne et de l’OCDE dans le sens où « *la corruption est construite comme un acte unilatéral, même si la réussite de la corruption implique la rencontre de deux volontés et la contribution de deux volontés et la contribution de deux parties* »⁴³².

⁴²⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm§ 32>: Ce rapport explicatif a été préparé par le secrétariat général du Conseil de l’Europe et discuté au sein du Groupe Multidisciplinaire sur la corruption (GMC). Le comité des ministres en a pris note lors de sa 646ème réunion, les 21 et 22 octobre 1998. Il reste de la responsabilité du secrétariat général et n’a aucune valeur interprétative particulière, sinon qu’il est censé refléter les discussions qui ont eu lieu au sein du GMC sur les différents points de la convention.

⁴³⁰ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 52.

⁴³¹ M. LEVI, *op.cit.*, p. 33.

⁴³² D. FLORE, *op.cit.*, p. 65.

F - L'Union africaine : l'absence d'une disposition visant l'incrimination de la corruption des agents publics étrangers

Le champ d'application de la convention de l'Union africaine est large : elle vise la corruption passive et active, le trafic d'influence, l'enrichissement illicite et l'usage ou la dissimulation des produits des actes corrompus⁴³³. La convention de l'Union africaine proscrit cinq catégories d'actes corrompus : la corruption des agents publics⁴³⁴, la corruption dans le secteur privé⁴³⁵, l'obtention d'un avantage illicite par un agent public ou toute autre personnes,⁴³⁶ le détournement des biens de l'Etat par un agent public dans l'exercice de ses fonctions⁴³⁷ et l'usage ou la dissimulation du produit de l'un quelconque des actes visés dans le présent article⁴³⁸.

Cependant, à la différence des autres textes régionaux ou à vocation universelle, la convention de l'Union africaine ne vise pas la corruption des agents publics étrangers ni les fonctionnaires des organisations internationales⁴³⁹. En ce sens, le présent travail de recherche, tout en reconnaissant l'importance de cette question sur le continent africain, n'approfondira pas néanmoins les réponses normatives africaines à la lutte contre la corruption. La raison principale de cette orientation est la motivation de rester dans le cadre des textes visant de manière spécifique la corruption des agents publics étrangers. On rappellera cependant que de nombreux Etats africains sont parties à la CNUCC.

G - La convention des Nations Unies contre la corruption : des éléments constitutifs analogues à ceux de la convention de l'OCDE et du Foreign Corrupt Practices Act

La CNUCC est le texte qui a le plus grand champ d'application et le plus gros

⁴³³ Pour un rapprochement avec la CNUCC, voir P. WEBB, *op.cit.*, pp. 202 – 203.

⁴³⁴ Articles 4(1) (a)-(b).

⁴³⁵ Articles 4(1) (e)-(f).

⁴³⁶ Article 4(1) (c).

⁴³⁷ Article 4(1) (d).

⁴³⁸ Article 4(h).

⁴³⁹ Voir l'analyse de N. KOFELE-KALE, « Change or the illusion of change: the war against official corruption in Africa », *op.cit.*, pp. 718 – 719.

potentiel normatif. Cette convention de 71 articles couvre les aspects majeurs de la lutte contre la corruption : la prévention ; l'incrimination, la détection et la répression ; et la coopération internationale. De plus, ce texte consacre un chapitre entier au recouvrement des avoirs. La CNUCC vise la corruption des agents publics nationaux et étrangers et elle vise la corruption publique ainsi que la corruption privée. Un chapitre entier de la CNUCC est dédié aux mesures préventives adressées à la fois au secteur public et privé. La CNUCC appelle les Etats parties à promouvoir l'action des organisations non gouvernementales (ONG) et d'autres éléments de la société civile dans la lutte contre la corruption⁴⁴⁰.

En ce qui concerne l'incrimination des infractions par le droit pénal national, les Etats parties sont priés d'adopter des mesures législatives, et autres si nécessaires, pour conférer le caractère d'infraction pénale, non seulement aux formes classiques de corruption ou à la soustraction, au détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public, mais également, au trafic d'influence et au blanchiment du produit du crime⁴⁴¹. La plupart des dispositions sont contraignantes. Mais le libellé de l'article 23 (*« conformément aux principes fondamentaux de son droit interne »*) ou de l'article 31 (*« dans toute la mesure possible dans le cadre de son système juridique interne »*) démontre l'existence des certaines échappatoires potentielles. La lecture de l'article 4 (1) de la CNUCC démontre aussi les précautions de langage importantes qui ont été prises par les rédacteurs du texte dans l'optique de la protection de la souveraineté : « *les États Parties exécutent leurs obligations au titre de la présente convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États* ».

Les Etats parties s'accordent à coopérer en matière de prévention et de poursuite des infractions visées⁴⁴². LA CNUCC comprend ainsi des articles qui exigent des parties qu'elles se prêtent à des formes spécifiques d'entraide judiciaire.

Les Etats doivent aussi prendre des mesures qui soutiennent l'identification, le gel ou la localisation du produit du crime. La question du recouvrement des avoirs est

⁴⁴⁰ Article 13.

⁴⁴¹ Chapitre 3.

⁴⁴² Chapitre 4.

primordiale pour les pays en voie de développement où des cas de corruption ont exporté des richesses nationales vers des centres bancaires internationaux et des paradis fiscaux, et où les ressources manquent cruellement pour la reconstruction des sociétés sous de nouveaux gouvernements⁴⁴³.

L'article 16 de la CNUCC à trait à la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations publiques en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités du commerce international. Cet article vise à la fois la corruption active et la corruption passive de ces personnes mais n'abordent pas les infractions de la même manière. L'article 16 exige que la corruption active soit incriminée par le droit interne des Etats parties. Il demande seulement une prise en considération de l'incrimination de la corruption passive. Cette hétérogénéité d'approche se justifie car en matière d'incrimination des activités des agents publics d'un autre pays, il est souvent question alors de conflits de juridiction, de difficultés relatives à l'immunité et du droit de la fonction publique qui fait l'objet dans nombre de pays de dispositions particulières⁴⁴⁴. L'article 16, qui vise la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations publiques est une disposition analogue à celle du FCPA, à celle de l'article 1 (1) de la convention OCDE et à celle d'autres conventions.

§ 2 – Deuxième approche comparative : les éléments constitutifs des infractions de corruption mentionnées dans les textes internationaux

Il conviendrait de rappeler les catégories d'auteurs de la corruption active (A). Puis, nous analyserons les éléments matériels de la corruption « active » d'agents publics. Les éléments retenus au sein des textes se rapprochent très souvent. Nous retrouvons dans l'élément matériel, une promesse, une offre ou un don d'un avantage indu à un agent public (B). Les textes ont un champ d'application très large à ce sujet, car souvent tout avantage, pécuniaire ou non, peut être visé. La notion d'avantage indu est une charnière de l'infraction car il est question d'un bénéfice injustifié dont l'agent public étranger n'avait

⁴⁴³ P. WEBB, *op.cit.*, p. 206.

⁴⁴⁴ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption: the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 8.

pas droit. Il est ainsi constitué l'élément moral de l'infraction, car on donne, promet ou offre un avantage indu puisqu'on attend du fonctionnaire qu'il agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exercice de ses fonctions (C) et parfois dans le cadre de l'obtention ou renouvellement d'un marché dans le commerce international⁴⁴⁵.

A - L'auteur de la corruption active

Dans le sens des textes internationaux, l'auteur de la corruption active peut être toute personne. L'IACAC, par exemple, vise dans l'infraction de corruption transnationale à l'article 8 : « *lorsque cet acte aura été commis par un national d'une Partie, ou par des personnes ayant leur résidence habituelle sur son territoire, ou par des entreprises qui y sont domiciliées* »⁴⁴⁶. La convention de l'Union européenne vise « *quiconque* »⁴⁴⁷. En ce sens, « *si l'auteur de la corruption passive est une personne bien déterminée : le fonctionnaire, l'auteur de la corruption active peut être n'importe qui* »⁴⁴⁸. L'auteur peut être « *indifféremment un simple particulier agissant pour son propre compte ou pour le compte d'une société ou une personne exerçant une fonction publique* »⁴⁴⁹. La convention de l'OCDE vise « *toute personne* »⁴⁵⁰. Ni la convention pénale du Conseil de l'Europe, ni la CNUCC ne précisent la catégorie des personnes corruptrices visées dans l'infraction de la corruption active de l'agent public étranger : on pourrait imaginer que ces conventions visent une catégorie d'auteurs aussi large que la convention de l'Union européenne ou la convention de l'OCDE.

A ce sujet, le FCPA, loi interne à portée extraterritoriale, se différencie des autres

⁴⁴⁵ Voir l'analyse de R. A. CANO, *op.cit.*, p. 71.

⁴⁴⁶ <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>.

⁴⁴⁷ Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne du 26 mai 1997, J.O.C.E., n° C 195/1 du 25 juin 1997.

⁴⁴⁸ D. FLORE, *op.cit.*, p. 26.

⁴⁴⁹ Rapport explicatif sur le protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, approuvé par le Conseil du 19 décembre 1997, J.O.C.E., C 11 du 15 janvier 1998, p. 8, point 3.1. ; Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15.12.1998, p. 5, point 3.1.

⁴⁵⁰ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/3028103.pdf>.

textes. Il précise les catégories des auteurs de la corruption active et les paramètres de compétence extraterritoriale corollaires. En ce sens, pour savoir si un acte de corruption d'agent public étranger rentre dans le champ d'application du FCPA, il faut prendre en compte le type de personne concerné et les moyens⁴⁵¹ utilisés pour réaliser l'acte corrompu. On rappellera que le but de la présente recherche ne se situe pas dans une analyse fine des différentes catégories d'auteurs consacrées par le droit fédéral américain. On note que le FCPA s'applique également aux agents de chaque catégorie de personnes citées ci-dessus. Le FCPA vise donc un très grand nombre d'auteurs potentiels d'acte de corruption. Il suffit pour notre analyse néanmoins de distinguer brièvement les catégories d'auteurs prévues depuis les modifications du FCPA en 1998, parce que, comme on l'a déjà dit, le texte du FCPA est d'une certaine manière la matrice des textes internationaux postérieurs.

Le volet anticorruption du FCPA, tel que promulgué en 1977, s'appliquait aux « émetteurs de valeurs »⁴⁵² et aux « personnes ou entités des Etats-Unis »⁴⁵³. Les modifications du FCPA en 1998 ont également élargi la portée de la compétence des provisions anticorruption aux actions des ressortissants américains en dehors du territoire américain : en ce sens ils évoquent le principe de nationalité pour affirmer la compétence américaine. Les amendements de 1998 - mettant en œuvre la convention de l'OCDE - ont

⁴⁵¹ Voir à ce sujet, D. FLORE, *op.cit.*, p. 46 : Il y a deux moyens d'agissements explicités par le FCPA : le premier s'appliquant à toutes les catégories d'auteurs, le second uniquement aux personnes autres que des entreprises américaines. Le premier est l'utilisation des moyens et instruments du commerce interétatique ou international. Le second est « tout autre actes ». Ceci signifie que, pour les entreprises américaines, à l'égard desquelles seule la première catégorie de moyen s'applique, à défaut d'avoir utilisé un instrument du commerce interétatique ou international, un fait de corruption active qui répondrait aux autres critères prévus par la loi, tomberait néanmoins hors du champ d'application et pourrait éventuellement rester impuni. Par contre, à l'égard de toute autre personne, tout acte suffira. Outre le risque d'impunité que cette lacune crée, elle génère une distinction entre plusieurs catégories de personnes qui n'est justifiée que par le seul critère objectif de leur nationalité.

⁴⁵² « L'émetteur » peut être une personne américaine ou étrangère, le FCPA ne fait pas de distinction. Le terme « émetteur de valeur » est une entité ayant une catégorie de titres enregistrée en conformité avec la section 78 (l) du Code des Etats-Unis, ou qui est dans l'obligation de soumettre des rapports conformément à la section 78 (o) (d) du même Code.

⁴⁵³ Les « personnes et entités des Etats-Unis » s'entendent des ressortissants des Etats-Unis et des sociétés, partenariats, associations, « *sociétés par actions, fonds commerciaux, organisations non dotée de la personnalité morale et entreprises individuelles, y compris les émetteurs de valeurs et les entreprises nationales, organisés en vertu de la législation des Etats-Unis, des Etats, des territoires ou des Etats associés aux Etats-Unis* ».

ainsi étendu le champ d'application du FCPA aux « *personnes et entités des Etats-Unis* » qui « *se livrent à des activités interdites en dehors des Etats-Unis* »⁴⁵⁴. Les modifications du FCPA en 1998 ont également étendu son champ d'application dans certaines circonstances, à « toute personne »⁴⁵⁵, pour autant qu'elle se soit trouvée sur le territoire américain au moment où l'acte a été commis. En ce sens, la notion « *toute personne* » est toute personne physique autre qu'un citoyen américain, ou toute société, association, entreprise, régie par le droit d'un Etat étranger ou d'une de ses subdivisions politiques. Sont également visés tout administrateur, directeur, employé, agent de cette entreprise ou tout actionnaire de cette entreprise agissant au nom de celle-ci⁴⁵⁶.

Les implications de ces extensions de compétence extraterritoriale seront examinées au sein du chapitre 4.

B - L'offre, la promesse ou le don d'un avantage indu

On donne, promet ou offre un avantage puisqu'on attend du fonctionnaire qu'il agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exercice de ses fonctions et parfois dans le cadre de l'obtention ou renouvellement d'un marché dans le commerce international⁴⁵⁷. L'octroi du pot-de-vin peut se réaliser directement par le corrupteur ou par le biais d'un intermédiaire. Certains textes – la convention de l'OCDE, la convention pénale du Conseil de l'Europe et la CNUCC – utilisent le terme « *avantage indu* ». Même sans l'utilisation de la notion d'*«avantage indu»*, il est très clair à la lecture des autres textes, que l'on vise le même genre de rapport : on donne quelque chose à l'agent public étranger à quoi il n'avait pas droit. Ce rapport est l'articulation qui lie l'acte objectif à l'élément intentionnel de l'infraction, c'est-à-dire les deux côtés de l'accord *quid pro quo*⁴⁵⁸.

Une analyse chronologique nous permet de mettre en relief les éléments matériels

⁴⁵⁴ H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, pp. 296 et seq.

⁴⁵⁵ § 78 dd – 3.

⁴⁵⁶ D. FLORE, *op.cit.*, p. 44 ; voir également : R. C. BAKER, *op.cit.*, p. 651.

⁴⁵⁷ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 71.

⁴⁵⁸ Voir ci-dessus, introduction générale

de l'infraction de chaque texte. En ce sens, nous allons aborder le FCPA (1) ; l'article 8 de l'IACAC (2) ; les articles 2 et 3 de la convention de l'Union européenne (3) ; l'article 1(1) de la convention de l'OCDE (4) ; les articles 2 et 3 de la convention pénale du Conseil de l'Europe (5) ; l'article 16 de la CNUCC (6).

1 - Le FCPA : « pour faciliter une offre, un paiement, une promesse de payer ou une autorisation de paiement de tout argent ou offre, cadeau, promesse de donner ou autorisation de donner toute chose de valeur»⁴⁵⁹

Le FCPA vise l'infraction suivante : « *une offre, un paiement, une promesse de payer ou une autorisation de paiement de tout argent ou offre, cadeau, promesse de donner ou autorisation de donner toute chose de valeur* ». En ce sens, le FCPA définit l'acte corrompu de façon très large. Le fait de concrétiser un paiement n'est pas un critère essentiel de l'infraction⁴⁶⁰ : l'offre ou la promesse suffisent. L'agent public étranger n'est pas alors obligé d'accepter le paiement pour qu'il y ait une infraction. Les travaux préparatoires indiquent d'ailleurs que la loi « *ne requiert pas que l'acte ait été pleinement consommé ou qu'il ait réussi à produire l'effet désiré* »⁴⁶¹. Il importe que l'auteur ait eu en vue d'obtenir un tel résultat. L'infraction ne comprend pas seulement un paiement d'argent, mais « *toute chose de valeur* ». Cela a pour conséquence que l'agent public étranger ne peut donc facilement s'enrichir sans être visé par cette loi⁴⁶². La notion de « *toute chose de valeur* » a été décrite par S. Demming comme une notion « large et ésotérique »⁴⁶³. Hormis l'argent, pratiquement toute forme d'avantage direct ou indirect pourrait être envisagé comme rentrant dans le champ d'application du FCPA⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ § 78dd-1 « issuers »; § 78dd-2 « domestic concerns »; § 78dd-3 « any person ».

⁴⁶⁰ S. H. DEMMING, *op.cit.*, p. 10.

⁴⁶¹ Senate Report, n° 95-114, U.S.S.C.A.N., 1977, p. 4108.

⁴⁶² T. SWANSON, *op.cit.*, p. 410.

⁴⁶³ S. H. DEMMING, *op.cit.*, p. 11.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p.11 ; voir., l'avis contraire de L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, pp. 265 - 267: pour L. Low, l'IACAC ne s'accorde pas au FCPA sur ce point car, à son avis, aucun effort n'a été fait par les autorités de mise en œuvre pour élargir le champ d'application du FCPA afin de viser les avantages n'ayant aucune valeur pécuniaire.

2 - L'IACAC : « l'acte d'offrir ou de donner à un fonctionnaire d'un autre Etat, directement ou indirectement, tout objet de valeur pécuniaire ou tout autre bénéfice, tels que des dons, des faveurs, des promesses ou des avantages »⁴⁶⁵

L'article 8 de l'IACAC⁴⁶⁶ utilise les termes suivants pour établir l'acte objectif : « *l'acte d'offrir ou de donner à un fonctionnaire d'un autre Etat, directement ou indirectement, tout objet de valeur pécuniaire ou tout autre bénéfice, tels que des dons, des faveurs, des promesses ou des avantages* ». Le FCPA dispose d'un champ d'application large relatif aux «*avantages*» proscrits, l'IACAC, elle, va au moins aussi loin. Par exemple puisque l'IACAC, fait état d'*« autre bénéfice, tels que des dons, des faveurs, des promesses ou des avantages*», il est alors possible d'imaginer que les avantages non pécuniaire rentre dans le champ d'application du texte⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Article 8.

⁴⁶⁶ Voir également, H. LOWELL BROWN, « The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery », 22 *Hastings International and Comparative Law Review* 407, Spring 1999, pp. 484 - 486 : Article 11 Développement progressif : « *[S]tates were asked to consider establishing other offenses under their laws to promote 'the attainment of the purposes of this convention [11(1)]. These offenses included a government official's use of classified information or government property for personal gain or for the gain of a third party ; procuring a decision from a public authority for personal benefit or benefit of a third party ; and diverting government property or monies to a third party for the benefit of the government official or a third party. These offenses, if adopted, would be considered "acts of corruption" for purposes of the convention.* (Article 11(2)) ».

⁴⁶⁷ Pour L. Low, l'IACAC est contraire au FCPA sur ce point car, à son avis, aucun effort n'a été fait par les autorités de mise en œuvre pour élargir le champ d'application du FCPA afin de viser les avantages n'ayant aucune valeur pécuniaire. L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 266; voir *ibid.* : selon L.A. Low, que le champ d'application de l'IACAC soit à priori plus étendu que celui du FCPA est quelque chose qui doit être pris en considération car les Etats parties pourraient choisir quels «*avantages*» seraient illicites. Il en découle que si les Etats parties incriminent ces «*avantages*» de manière hétérogène, les entreprises cherchant à se déployer sur plusieurs pays devront se confronter à plusieurs interprétations de cette notion. Par voie de conséquence, les entreprises vont devoir soit, se conformer au régime le plus strict en vigueur, soit prendre le soin de s'informer quant au régime spécifique de chaque pays. En ce sens, les différences concernant ces éléments constitutifs de la corruption peuvent nuire à la volonté des Etats de coopérer sur les questions de l'extradition ou de l'entraide judiciaire. Le principe de la double incrimination sera respecté si les différentes lois sont « *substantially analogous* » ou si elles ciblent un « *functionally identical conduct* » Il est fort possible qu'un pays qui a choisi d'incriminer très peu de comportements puisse hésiter à coopérer avec l'incrimination d'un de ses propres ressortissants selon les lois d'un pays étranger qui a choisi une liste de comportements beaucoup plus importante.

A l'instar du FCPA, l'IACAC proscrit les actes de corruption au-delà d'un simple paiement. Les deux textes proscrivent « l'offre ». Il s'en suit qu'une entreprise pourrait se trouver incriminée sous les deux régimes « *non seulement en faisant des paiements illicites, mais aussi sans actuellement payer de l'argent* »⁴⁶⁸. Il existe une interrogation : à savoir si les éléments de cette infraction concernent un acte de « *gratuity* », qui est différent d'un pot-de-vin car c'est une récompense à un agent qui n'implique pas un échange *quid pro quo*⁴⁶⁹.

3- L'Union européenne : « *promettre ou de donner un avantage de quelque nature que ce soit* ».

Les textes de l'Union européenne visent la corruption active et passive. Dans le respect du ciblage de la présente recherche, on se concentrera uniquement sur la question de la corruption active.

L'article 3 de la convention et du premier protocole définissent la corruption active comme « *le fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage de quelque nature que ce soit* ».

Le terme « *avantage de toute nature* » est défini par les rapports explicatifs comme une « *notion intentionnellement large englobant non seulement les objets matériels (argent liquide, objets précieux, marchandises diverses, services rendus) mais également tout ce qui peut représenter un intérêt indirect, tels que le règlement des dettes du corrompu, la réalisation de travaux sur un immeuble lui appartenant, sans que cette énumération soit exhaustive. La notion d'avantage, couvre toute les sortes d'avantages matériels ou*

⁴⁶⁸ L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 266.

⁴⁶⁹ P. HENNING, « Public corruption: a comparative analysis of international corruption conventions and United States law », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Fall, 2001, pp. 808 - 810 ; voir également *ibid.* : Un « *gift* » peut être fait avant ou après la décision, alors qu'un pot-de-vin doit avoir lieu avant l'intervention gouvernementale car l'offre est une condition de l'issue corrompu du processus. L'IACAC fait référence, dans la définition de l'infraction, au « *receipt* » d'un « *gift, favour, promise ou avantage for himself* » mais ces notions concernent seulement les « *avantages* » qui viennent récompenser l'échange corrompu. L'IACAC dispose que l'« *avantage* » que reçoit l'agent doit être en échange d'une intervention gouvernementale, ce qui veut dire que le « *gift* » octroyé après la décision ne rentre pas dans le cadre du *quid pro quo* de l'article VI (1)(a) (b), car il sort du cadre d'un accord préalable.

intellectuels »⁴⁷⁰.

On notera que les rapports explicatifs font acte d'un cas dont ils considèrent qu'il ne tombe pas de façon explicite sous l'incrimination de corruption active et qui devra être réglé conformément au droit national de chaque Etat membre⁴⁷¹; ce cas concerne l'hypothèse où « *le corrupteur, agissant délibérément, se trompe sur les pouvoirs dont il croit investi le fonctionnaire sollicité* »⁴⁷².

4 - L'OCDE : « *d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre* »

L'article 1(1) de la convention de l'OCDE vise l'offre⁴⁷³, la promesse ou l'octroi⁴⁷⁴ d'un avantage indu pécuniaire ou autre.

⁴⁷⁰ *Rapport explicatif du protocole*, op.cit. p. 7, point 2.4. ; *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, op.cit, p. 4, point 2.4.

⁴⁷¹ D. FLORE, *op.cit.*, p. 26.

⁴⁷² *Rapport explicatif du protocole*, *op.cit.*, p. 8, point 3.1., alinéa 3 ; *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, op.cit, p. 5, point 3.1, alinéa 3.

⁴⁷³ I. ZERBES, *op.cit.*, p 109; voir également, *ibid.* : une offre est une déclaration par celui qui donnerait le pot-de-vin, sur sa propre initiative, indiquant sa volonté de payer pour l'acte officiel en question. En faisant une promesse, le corrupteur prend un engagement définitif. L'offre et la promesse peuvent être faites de façon tacite. Ni l'offre ni la promesse exigent une réponse : l'infraction est réalisée dès que cela serait possible en théorie pour l'agent d'apercevoir que l'on lui a offert ou promis quelque chose pour en retour réaliser un acte officiel.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 110 ; voir en ce sens, *ibid.*: par 'octroyer' le texte de l'OCDE entend le transfert d'un avantage vers la jouissance d'une autre personne. La façon dont ce processus peut être réalisé dépend de la nature de l'avantage. Les fonds transférés sur un compte bancaire ; une place à l'Université etc. Le transfert sera effectué lorsque l'objet du pot-de-vin serait dans une position d'en avoir la jouissance : faire une retraite sur le compte bancaire ; s'inscrire à l'Université. L'essentiel n'est pas d'effectuer la jouissance, l'essentiel est d'être dans une position d'en faire autant : l'acte de donner ne dépend pas de l'acte de recevoir. Cependant, l'infraction visée ne doit pas se limiter au seul transfert de l'avantage. Il est important d'incriminer plusieurs étapes ou actes préparatoires au transfert de l'avantage, ainsi que le transfert final que cela soit le fruit d'une préparation ou d'un acte spontané tel qu'un dessous de table. 'Octroyer' est une manifestation indépendante de l'acte corrompu. En ce sens, l'infraction peut être commise par la réalisation d'un accord corrompu par une personne autre que celle qui octroie le pot-de-vin. Ceux qui octroient l'avantage sont autant coupables que ceux qui ont conclu l'accord antérieur ou précédent ou ont fait une promesse illicite envers un agent public étranger. Cette chaîne d'éléments que peuvent impliquer un acte corrompu est pertinente du point de vue de l'application par les Etats parties

La convention de l'OCDE vise - comme les autres textes - le rapport « *quid pro quo* »⁴⁷⁵ : d'une part il y a l'offre, la promesse ou l'octroi d'un avantage indu pécuniaire ou autre à *l'agent public étranger*, et d'autre part, cet acte doit être donné en échange d'une action gouvernementale illicite⁴⁷⁶. I. Zerbes pose la question des paiements acceptés par un agent public étranger pour livrer une décision favorable, le paiement n'ayant pas été évoqué en amont de la décision⁴⁷⁷. Dans une telle situation il est impossible de savoir concrètement si l'agent a agi en étant influencé par le paiement ou d'autres avantages⁴⁷⁸.

Le commentaire officiel 3 dispose que l'article 1 « *fixe une norme que doivent respecter les Parties, mais il ne les oblige pas à reprendre son libellé exact pour définir l'infraction en droit interne. Une Partie peut procéder de différentes manières pour s'acquitter de ses obligations, dès lors que, pour qu'une personne soit convaincue de l'infraction, il n'y a pas à apporter la preuve d'éléments autres que ceux dont la preuve devrait être apportée si l'infraction était définie comme dans ce paragraphe* ». Il est question ici du principe « d'équivalence fonctionnelle ». Une loi qui incrimine la corruption des agents de façon globale mais ne se réfère pas spécifiquement à la corruption de l'agent public étranger et une loi qui incrimine spécifiquement la corruption de l'agent public étranger peuvent tous les deux être conformes à la convention OCDE. De la même façon « *une loi qui définirait l'infraction en visant les paiements « en vue d'inciter à la violation d'une obligation de l'agent public » pourrait être conforme à la norme, à condition qu'il soit entendu que tout agent public a le devoir d'exercer son jugement ou sa marge d'appréciation de façon impartiale et qu'il s'agisse donc d'une définition «*

d'une loi de transposition. Les actes de corruption d'un agent public étranger sont punissables selon de telle législation dans le sens où ils ont été réalisés après son entrée en vigueur ; cela concernerait un accord relatif à un avantage illicite qui a eu lieu avant l'entrée en vigueur mais qui a été conclu après ce moment. Cela impliquerait deux périodes distinctes de prescription.

⁴⁷⁵ M. LEVI, *op.cit.*, p. 43.

⁴⁷⁶ R. C. BAKER, *op.cit.*, p. 660.

⁴⁷⁷ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 111.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 111; voir *ibid.* : La convention laisse ouvert à l'interprétation des Etats parties de trancher sur ces paiements. I. Zerbes émet les doutes sur la probité de ce genre de paiement car il existe une possibilité que l'agent ait agit dans l'attente d'une récompense ultérieure.

autonome » n'exigeant pas la preuve du droit du pays particulier de l'agent public » »⁴⁷⁹.

Selon au moins un commentateur juridique, le principe de l'équivalence fonctionnelle empêche une uniformisation totale des législations nationales même s'il rendu possible une relative harmonisation. Néanmoins – et comme on le verra au sein du chapitre 7 – le contrôle et surveillance de la mise en œuvre des dispositions conventionnelles par les législations nationales « *ont indéniablement constitué un puissant facteur de mise en œuvre* »⁴⁸⁰.

5 - La convention pénale du Conseil de l'Europe : « *le fait de proposer, d'offrir ou de donner, tout avantage indu* »

Les définitions de l'article 2 et l'article 3 de la convention pénale du Conseil de l'Europe s'inspire des définitions nationales et internationales antérieures et à ce niveau le rapport explicatif cite le premier protocole à la convention de l'Union européenne sur la protection des intérêts financiers⁴⁸¹. D. Flore remarque cependant, que sur certains points, la définition de la convention du Conseil de l'Europe se rapproche plus à celle de la convention de l'OCDE⁴⁸² qu'à celle de l'Union européenne. En premier lieu, alors que l'Union européenne prévoit pour l'incrimination « des avantages de quelque nature que ce soit », le Conseil de l'Europe, lui, exige qu'il y ait un « avantage indu ». Le rapport explicatif⁴⁸³ relève l'importance de savoir ce qui constitue un avantage « indu » car cela a nécessairement une importance fondamentale pour l'incorporation de la convention dans le droit interne. Pour le rapport⁴⁸⁴, le terme « indu » doit être interprété, aux fins de la convention, comme désignant quelque chose que le bénéficiaire n'est pas légalement habilité à accepter ou recevoir. Ce qui importe, c'est que le corrupteur (ou un tiers, par exemple un parent) voit sa position s'améliorer par rapport à celle qu'il connaissait avant l'infraction, et ce qui importe également, c'est qu'il s'agisse d'une amélioration qui ne lui

⁴⁷⁹ OCDE Commentaire 3.

⁴⁸⁰ P. NASTOU, *op.cit.*, p. 35.

⁴⁸¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, §32.

⁴⁸² D. FLORE, *op.cit.*, p. 66.

⁴⁸³ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 38.

⁴⁸⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 38.

était pas due.⁴⁸⁵ Il faut noter néanmoins que la convention du Conseil de l'Europe « *vise à exclure les avantages qui sont admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables* »⁴⁸⁶. Deuxièmement, la convention pénale du Conseil de l'Europe « *ne fait pas de distinction selon que l'agent public étranger outrepasse ou non ses fonctions, qu'il viole ou non ses devoirs* »⁴⁸⁷. D'après le rapport explicatif, « *si un agent reçoit un avantage pour agir conformément aux devoirs de sa fonction, il y aurait déjà là matière à infraction pénale* »⁴⁸⁸. Le rapport explique ce choix : « *l'élément décisif de l'infraction n'est pas le point de savoir si l'agent avait ou non le pouvoir d'agir conformément au souhait du corrupteur, mais le point de savoir si on lui a effectivement offert, donné ou promis une commission occulte pour obtenir quelque chose de lui* »⁴⁸⁹.

6 - La CNUCC : « *de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage indu* »

L'article 16 (1) de la CNUCC vise le « *fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public étranger ou à un fonctionnaire d'une organisation internationale publique, directement ou indirectement, un avantage indu* ». Ce texte vise alors les avantages au-delà d'un simple paiement d'argent. Nous pourrions imaginer un avantage non pécuniaire tel que des vacances de luxes pour un tiers. Si ce tiers est un ami ou une connaissance proche de l'agent public étranger, ce genre d'avantage pourrait, selon les circonstances, rentrer dans le champ d'application de l'article, à condition que cela soit fait intentionnellement⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 37.

⁴⁸⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 38.

⁴⁸⁷ D. FLORE, *op.cit.*, p. 65 ; voir également *ibid.*, « la convention ne fait pas de différence entre ce que le droit belge appelle « l'acte juste » et « l'acte injuste » ».

⁴⁸⁸ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> §39.

⁴⁸⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 34 ; voir en ce sens : D. FLORE, *op.cit.*, p. 65.

⁴⁹⁰ CARR [I], « Fighting corruption through the United Nations convention on Corruption 2003: a global solution to a global problem ? », *International Trade Law & Regulation*, 2005, p. 4.

C - L'élément moral : le dol

L'auteur de la corruption active souhaite réaliser un objectif. L'envie d'atteindre son objectif doit supposer une volonté et une conscience de ses actes. L'addition de l'élément matériel et l'élément moral, ainsi démontré seraient la violation de la loi pénale⁴⁹¹. Les éléments à prendre ici en considération sont un fait intentionnel en vu d'un objectif immédiat et pour certains textes, un objectif final. Il y a trois éléments à prendre en considération : un fait intentionnel (1), un objectif immédiat (2) et pour certains textes, un objectif final (3). L'auteur de l'infraction donne, promet ou offre un avantage indu puisqu'on attend du fonctionnaire qu'il agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exercice de ses fonctions et, selon certains textes, dans le cadre de l'obtention ou renouvellement d'un marché dans le commerce international.

1 - Le fait intentionnel

Le FCPA exige tout d'abord une intention spécifique de l'auteur de l'infraction. Les faits doivent être commis « *corruptly* », c'est-à-dire « *de manière malhonnête* ». En ce sens, le terme « *de manière malhonnête* » est un élément essentiel de l'intentionnel spécifique à l'infraction⁴⁹². « *Corruptly* » est une notion classique du droit anglo-saxon, que l'on rencontre en droit américain et en droit anglais⁴⁹³. Il faut noter que cette notion connaît des nuances importantes dans différentes cultures. En ce sens, le *Congress* américain a souhaité que ce critère s'accorde avec le sens donné par la législation

⁴⁹¹ On rappelle que l'application du droit pénal prend en considération un élément matériel (le fait ou l'acte extérieur) et un élément moral (l'intention ou dol criminel).

⁴⁹² C. J. DUNCAN, *op.cit.*, pp. 31 – 32.

⁴⁹³ Il convient d'observer que cette notion a donné lieu en Angleterre à de nombreux commentaires critiques, en raison de son caractère archaïque et tautologique (*corruption is acting corruptly*). Dans l'arrêt R v Welburn and others (1979) 69 Cr App R 254 CA, la cour d'appel avait considéré que « *corruptly* » est un simple adverbe anglais » et qu'elle n'allait pas l'expliquer, « *sauf pour dire que cela ne signifie pas malhonnêtement. C'est un mot différent. Il signifie le fait de faire intentionnellement un acte que la loi interdit comme tendant à corrompre* ». ; l'interprétation de la notion de « *corruptly* » a donner lieu à maintes débats juridiques aux Etats-Unis, il existe en sens un moyen de défense désigné comme la « Lewis Carroll defense » en référence à une citation de cet auteur : « *Moi, quand j'utilise un mot dit Humpty Dumpty sur un ton assez méprisant, il signifie exactement ce que j'ai décidé qu'il doit signifier, ni plus ni moins.* » « *La question est de savoir dit Alice, si vous avez le droit de donner tant de significations différentes aux mots.* » voir en ce sens G. R. BLKEY, B. J. MURRAY, « Threats, Free Speech, and the Jurisprudence of the Federal Criminal Law », *BYUL Revoir* 2002, p. 1076.

américaine relative à la corruption nationale aux Etats-Unis⁴⁹⁴. Cependant, on constate ici un manque de clarté du FCPA car il ne définit pas la notion « *de manière malhonnête* ».

Le rapport du Sénat américain sur le FCPA « *renvoie à une motivation ou un objectif mauvais, une intention d'influencer indûment la personne visée* »⁴⁹⁵. Derrière l'offre, le paiement, la promesse ou le don, il doit avoir l'intention d'induire celui qui le reçoit, de se servir de ses fonctions pour attribuer indûment un marché à celui qui paie ou son client, ou d'obtenir une législation ou régulation de faveur ou préférentielle⁴⁹⁶. En ce sens, il doit être établi que la personne visée avait connaissance de son comportement et savait que ces agissements étaient illicites⁴⁹⁷. Comme il a été expliqué dans *United States v. Liebo*⁴⁹⁸, « *un acte est « entaché de corruption » s'il est commis de façon volontaire et délibérée et dans l'intention délictuelle de réaliser soit une fin ou un résultat illicite, soit une fin ou un résultat licite par une méthode ou un moyen illicite quel qu'il soit. L'expression « entaché de corruption» comporte l'idée que l'offre, le paiement ou la promesse avait pour objet d'amener le bénéficiaire à prévariquer* »⁴⁹⁹. Il est question donc, de ce que le droit américain appelle le rapport « *quid pro quo* » : il doit être entendu que le paiement illicite doit être donné en échange d'une action gouvernementale illicite, bien que la réalisation de l'action souhaitée n'est pas requise⁵⁰⁰. Une intention qui n'est pas entachée de corruption ne contrevient donc pas à la loi.

L'IACAC semble rester silencieux sur la notion de connaissance de l'acte corrompu. Il faut également souligner que dans le cadre de la corruption indirecte, l'IACAC n'explique pas quel sens à donner à cet élément. Par ce silence, l'article 6 de l'IACAC semble renvoyer le critère intentionnel au droit pénal de chaque État signataire

⁴⁹⁴ C. J. DUNCAN, *op.cit.*, pp. 31 – 32.

⁴⁹⁵ Senate Report, n° 95-114, U.S.S.C.A.N., 1977, p. 4108

⁴⁹⁶ R. C. BAKER, *op.cit.*, pp. 660 – 661.

⁴⁹⁷ Voir également : *United States v. Kay*, 513 F.3d 432, 446 (5th Cir. 2007).

⁴⁹⁸ 923 F.2d 1308, 1312 (8th Cir. 1991). Voir *Bryan v. United States*, 118 S. CT. 1939, 1945 (1998) (approbation d'une définition analogue du mot « intentionnel »).

⁴⁹⁹ Voir M. LEVI, *op.cit.*, p. 43.

⁵⁰⁰ R. C. BAKER, *op.cit.*, pp. 660 – 661.

de la convention⁵⁰¹.

Quant aux textes de l'Union européenne, selon le premier protocole et la convention, la corruption passive et la corruption active sont des infractions intentionnelles. En ce sens, l'acte constitutif de la corruption doit « *procéder d'une volonté délibérée de faire accomplir des actes contraires aux devoirs attachés au service public* »⁵⁰² dans le cas de la corruption active, et de celle d'accomplir de tels actes, dans le cas de la corruption passive⁵⁰³.

La convention de l'OCDE utilise la notion de « *fait intentionnel* ». Les obligations contraignantes de la convention ne visent que les infractions commises intentionnellement. Cependant, cette formule n'est peu ou pas du tout développée par la convention. Les systèmes juridiques nationaux doivent tâcher de définir les éléments de ce « *fait intentionnel* »⁵⁰⁴. Cette disposition a un champ d'application plus vaste que la FCPA. En général, il est relativement facile d'établir l'élément intentionnel dès lors que la personne visée a organisé elle-même le paiement illicite⁵⁰⁵. D'autres cas sont beaucoup plus difficile à évaluer, surtout lorsqu'il s'agit d'actes réalisés par les employés, agents ou filiales.

L'article 2 de la convention pénale du Conseil de l'Europe utilise l'expression « intentionnellement » dans le cadre de la corruption active. En ce sens, cela « *exclut donc*

⁵⁰¹ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 78.

⁵⁰² Rapport explicatif du protocole, op.cit, p. 8, point 3.1. ; Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, op.cit, p. 5, point 3.1.

⁵⁰³ D. FLORE, *op.cit.*, p. 21.

⁵⁰⁴ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 157 ; voir en ce sens, *ibid.* : I. Zerbes soulignent que dans de nombreux systèmes juridiques, l'intention peut comprendre deux éléments : d'une part un certain degré de volonté ou un choix conscient, ou au moins un degré d'acceptation ; d'autre part un certain degré de connaissance ou une supposition certaine de l'existence des éléments différents de l'infraction, qui va au-delà d'un manque d'attention. En ce sens, si la personne concernée a été consciente des éléments de l'infraction le degré de volonté est assumée : elle ne peut pas alors, de manière convaincante, dire qu'elle n'avait pas l'intention d'agir de cette façon.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 158 ; voir en ce sens, *ibid.*, les Etats parties doivent répondre à ce que I. Zerbes appelle une problématique dogmatique : savoir si la personne visée doit être consciente de tous les facteurs ou éléments de l'infraction. En principe, si l'accusé n'était pas conscient de tous les éléments, on ne pourrait pas dire que l'acte a été pleinement voulu par lui lorsqu'il a fait sa promesse ou offre. La convention de l'OCDE ne dicte pas d'approche particulière à cet égard.

que la corruption puisse être commise par imprudence ou par négligence »⁵⁰⁶.

La CNUCC, aborde cet élément de l'acte de corruption de l'agent public étranger de la même façon que comme la convention de l'OCDE. La convention de l'OCDE qualifie la corruption active d'agents publics étrangers de « *fait intentionnel* ». La CNUCC, qui incrimine la corruption de l'agent public étranger à l'article 16, utilise la notion des actes qui ont été commis « *intentionnellement* ».

2 - L'objectif immédiat de la corruption active: le dol général

L'objectif immédiat de la corruption « *d'agent public étranger* » concerne dans chaque cas une influence sur son comportement.

Pour le FCPA, cela comprend quatre possibilités ou objectifs immédiats. Le FCPA a d'abord envisagé trois catégories d'influence ou d'incitation. Ensuite, et depuis les modifications de 1998, le fait de ménager un avantage indu fait aussi parti des infractions visées⁵⁰⁷. Les quatre catégories sont les suivantes : influencer tout acte ou décision d'un agent public étranger dans l'exercice de ses fonctions ; inciter un agent public étranger à commettre ou à omettre tout acte en violation des devoirs légitimes de tel officiel ; s'assurer tout avantage malhonnête ; ou persuader un agent public étranger d'employer son influence auprès d'un gouvernement étranger ou d'une autorité de celui-ci pour influer sur ou influencer tout acte ou toute décision de tel gouvernement ou telle autorité⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 77.

⁵⁰⁷ §§ 78dd-1(a)(1)(A), 2(a)(1) ; en ce sens : cette partie de l'infraction comprenait trois volets avant la modification de la loi en 1998. Depuis 1998, il contient le langage « *any improper advantage* » « tout avantage indu ». Les Etats-Unis ont fait le choix d'inclure cet élément dans la partie « *quid pro quo* » et non dans la partie concernant l'obtention ou la conservation d'un marché à l'étranger ; voir en ce sens : L. LOW, « The OECD convention: A US Perspective on Combating Bribery in International Business », in M. PIETH *et. al.*, *The OECD convention on Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 516 ; voir aussi US-Ph1, 22 ; voir également, L. A. LOW, T. P. TRENKLE, « U.S. Antibribery Law Goes Global », *Bus. L. Today*, July-Aug. 1999, p. 13 : ce choix a été motivé par une volonté de ne pas réduire le champ d'application du « *business element* » du FCPA. En insérant cette clause au sein de la provision « *quid pro quo* », le champ d'application a certainement été élargi, car les critères deviennent moins exigeants.

⁵⁰⁸ § 78dd-1 (a) (1) « *issuers* »; § 78dd-2 (a) (1) « *domestic concerns* »; § 78dd-3 (a) (1) « *any person* ».

Comme le FCPA, l'IACAC prévoit que les paiements doivent être fait « *en échange de la réalisation par ce fonctionnaire de tout acte ou omission dans l'exercice de ses fonctions* »⁵⁰⁹. En pratique, ce genre de paiement - *en liaison avec une transaction économique ou commerciale*⁵¹⁰- va toujours être faite afin d'obtenir ou de conserver un marché à le diriger vers un tiers.

S'agissant de l'Union européenne, il faut préciser le sens à donner à la notion suivante : « *accomplir ou ne pas accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction* ».

Pour les rapports explicatifs de la convention de l'UE l'«acte de la fonction» est comme tout acte du fonctionnaire « *relevant des compétences qu'il détient en vertu d'une loi ou d'un règlement (devoir de la fonction)* »⁵¹¹. La différence que font les textes entre l'acte de la fonction et l'acte dans l'exercice de la fonction n'est pas précisée. D. Flore en déduit, du fait que les auteurs des textes ont choisi de mentionner les deux hypothèses de façon expresse, que la seconde a un champ plus large que la première et couvre également des actes qui, sans être étrangers à la fonction, sortent néanmoins des compétences du fonctionnaire⁵¹². Il faut préciser que dans le cas du premier protocole, la question n'est pas seulement de savoir s'il s'agit d'un acte de la fonction ou dans l'exercice de la fonction. Ce qui importe est de savoir si l'acte porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes⁵¹³.

La notion de la contrariété « *aux devoirs officiels* », est certainement plus difficile à

⁵⁰⁹ Article 8.

⁵¹⁰ Article 8.

⁵¹¹ *Rapport explicatif du protocole*, op.cit., p. 7, point 2.6. ; *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, op.cit., p. 4, point 2.6.

⁵¹² D. FLORE, op.cit., p. 23.

⁵¹³ Voir en ce sens *ibid.*, p. 23 : Pour D. Flore, il serait à se demander si ce que prévoit l'Union européenne dans son protocole ne se limite pas à faire de la corruption une tentative non encore aboutie de fraude communautaire au lieu de viser la corruption comme tentative ratée de fraude communautaire. En effet, lorsqu'il est question d'un acte corrompu qui n'a pas eu l'effet recherché sur les intérêts financiers des Communautés, dans le cas du premier protocole, on peut dire qu'il n'est plus susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés et ne rentre pas dans le champ d'application du texte.

éclaircir que la notion d'« *acte de la fonction* ». Pour les rapports explicatifs, les devoirs de la fonction sont les compétences mêmes que le fonctionnaire détient de la loi ou du règlement. Est-ce que ce qui est contraire aux compétences ce qui est contraire aux devoirs officiels ? Les rapports explicatifs assimilent la contrariété aux devoirs officiels à la violation par le fonctionnaire de ses obligations, quelles seraient ces obligations⁵¹⁴?

Ces instruments ne contiennent pas d'obligation d'incrimination de la tentative de corruption active ou passive. Les rapports explicatifs justifient cette absence par le fait qu'une telle incrimination n'était plus nécessaire, dans la mesure où le comportement consistant à faire des promesses, est en lui-même constitutif de l'infraction de corruption active ou passive, que ces promesses soient ou non effectivement tenues ou accomplies⁵¹⁵.

L'objectif immédiat de la corruption selon la convention de l'OCDE est le fait d'induire l'agent public à agir ou s'abstenir d'agir dans l'exécution de fonctions officielles⁵¹⁶. Du point de vue de celui qui offre, promet ou octroie, l'agent public étranger lui doit un retour (le *quid pro quo*). L'agent public étranger doit agir ou s'abstenir d'agir dans l'exécution de fonctions officielles. Par la notion de « *fonctions officielles* » au sens de la convention OCDE, on entend non seulement les actes qui rentrent *stricto sensu* dans le cadre de ces dernières, mais cela pourraient comprendre d'autres actes ayant un rapport moins rigide avec ces fonctions⁵¹⁷. Les Etats parties ont toujours la possibilité d'étendre le champ d'application de leur législation interne pour couvrir d'autres actes. Que l'agent prenne ou non la décision attendue n'a pas d'importance⁵¹⁸. L'infraction existe lorsque le corrupteur a réalisé son intention.

L'article 2 de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe dispose que l'avantage indu est versé par le corrupteur « *afin qu'il (le corrompu) accomplisse ou*

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 24, cet auteur analyse cette question en détail à la lumière du droit belge.

⁵¹⁵ Rapport explicatif du protocole, *op.cit.*, p. 10, point 5.1., alinéa 3; Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, *op.cit.*, p. 7, point 5.1., alinéa 3.

⁵¹⁶ Article 1(1), voir également H. LOWELL BROWN, « The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery », *op.cit.*, p. 498.

⁵¹⁷ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 136.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 137.

s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions. » Le corrupteur attend donc du fonctionnaire corrompu qu'il agisse dans un sens déterminé. L'intention doit être liée à un résultat ultérieur, à savoir un acte que l'agent public doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir, en fonction de l'intention du corrupteur. Par exemple, accorder un permis de construire est un acte positif, et ne pas l'accorder devient alors une omission ou une abstention⁵¹⁹.

La CNUCC reprend de manière quasi identique à la convention pénale sur la corruption cet élément de l'infraction pour la corruption de l'agent public national⁵²⁰.

3 - Les infractions ayant pour objectif final un aspect commercial : le dol spécial

Le FCPA vise les opérations dont l'objet final est l'obtention ou la conservation d'un marché à l'étranger. L'IACAC dispose que l'opération doit être liée à une transaction « *économique ou commerciale* ». Cette formule est très large⁵²¹. Les conventions de l'OCDE et la CNUCC disposent que l'objectif de l'opération est « *en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international*. » La convention de l'Union européenne et la convention pénale du Conseil de l'Europe n'exigent pas un tel contexte commercial pour constater l'existence d'un acte de corruption transnationale.

L'objectif final des opérations visées par le FCPA est l'obtention ou la conservation d'un marché à l'étranger. Les juristes américains utilisent un critère pour déterminer cet aspect commercial, appelé le « *business purpose test* » ou la « *commerce clause* ». La notion d'un marché à l'étranger n'est pas limitée aux marchés publics avec un gouvernement étranger ou un organe d'un tel gouvernement, mais vise toute forme de contrat⁵²². Le FCPA limite son champ d'application aux paiements et d'autres avantages « *aux fins d'aider*⁵²³ [...] à obtenir ou à conserver un marché pour ou avec toute personne

⁵¹⁹ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 78.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 80.

⁵²¹ MAKINWA [A], « The rules regulating transnational bribery: achieving a common standard? », *International Business Law Journal*, 2007, p. 31.

⁵²² D. FLORE, *op.cit.*, p. 47.

⁵²³ Le mot « *assist* » doit être interprété de façon large, voir en ce sens : S. H. DEMMING, *op.cit.*, p. 14.

ou à diriger le marché vers toute personne»⁵²⁴. La modification du « *business purpose test* » a été débattue en 1998. La décision de ne pas modifier le « *business purpose test* » en 1998 a failli remettre en cause le respect par le FCPA de la convention de l'OCDE. Certains avantages ne sont pas directement liés à l'obtention ou la conservation d'un marché mais peuvent faciliter les opérations de commerce⁵²⁵. Une question relative à l'impôt a provoqué l'interprétation du « *business purpose test* » par les tribunaux américains⁵²⁶. En effet, réduire ou une annuler l'impôt n'a pas, *a priori*, de lien direct avec l'obtention ou la conservation d'un marché. Cependant, la formule étroite du FCPA a été étendue par la jurisprudence pour assimiler au sein du « *business purpose test* » certains avantages qui mènent indirectement à l'obtention ou la conservation d'un marché⁵²⁷.

Si l'article 8 de l'IACAC n'a pas de « *business purpose test* » comme c'est le cas du FCPA, il exige néanmoins que le paiement soit fait « *en liaison avec une transaction économique ou commerciale.* » En pratique, ce genre de paiement - *en liaison avec une*

⁵²⁴ 15 U.S.C. § 78dd-1 (a) FCPA 1977.

⁵²⁵ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 154.

⁵²⁶ Selon I. Zerbes (I. ZERBES, *op.cit.*, p. 155), cette question n'avait pas été traitée auparavant par les tribunaux car certaines affaires avaient fait l'objet d'un *settlement out of court*.

⁵²⁷ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 155 ; voir en ce sens : U.S. v. Kay, 200 F. Supp. 681 (S.D. Tex. 2002). L'affaire principale concerne les pots-de-vin payés à des agents de la douane et des impôts à Haïti afin d'obtenir une réduction sur les droits et impôts d'importation. Dans l'affaire *U.S. v. Kay* un district court à Houston, Etats-Unis, a considéré que ce « *business purpose test* » ne concerne pas les paiements aux agents douaniers et a donc interprété l'article de façon étroite. Cependant la Cour d'appel a donné un avis contraire en exprimant que ce genre d'avantage pourrait assister à l'obtention ou à la conservation d'un marché et a ainsi adopté une interprétation large ; voir également, L. LOW, « The OECD convention : A US Perspective on Combating Bribery in International Business », *op.cit.*, p. 517 ; SEC v. Mattson, Civil Action 01-CVH-01-3106 (S.D. Tex. 2001), dans l'affaire *Mattson v. Harris*, un autre juge dans le même district de Houston a considéré que cet élément ne concerne pas les paiements aux perceuteurs d'impôts. En appel, le *Fifth Circuit* a rejeté cet avis étroit en considérant que de tels paiements pourraient satisfaire les exigences du « *business purpose test* » s'il existait un *nexus* entre le paiement et l'obtention ou la conservation d'un marché à l'étranger. Dans son avis, la Cour d'appel du *Fifth Circuit* a cité les commentaires officiels de la convention de l'OCDE. Il est néanmoins possible que la Cour ait interprété le « *business purpose test* » de la même façon même en l'absence du langage de la convention de l'OCDE relative à l'avantage indu. Il est cependant très clair que, dans l'avis de la Cour, la convention de l'OCDE a été un facteur important dans la décision de la Cour.⁵²⁷ I. Zerbes souligne néanmoins les doutes qui subsistent quant à l'interprétation de cet article. Surtout dans la présence d'un avantage autre qu'une réduction d'impôt, par exemple dans le cadre de l'inspection des travaux de bâtiment ; U.S. v. Kay, 359 F. 3d 738 (5th Cir. Feb. 4, 2004).

*transaction économique ou commerciale*⁵²⁸- va toujours être faite afin d'obtenir ou de conserver un marché à le diriger vers un tiers. En ce sens, suivant la loi de transposition par les Etats parties, la différence de libellé n'aurait pas de signification pratique, mais le champ d'application de l'IACAC pourrait s'étendre à une catégorie de transactions plus large⁵²⁹.

L'article 1 de la convention de l'OCDE restreint son champ d'application à l'obtention ou la conservation d'un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international. Selon le commentaire 4 de la convention de l'OCDE, « *au sens du paragraphe 1, le fait de corrompre pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu constitue une infraction, même si l'entreprise a par ailleurs fait l'offre la mieux disante ou si elle aurait pu se voir attribuer légitimement le marché pour une quelconque autre raison* ». Ainsi, l'obtention ou la conservation d'un marché dans le commerce international seraient toujours considérés comme un « *avantage indu* ». Chaque enchérisseur dans un marché devrait alors être incriminé dans un cas de corruption, même si ce dernier aurait obtenu un marché sans se servir des méthodes illicites⁵³⁰. Pour ce qui est d'un « *autre avantage indu* », cette notion est définie par le commentaire officiel 5 : « *un avantage qu'une entreprise n'aurait pas clairement dû recevoir, par exemple l'autorisation d'exercer une activité pour une usine ne remplissant pas les conditions réglementaires* ». Un exemple de ce genre d'avantage se trouve dans l'affaire *InVision*⁵³¹. Cette affaire concerne les pénalités contractuelles pour les retards de livraison. Selon la SEC, corrompre un agent public étranger dans l'optique de voir supprimer ces pénalités pourrait être considérée comme un avantage indu au sens de l'article 1 de la convention.

LA CNUCC comprends également un dol spécial de la même manière que la convention de l'OCDE, car l'objectif ultime de l'acte corrompu est « *en vue d'obtenir ou*

⁵²⁸ Article 8.

⁵²⁹ L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 269.

⁵³⁰ I. ZERBES, *op.cit.*, p 150 ; en ce sens, *ibid.* : ce n'est pas le montant de l'avantage ni l'avantage économique pour l'Etat concerné qui nous importent. Selon I. Zerbes, il est très important de souligner qu'il serait toujours question d'un acte corrompu, selon la convention, dans l'hypothèse où l'agent public étranger est payé pour l'obtention ou la conservation d'un marché, sans égard aux bénéfices économiques que cela pourrait procurer à l'Etat étranger en question.

⁵³¹ SEC Securities Exchange Act of 1934 Release No. 51199, Accounting and Auditing Enforcement Release No. 2186, *In Vision Settlement*, February 14, 2005.

de conserver un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international »⁵³².

§ 3 - L'infraction de la corruption indirecte

La corruption internationale se réalise souvent à travers un tiers, un intermédiaire : c'est la corruption indirecte. En ce sens, le but pour un responsable d'une entreprise est d'éviter des poursuites pénales car il n'apparaîtrait pas explicitement dans l'acte corrompu. Si la corruption est découverte, l'intermédiaire sera sans doute poursuivi, voire condamné comme complice⁵³³.

Dans le sillage du FCPA, chaque convention anti-corruption vise la corruption indirecte. La convention de l'Union européenne utilise, par exemple, la notion d'*«interposition de tiers »*⁵³⁴(C). LA CNUCC utilise l'adverbe «*indirectement* » (F)⁵³⁵. Le FCPA précise les critères de connaissance nécessaires pour constituer l'infraction de corruption indirecte (A). L'article 11 de l'IACAC concerne l'infraction de la corruption indirecte (B) et semble viser non seulement l'auteur principal de l'acte corrompu mais également l'intermédiaire. La convention de l'OCDE dispose que l'on ne peut éviter une responsabilité en cas de corruption des agents publics étrangers en déléguant l'acte corrompu à autrui (D). Le rapport explicatif de la convention pénale du Conseil de Europe précise que la transaction peut impliquer un ou plusieurs intermédiaires. Ainsi, l'article 12 de cette convention prévoit l'infraction de la corruption indirecte (E).

A - FCPA : « quiconque, tout en sachant »

Le FPCA incrimine la corruption indirecte. En effet, le FCPA, tel que modifié en 1998, interdit l'utilisation d'intermédiaires aux fins de versement de commissions illicites. La notion d'intermédiaires peut comprendre par exemple les agents ou les partenaires de

⁵³² Article 16 (1).

⁵³³ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 74.

⁵³⁴ Articles 2 et 3 de la convention.

⁵³⁵ Par exemple l'article 16 (1) de la CNUCC.

« *joint venture* ». Les tribunaux américains ont basé la responsabilité de la société mère des actes des filiales sur les principes d'*agency*⁵³⁶. La responsabilité de la société mère pour les actes d'une filiale se mesure à l'aune de son implication et son contrôle de ladite filiale⁵³⁷.

Les situations de poursuites engendrées par cette infraction peuvent être complexes. Par exemple, lorsqu'un intermédiaire (agent) agit d'une manière qui pourrait provoquer une incrimination de la société mère par le FCPA la question est aussi de savoir si l'intermédiaire (agent) a lui aussi commis une infraction. Ces deux questions doivent être analysées séparément, surtout pour les questions de compétence⁵³⁸. Il est possible que l'agent n'ait pas commis d'infraction sous le FCPA alors que l'entreprise aurait commis, par le biais de l'agent, une infraction sous la même loi. En réalité, cela est un scénario assez banal et le FCPA reconnaît explicitement cette analyse : une filiale à l'étranger fait quelque chose, agissant en tant qu'agent de la société mère, qui a pour cause la violation du FCPA par ladite société mère.

L'infraction de corruption indirecte a exigé une définition spécifique de l'élément de dol nécessaire pour l'incrimination de cette infraction. Cela est prévu d'une certaine façon par le texte. La législation⁵³⁹ fait référence à une personne agissant en connaissance

⁵³⁶ Voir en ce sens : United States v. Exxon Corp. & Exxon Shipping Co., No. A90-015-1CR, at 2-8 (D. Alaska Oct. 29, 1990) ; United States v. Johns-Manville, 231 F. Supp 690, 698 (E.D. Penn. 1963).

⁵³⁷ H. LOWELL BROWN, « Parent-Subsidiary Liability Under the Foreign Corrupt Practices Act », *50 Baylor L. Rev.* 1, 1997, p. 36 ; voir en ce sens Pacific Can Co. v. Hewes, 95 F.2d 42, 46 (9th Cir. 1938) : « *where one corporation is controlled by another, the former acts not for itself but as directed by the latter, the same as an agent, and the principal is liable for the acts of its agent within the scope of the agent's authority* ».

⁵³⁸ La corruption indirecte soulève les questions relatives à la compétence juridique : nous étudierons cette problématique au sein du chapitre 4.

⁵³⁹ L'histoire législative du FCPA démontre que la volonté des rédacteurs a été de supprimer la « *politique de l'autruche* » (« *head in the sand problem* ») en ce sens voir : H.R. Rep. No. 100-576, at 920 (1988), reprinted in 1988 U.S.C.C.A.N. 1949, 1953 ; un rapport dispose spécifiquement que « *knowledge* » comprend « *both prohibited actions that are taken with 'actual knowledge' of intended results as well as other actions that . . . evidence a conscious disregard or deliberate ignorance of known circumstances that should reasonably alert one to the high probability of violations of the Act* »⁵³⁹, H.R. Rep. No. 100-576, at 920 (1988) ; voir également : B. CRUTCHFIELD GEORGE, K. A. LACEY, J. BIRMELE, « On the threshold of the Adoption of Global Antibribery Legislation : A Critical Analysis of Current Domestic and International Efforts Toward the Reduction of Business Corruption », *op.cit.*, p. 8 ; M. MARIS, E. SINGER, « Foreign Corrupt Practices Act », *American Criminal Law Review*, Spring, 2006, pp. 585 – 587.

de ses actions : le FCPA vise une offre, un paiement, une promesse de payer ou une autorisation de paiement de tout argent ou offre, cadeau, promesse de donner ou autorisation de donner toute chose de valeur « *à quiconque, tout en sachant que l'argent, dans son entièreté ou en partie, ou la chose de valeur, dans son entièreté ou en partie, sera offert ou offerte, donné ou donnée, ou promis ou promise directement ou indirectement à tout officiel étranger, à tout parti étranger ou officiel de tel parti ou à tout candidat à un poste politique étranger* »⁵⁴⁰.

Cette connaissance peut être démontrée si « *une telle personne est consciente qu'elle se livre à une telle conduite, que de telles circonstances existent ou qu'il y a forte certitude qu'un tel résultat se produira* »⁵⁴¹. Cette connaissance peut aussi être démontré si « *une telle personne croit fortement que de telles circonstances existent ou qu'il y a forte certitude*⁵⁴² *qu'un tel résultat se produira* »⁵⁴³. On estimerait la personne aurait connaissance de l'acte si elle décide de faire abstraction des éléments de preuve démontrant l'usage de méthodes illicites par un intermédiaire⁵⁴⁴. En ce sens la notion de connaissance requise comprend l'idée de « *deliberate disregard* » ou même « *wilful*

⁵⁴⁰ § 78 dd- 1 (a) (3), § 78 dd – 2 (a) (3), § 78 dd – 3 (a) (3) ; voir M. MARIS, E. SINGER, *op.cit.*, p. 5 : le but de cet article est de viser les personnes qui ‘ne tirent pas la sonnette d’alarme’ en présence de signes ou indices d’infraction du FCPA.

⁵⁴¹ 15 U.S.C. §§ 78 dd-1 (f)(2) (A) (i), 78 dd- 2 (h) (2) (A) (i), 78 dd-3 (h) (2) (A) (i) 1977.

⁵⁴² C. F. CORR, J. LAWLER, « Damned if You Do, Damned if You Don’t? The OECD convention and the Globalization of Anti-Bribery Measures », 32 *Vand. J. Transnat'l L.*, pp. 1259 - 1260 ; voir par exemple § 78 dd 1 (f) (2) (B) ; pour l’interprétation de la notion de « *forte probabilité* » voir I. ZERBES, *op.cit.*, p. 123 : cette réflexion a été suivie par la SEC lors de l’affaire Baker Hughes Incorporated (BH) à qui la SEC a accusé de faire des paiements illicites en Inde et au Brésil sans prendre la peine de vérifier la légitimité de ces paiements. Dans ces affaires, il n’a pas été prouvé que l’argent de l’acte corrompu a été transféré, mais « *concern* » aurait du éliminé cette possibilité, comme prévu par le volet comptabilité du FCPA; voir en ce sens : SEC Securities Exchange Act of 1934 Release No. 51199, Accounting and Auditing Enforcement Release No. 2186, InVision Settlement, February 14, 2005 : Une autre affaire de corruption indirecte se trouve dans l’affaire *InVision*. Dans ce cas, la SEC a conclu que InVision était « *aware of a high probability* » que ces responsables de vente à l’étranger ou distributeurs payaient ou offraient de payer « *something of value* » aux agents publics afin d’obtenir ou retenir des transactions pour InVision ; malgré cela, InVision a autorisé les paiements illicites aux agents ou distributeurs, ou leur a permis de procéder aux transactions sur la part d’InVision, en violation du FCPA ; voir également : I. ZERBES, *op.cit.*, p. 124.

⁵⁴³ 15 U.S.C. §§ 78 dd-1 (f)(2) (A) (ii), 78 dd- 2 (h) (2) (A) (ii), 78 dd-3 (f) (2) (A) (ii) 1977.

⁵⁴⁴ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 161.

blindness »⁵⁴⁵. Selon le FCPA lorsque la connaissance de l'existence d'une circonstance spécifique est requise pour un délit, une telle connaissance est établie si une personne est consciente de la forte probabilité de l'existence d'une telle circonstance à moins que la personne croie en fait que telle circonstance n'existe pas⁵⁴⁶.

Comment alors l'entreprise peut-elle alors s'informer quant à un éventuel acte corrompu de la part de l'agent pour réagir avec des contre mesures ? Sur la base de l'expérience des entreprises multinationales, certains critères ont été élaborés afin d'évoquer l'existence de certains « *red flags* » ou « *drapeaux rouges* » qui devraient avertir l'entreprise en cas de comportements douteux⁵⁴⁷. Ce raisonnement a été adopté par la Cour de cassation dans l'affaire du port de Bonifacio. En l'occurrence, la tentative d'essayer de démontrer un manque de connaissance relatif au paiement d'un intermédiaire de 10000 euros aux membres de l'administration corse n'a pas suffi à éviter la responsabilité de l'entreprise⁵⁴⁸.

Peuvent être des intermédiaires, les partis politiques ou des candidats à une fonction politique. Les partis et les candidats ne sont pas considérés comme des agents publics

⁵⁴⁵ On pourrait traduire ces notions par l'idée d'un « *aveuglement volontaire* » relatif à un comportement corrompu.

⁵⁴⁶ 15 U.S.C. §§ 78 dd-1 (f)(3) (B), 78 dd- 2 (h) (3) (B) , 78 dd-3 (f) (3) (B) 1977.

⁵⁴⁷ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 125 ; voir en ce sens, *ibid.* : pourraient être cités comme des exemples de drapeaux rouges : la société qui, agissant comme intermédiaire, n'a pas de siège dans le pays dans lequel il fournit un service et ne réalise pas d'autres transaction commerciales dans ce pays ; la société qui agit comme agent demande paiement de sa commission avant de conclure le contrat en question ; un manque de transparence comptable ; une commission disproportionnée ; la société de l'agent demande paiement par le biais d'un tiers. Ces drapeaux rouges sont des indices de corruption sans prouver son existence, et cela est bien connu des entreprises multinationales. Avec la présence des ces drapeaux rouges dans la relation entre l'agent et l'entreprise cherchant à obtenir le marché, il est possible de présumer l'intention de l'entreprise de procéder à un acte de corruption à travers l'agent.

⁵⁴⁸ Cass. Crim., 8 janvier 1998 ; voir également : I. ZERBES, *op.cit.*, p. 127 ; l'affaire *Statoil* s'agit aussi d'un acte de corruption par une société agissant en tant qu'intermédiaire. L'affaire *Ares-Lesotho* fournit un autre exemple d'un cas de corruption de l'agent public étranger par le biais d'un intermédiaire. L'affaire Titan Corporation est, du point de vue de l'accusé, l'affaire la plus coûteuse de l'histoire du FCPA. Afin d'aider ses intérêts commerciaux au Bénin, Titan a décidé d'employer un intermédiaire qui était proche du Président du pays. En l'espace de trois ans, plus que 5 millions de dollars ont été versé, par le biais de l'intermédiaire, dans les poches des agents publics haut responsables au Bénin. En particulier, l'intermédiaire a soutenu la campagne électorale du Président. Sur une amende de \$28, 5 millions a été fixée à l'encontre de Titan dans le cadre du *Plea agreement*.

étrangers mais peuvent influencer les agents publics étrangers. Il n'est pas surprenant alors que des contributions à un parti politique sont en fait des pots-de-vin dont la cible est les agents publics⁵⁴⁹.

L'affaire *United States c. Liebo*⁵⁵⁰ démontre l'approche des tribunaux américains en matière de corruption indirecte. Le défendeur, le Vice-président d'une société américaine cherchant à faire approuver un contrat de maintenance par le gouvernement nigérien, a donné des billets d'avion au Premier Consul de l'Ambassade du Niger à Washington D.C. pour qu'il les utilise lors de son voyage de noces. Une heureuse coïncidence a voulu que le cousin et meilleur ami du Consul ait été le Directeur des services de maintenance de l'Armée de l'air nigérienne, dont la recommandation devait être obtenue avant que tout contrat de maintenance d'avions puisse être approuvé par le Président du Niger. Liebo a parlé de « *geste* » à propos des billets mais, malheureusement pour lui, il en a fait, pour des raisons comptables, une « *commission* » qu'il a portée au débit du compte Diners Club de la société. Le tribunal a considéré que cet élément de preuve était suffisant pour qu'un jury raisonnable en conclue que Liebo avait donné les billets au Consul dans l'intention d'influer sur le processus d'approbation des contrats du gouvernement nigérien (il serait intéressant de savoir ce qui serait advenu si Liebo ne s'était pas soucié de bénéficier d'un avantage fiscal) »⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 129.

⁵⁵⁰ 923 F.2d 1308, 1312 (8th Cir. 1991).

⁵⁵¹ M. LEVI, *op.cit.*, p. 45.

B - L'IACAC : « Tout acte ou omission par toute personne qui, elle-même ou par personne interposée, ou à titre d'intermédiaire, cherche à obtenir l'adoption, par l'autorité publique, d'une décision en vertu de laquelle cette personne obtient illicitemen, pour elle-même ou pour toute autre personne, un avantage ou bénéfice quelconque, qu'il y ait préjudice ou non pour le patrimoine de l'Etat»

Comme le FCPA, l'IACAC vise la corruption indirecte des agents publics étrangers. L'IACAC contient ces dispositions au sein de l'article 11⁵⁵². Selon le FCPA, le champ d'application de cette infraction comprend même une personne qui n'a pas directement autorisé le paiement, si on peut démontrer que la personne concernée avait connaissance que l'intermédiaire allait réaliser un paiement illicite⁵⁵³. Un concept similaire existe à l'article 11 de l'IACAC, au sujet de « *tout acte ou omission par toute personne qui, elle-même ou par personne interposée, ou à titre d'intermédiaire, cherche à obtenir l'adoption, par l'autorité publique, d'une décision en vertu de laquelle cette personne obtient illicitemen, pour elle-même ou pour toute autre personne, un avantage ou bénéfice quelconque, qu'il y ait préjudice ou non pour le patrimoine de l'Etat»*⁵⁵⁴. Cependant, à l'inverse du FCPA, l'IACAC semble viser l'intermédiaire ainsi que l'auteur principal. L'IACAC viserait l'intermédiaire ainsi que l'acteur central au sein d'un cadre plus large que celui prévu par le FCPA. De plus, l'IACAC n'explicite pas le niveau de connaissance exigé de l'auteur principal pour qu'il puisse être tenu responsable du paiement d'un intermédiaire. Comme nous l'avons vu, le critère du FCPA ne se limite pas à une connaissance objective de l'acte mais fait état d'un critère de « *wilful ignorance* ». Si un critère particulier - comme le critère de connaissance du FCPA - devait être établi sous la convention, on présumerait que cela serait fait selon les droits nationaux des Etats parties à la convention, au sein de leur législation de transposition. Cela soulevait encore une problématique de l'harmonisation. Bien que le critère de connaissance du FCPA a été une

⁵⁵² Article 11 : *Progressive development*.

⁵⁵³ Pour l'analyse approfondie de cette question, voir L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, pp. 267 – 268.

⁵⁵⁴ Article 11 (1) (c).

source d'interrogations importantes pour les entreprises américaines cherchant à se mettre en conformité avec le FCPA, le fait d'étendre la responsabilité pour la corruption indirecte au critère de « *wilful blindness* » est peut se justifier. La nature opaque de la corruption rend la tâche ardue pour les entreprises de connaître avec exactitude les agissements de leurs agents ou partenaires. Plus le comportement de l'agent ou partenaire est élaboré, moins l'entreprise américaine va détenir une « *connaissance actuelle* ».

C - L'OCDE : « directement ou par des intermédiaires»

La convention de l'OCDE prévoit que ni les personnes physiques ni les personnes morales ne puissent éviter une responsabilité en cas de corruption des agents publics étrangers en déléguant l'acte corrompu à l'autrui. Ainsi, comme le FCPA et l'IACAC, la convention de l'OCDE, elle, vise la corruption indirecte ainsi que la corruption directe. La notion de corruption indirecte se trouve à l'article 1 (1) de la convention de l'OCDE où le libellé concerne l'acte réalisé « *directement ou par des intermédiaires* ». Les questions de compétence juridictionnelle entrentent souvent les poursuites en matière de corruption indirecte⁵⁵⁵. D'ailleurs, les extensions de compétence prévue à l'article 4 de la convention ne concernent pas la poursuite des intermédiaires⁵⁵⁶. La convention de l'OCDE ne donne pas un critère de connaissance relatif au comportement de l'agent de commercialisation local.

Il existe un chevauchement important entre la notion de corruption indirecte et la notion de complicité. La notion de complicité est évoquée à l'article 1 (2) de la convention de l'OCDE : les deux notions attribuent la responsabilité pour des paiements ou la négociation de transactions faites indirectement par autrui⁵⁵⁷. La convention reconnaît,

⁵⁵⁵ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 120.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 120.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 120 ; voir en ce sens, *ibid.* : la convention de l'OCDE a prévu, comme élément de l'infraction, une provision spécifique pour la corruption indirecte par le biais des intermédiaires, afin de ne pas être tributaire des définitions hétérogènes de la complicité des droits nationaux. L'objectif de l'article 1 (2) relatif à l'infraction de complicité, est alors de garantir que le fait d'aider, à un moindre niveau, la réalisation de l'infraction principale, soit également incriminé. Il appartiendra aux Etats parties à la convention de trancher le chevauchement entre la complicité et

dans l'article 1(2) la responsabilité des «*complices*» et les actes d'«*instigation, assistance ou autorisation.* ». Cependant, si une telle responsabilité des tiers n'est pas incriminée par le droit interne du pays concerné, la convention n'exige pas sa transposition en droit interne :⁵⁵⁸ en effet, selon le commentaire officiel 11, «*Les infractions définies au paragraphe 2 s'entendent au sens où elles sont normalement définies dans chaque droit national. En conséquence, si, dans le droit national d'une Partie, l'autorisation, l'instigation ou l'une des autres conduites énumérées dans cette disposition n'est pas punissable lorsqu'elle n'est pas suivie d'effets, cette Partie n'a pas l'obligation d'incriminer cette conduite au titre de la corruption d'un agent public étranger.*

D - Les textes européens et le texte onusien

On estime à la lecture de ces textes, qu'une analyse plus approfondie ici n'a peu d'intérêt pour la présente recherche. En effet, en matière de la corruption indirecte, ces textes – de l'Union européenne, du Conseil de l'Europe et des Nations unies - utilisent un libellé très proche à celui des textes déjà étudiés.

SECTION 2

LES COMPORTEMENTS INSUSCEPTIBLES D'ETRE QUALIFIES D'ACTE DE CORRUPTION EN RAISON DES CIRCONSTANCES ET DU CONTEXTE

Le qualificatif «*indu* » est crucial car il permet de distinguer les paiements illicites de certains paiements licites qui sont autorisés par le droit interne de certains États, ce sont notamment les paiements de facilitation qui sont acceptés dans le droit américain (§ 1)⁵⁵⁹.

la corruption indirecte. Les Etats parties peuvent d'ailleurs éviter cette question en adoptant une définition très large de la complicité.

⁵⁵⁸ Voir en ce sens : H. LOWELL BROWN, « The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery », *op.cit.*, pp. 498 – 499.

⁵⁵⁹ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 75.

L’Union européenne ne semble pas distinguer certains paiements qui par leur nature ne seraient pas visés par les textes. Pour ce genre de paiement, afin d’optimiser l’harmonisation, l’OEA pourrait adopter une position plus précise (§2). L’OCDE a récemment adopté un nouveau positionnement au sujet des paiements de facilitation (§3). Si le texte de la convention pénale du Conseil de l’Europe ne fait pas spécifiquement référence aux paiements de facilitation, il laisse entrevoir néanmoins, quelques infléchissements dans le bloc des infractions visées (§4). Ni les textes de l’Union européenne ni celui des Nations unies ne semblent prévoir des exceptions aux paiements corrompus.

§ 1 - Les exceptions prévues par le droit fédéral américain

Il existe certaines formes de paiements qui, en raison des circonstances et des contextes, ne sont pas visés par le FCPA. Ce texte prévoit notamment une exception assez controversée, pour les paiements de facilitation (A)⁵⁶⁰. Le FCPA prévoit également certains moyens de défense (B)⁵⁶¹ ainsi que la procédure d’opinion (C)⁵⁶².

A - Paiements de facilitation

La première exception concerne l’action administrative de routine. Il s’agit de certains paiements dits de « *facilitation* », dont l’objectif est d’accélérer ou de garantir la réalisation d’une action administrative de routine par un agent public étranger, un parti politique ou un représentant d’un tel parti. Ces paiements ne doivent pas servir à encourager un agent public étranger à accorder ou renouveler des transactions avec la

⁵⁶⁰ § 78dd-1 (b) ; voir également : H. LOWELL BROWN, « The extra-territorial reach of the U.S. Government’s Campaign Against International Bribery », *op.cit.*, pp. 412 - 413 ; H. BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government’s Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, pp. 245 – 247 ; B. CRUTCHFIELD GEORGE, K. A. LACEY, J. BIRMELE, « On the threshold of the Adoption of Global Antibribery Legislation : A Critical Analysis of Current Domestic and International Efforts Toward the Reduction of Business Corruption », *op.cit.*, pp. 8 – 9.

⁵⁶¹ § 78dd-1 (c).

⁵⁶² § 78dd-1(e).

personne visée⁵⁶³. La notion «d'*action administrative de routine* » est définie par le FCPA. Elle vise uniquement les actions qui sont d'usage et fréquemment exécutée par un officiel étranger pour –« (i) obtenir des permis, licences ou autres documents officiels pour habiliter une personne à engager des transactions dans un pays étranger ; (ii) traiter des documents gouvernementaux tels que les visas et les autorisations de travail ; (iii) assurer une protection policière, le ramassage et la livraison du courrier ou la programmation d'inspections liées à l'exécution de contrats ou d'inspections liées au transit de la marchandise par le pays ; (iv) assurer les services téléphoniques, la fourniture d'électricité et d'eau, le chargement et le déchargement du cargo ou la protection, contre la détérioration, de produits ou articles périssables ; ou (v) les actions d'un caractère similaire »⁵⁶⁴.

Il faut être en mesure de connaître la différence entre un paiement de facilitation et un paiement corrompu qui serait incriminé par le FCPA. Mais on constate qu'il existe un chevauchement important entre les deux concepts : la frontière semble assez floue. D. Flore observe que « *les actions administratives de routine qui sont envisagées par le texte, même si elles n'ont pas un caractère déterminant sur la décision d'attribution ou de maintien de marché, peuvent cependant être déterminantes quant à la possibilité de mise en œuvre effective du contrat - qu'on pense par exemple à la fourniture de l'électricité et de l'eau* »⁵⁶⁵. La question est épineuse : est-ce que le paiement de facilitation s'apparente à manière détournée de faire un paiement corrompu ? Le paiement de facilitation reste néanmoins une exception à l'incrimination et le fait d'invoquer cette exception aurait un impact important au niveau des poursuites. En effet, dans le cas où la partie poursuivie l'invoque, la partie poursuivante doit prouver qu'elle n'est pas d'application en l'espèce⁵⁶⁶. Une limite n'a pas été fixée quant au montant de ces paiements, mais ceux qui ont été acceptés ont été en dessus de mille dollars⁵⁶⁷. Les tribunaux américains ne se sont pas livrés à une interprétation de cette exception, mais il a été suggéré que l'exception se

⁵⁶³ M. MARIS, E. SINGER, *op.cit.*, pp. 587 – 589.

⁵⁶⁴ §78dd-1 (f) (3) (A), § 78 dd-2 (f) (3) (A), § 78 dd-3 (f) (3) (A).

⁵⁶⁵ D. FLORE, *op.cit.*, p. 48.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 48.

⁵⁶⁷ M. MARIS, E. SINGER, *op.cit.*, p. 587.

baserait sur l'intention de la personne qui paie et l'objectif du paiement⁵⁶⁸.

B - Moyens de défense « affirmatifs »⁵⁶⁹

Au titre des exceptions aux actes visés établies par le FCPA existe les « *affirmative defenses* »⁵⁷⁰. A ce titre, le FCPA fait une première exception pour « *le paiement, le cadeau, l'offre ou la promesse de toute chose de valeur ayant été fait ou donné ou donnée, était conforme aux lois ou règlements du pays de l'officiel étranger, du parti politique étranger, de l'officiel de parti étranger ou du candidat étranger*»⁵⁷¹.

Il est rare qu'un gouvernement permette, de façon officielle, le genre de paiement qui est visé par les textes pertinents à cette étude. Dans la plupart de situations, cette défense ne serait pas pertinente⁵⁷². Elle pourrait être pertinente dans le cadre des contributions à un parti politique ou à des candidats. Le deuxième moyen de défense comprend : « *le paiement, le cadeau, l'offre ou la promesse de toute chose de valeur ayant été fait ou donné, était une dépense raisonnable et de bonne foi telle que les frais de voyage et de logement, encourus par ou au nom d'un officiel étranger, un parti étranger, un officiel de parti étranger ou un candidat étranger, et se trouvait en relation directe avec -- (A) la promotion, la démonstration ou l'explication de produits ou services ; ou (B) l'exécution ou l'exercice d'un contrat avec un gouvernement étranger ou une agence d'un tel gouvernement*»⁵⁷³.

C'est au défendant qu'il incombe la charge de prouver la nature de ces paiements.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, pp. 587 – 588.

⁵⁶⁹ <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-french.pdf>.

⁵⁷⁰ Voir B. CRUTCHFIELD GEORGE *et al.*, « *On the threshold of the Adoption of Global Antibribery Legislation : A Critical Analysis of Current Domestic and International Efforts Toward the Reduction of Business Corruption* », *op.cit.*, p. 5 ; H. LOWELL BROWN, « *The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery* », *op.cit.*, p1 ; H. LOWELL BROWN, « *Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ?* », *op.cit.*, p. 2.

⁵⁷¹ 15 U.S.C. §78dd-1(c)(1) « issuers »; 15 U.S.C. §78dd-2(c)(1) « domestic concerns »; 15 U.S.C. §78dd-3(c)(1) « any person ».

⁵⁷² S. H. DEMMING, *op.cit.*, p. 18.

⁵⁷³ 15 U.S.C. §78dd-1(c)(2) « issuers »; 15 U.S.C. §78dd-2(c)(2) « domestic concerns »; 15 U.S.C. §78dd-3(c)(2) « any person » ; voir M. MARIS, E. SINGER, *op.cit.*, pp. 588 – 589.

C - Opinions du ministre de la Justice

Quant aux opinions du ministre de la Justice, ce mécanisme de défense a été institué en 1979 par le Département américain de la justice. L'objectif de cette procédure est d' « *apporter des réponses à des questions spécifiques posées [...] portant sur la conformité de leur conduite à la politique actuelle d'application du ministère de la Justice en matière des dispositions précédentes de la présente section* »⁵⁷⁴. Elle existe maintenant sous la forme du *Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure*⁵⁷⁵. Cette procédure « permet à toute entreprise qui le souhaite de soumettre au département de la justice les informations relatives à tout marché qu'elle se propose de conclure, en vue de savoir si celui-ci violerait le Foreign Corrupt Practices Act et s'il serait susceptible d'entraîner des poursuites de la part de ce département »⁵⁷⁶. L'opinion de l'Attorney General doit être indiquée dans les trente jours de la demande⁵⁷⁷. Si l'opinion rendue est favorable il y a aura « une présomption réfrangible d'absence de violation de la loi, pour autant que les informations transmises à l'appui de la requête soient conformes à la réalité »⁵⁷⁸. Selon *Federal Securities Law Reports*⁵⁷⁹, la *Securities and Exchange Commission* a fait savoir officiellement, qu'à titre de mesure discrétionnaire dans le cadre de l'exercice des poursuites, elle n'entamerait pas d'action contre une entreprise qui aurait obtenu une opinion favorable du département de la justice⁵⁸⁰.

⁵⁷⁴ § 78 dd- 1 (e), § 78 dd- 2 (f).

⁵⁷⁵ *Code of Federal Regulations*, Title 28, Part 80, *Federal Register*, Vol. 57, n° 170, 1992, Rules and Regulations, pp. 39598 et suivantes.

⁵⁷⁶ D. FLORE, *op.cit.*, p. 49.

⁵⁷⁷ § 78 dd- 1 (e), § 78 dd- 2 (f).

⁵⁷⁸ D. FLORE, *op.cit.*, p. 49.

⁵⁷⁹ *Federal Securities Law Reports*, Release N° 34-17099, 28.08.1980, 1992, p. 19769.

⁵⁸⁰ D. FLORE, *op.cit.*, p. 49 ; voir *ibid.* : « cette présomption s'impose uniquement au département de la justice et non aux autres agences fédérales ».

§ 2 - L'asymétrie entre le droit fédéral états-unien et le droit régional dans le cadre de l'OEA (l'IACAC) en matière des paiements de facilitation

Une différence importante existe entre le FCPA et l'IACAC au niveau des paiements de facilitations dont l'objectif est d'accélérer ou de garantir la réalisation d'une action administrative de routine par un agent public étranger, un parti politique ou un représentant d'un tel parti. Selon le FCPA, de tels paiements de facilitation sont explicitement prévus et donc ne comprennent pas un paiement illicite à un agent public étranger. L'histoire législative de 1977 démontre que le FCPA n'avait pas pour objectif l'incrimination de tels paiements, car le Congrès ne considérait pas l'objectif de ces paiements comme étant l'obtention ou la conservation d'un marché⁵⁸¹. Il s'agit néanmoins de paiements qui peuvent être incriminés par le droit national du pays victime. En ce sens, le FCPA permet aux entreprises américaines de faire des paiements aux agents publics étrangers qui peuvent violer les lois du pays « victime » et donc augmenter la corruption de bas niveau. L'IACAC ne prévoit pas explicitement une exception pour de tels paiements de facilitation⁵⁸². Au vu de l'article 6 de l'IACAC, de tels paiements de facilitation rentrent dans le cadre des paiements faits à un agent public « *en échange de la réalisation par ce fonctionnaire de tout acte ou omission dans l'exercice de ses fonctions* » et sont donc les paiements visés par l'IACAC⁵⁸³. L'Organisation des Etats américains note que les Etats devraient considérer un moyen de distinguer le concept de corruption des autres actes⁵⁸⁴

⁵⁸¹ L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 269.

⁵⁸² *Ibid*, pp. 270 – 271.

⁵⁸³ L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 270 : d'après L.A. Low, l'Organisation des Etats Américains semble reconnaître que les Etats parties peuvent exclure les paiements de facilitation du champ d'action de leur législation de transposition de l'article 8. L'objectif serait de viser seulement les activités de nature économique ou commerciale. Dans ce cas, le sens se rapprocherait de l'optique du FCPA visant des paiements qui ont pour but d'*« obtain or retain business »*; Organizacion de los Estados Americanos, Comite Juridico Interamericano, Informe Anual Del Comite Jurídico Interamericano a la Asamblea General (Elementos para la preparacion de legislacion modelo con respecto al enriquecimiento ilícito y el soborno transnacional (CJI/RES.I-1/97)), section III(e) (April 17, 1997), 10, III(a)(ii).

⁵⁸⁴ Organizacion de los Estados Americanos, Comite Juridico Interamericano, Informe Anual Del Comite Juridico Interamericano a la Asamblea General (Elementos para la preparacion de

sans fournir plus de précisions⁵⁸⁵. Les Etats parties pourraient avoir des raisons politiques à motiver une exclusion de ces paiements de facilitation des actes de corruption incriminés par leur législation nationale, sans porter préjudice aux objectifs plus larges de l'IACAC. Afin d'assurer une interprétation uniforme de l'IACAC, il serait préférable pour les Etats parties d'adresser cette question de façon multilatérale⁵⁸⁶. Une mise en œuvre importante de l'IACAC, incriminant les paiements de facilitation, favoriserait un conflit entre le droit américain et le droit d'autres pays. La ratification de l'IACAC par les Etats-Unis leur donnerait l'occasion de modifier le FCPA, afin de supprimer l'exception pour les paiements de facilitation⁵⁸⁷. La distinction entre les paiements de facilitation et les paiements qui ont pour objectif l'obtention ou la conservation d'un marché est en pratique, difficile à réaliser.

§ 3 – La clarification de l'approche de l'OCDE en 2009 en matière de paiements de facilitation

Comme le FCPA, la convention de l'OCDE reconnaît que certains paiements ne sont pas concernés par les articles incriminant la corruption. La convention de l'OCDE prévoit deux paiements qui ne constituent pas une infraction visée par l'article 1. Selon le

legislacion modelo con respecto al enriquecimiento ilícito y el soborno transnacional (CJI/RES.I-1/97)), section III(e) (April 17, 1997), 10, III.2.c.

⁵⁸⁵ L. A. LOW. *et al.*, « The Inter-American convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 270.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 271 ; voir également, *ibid.* : si ce n'est pas possible, et que les paiements de facilitations sont visés par l'IACAC, les Etats parties pourraient émettre une réserve sur cette question lorsqu'ils procèdent à la ratification de la convention. Les Etats pourraient aussi déclarer que ces paiements seront licites. Dans ces cas, l'approche de l'Etat serait claire mais l'existence d'interprétations hétérogènes augmenterait le risque d'un manque d'harmonisation et pourrait affaiblir l'efficacité de la convention.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p 271 ; voir également, *ibid.* : par une modification du FCPA, afin de supprimer les paiements de facilitation, les Etats-Unis pourraient éliminer une échappatoire à travers lequel les entreprises états-unies peuvent faire parvenir leurs paiements en pseudo conformité avec le FCPA. Cependant, faire des paiements de facilitation une priorité à ce moment serait méconsidérer les besoins immédiats dans la lutte contre la corruption à haut niveau. En ce sens, L.A. Low juge que la priorité sur la question des paiements de facilitation est donner le plus d'uniformisation possible aux dispositions nationales afin de donner une interprétation et mise en œuvre la plus efficace possible.

commentaire officiel 8⁵⁸⁸ de la convention de l'OCDE, obtenir un « *avantage* » qui était permis selon les lois écrites du pays, où à la fois le paiement a été fait et l'avantage obtenu, ne se trouve pas dans le champ d'application de la convention de l'OCDE⁵⁸⁹. En ce sens, il n'y a pas d'infraction selon le commentaire officiel 8 de la convention OCDE, « *lorsque l'avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l'agent public étranger, y compris la jurisprudence* »⁵⁹⁰. De la même manière, les paiements de facilitations ne seraient pas visés par la convention. Le commentaire officiel 9⁵⁹¹ prévoit que « les petits paiements dits de « facilitation » ne constituent pas des paiements « en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu » au sens du paragraphe 1 et, en conséquence, ils ne constituent pas une infraction au sens de cette disposition. De tels paiements, qui sont faits, dans certains pays, pour inciter les agents publics à exécuter leurs fonctions, notamment lorsqu'il s'agit de délivrer une autorisation ou un permis, sont généralement illicites dans le pays étranger concerné. Les autres pays peuvent et devraient s'attaquer à ce phénomène corrosif par des mesures telles que le soutien de programmes de bonne gestion des affaires publiques. Toutefois, l'incrimination par les autres pays ne paraît pas une mesure complémentaire pratique ou efficace ».

Le commentaire officiel 4⁵⁹² précise que « *le fait de corrompre pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu constitue une infraction, même si l'entreprise a par ailleurs fait l'offre la mieux disante ou si elle aurait pu se voir attribuer légitimement le marché pour une quelconque autre raison* »⁵⁹³. De la même façon, le commentaire officiel 7⁵⁹⁴ précise qu'« *il y a également infraction indépendamment, entre*

⁵⁸⁸ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

⁵⁸⁹ Voir H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, pp. 271 - 273 ; voir également H. LOWELL BROWN, « The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery », *op.cit.*, pp. 500 – 501.

⁵⁹⁰ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

⁵⁹¹ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

⁵⁹² <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

⁵⁹³ Voir H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, p. 5 ; H. LOWELL BROWN, « The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery », *op.cit.*, p. 18.

⁵⁹⁴ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

autres, de la valeur de l'avantage ou de son résultat, de l'idée qu'on peut se faire des usages locaux, de la tolérance de ces paiements par les autorités locales ou de la nécessité alléguée du paiement pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu»⁵⁹⁵.

Pour D. Flore, cette prise de position est « *difficile à justifier à la lumière du libellé du texte* »⁵⁹⁶. En effet, on ne voit pas très bien la compatibilité des ces commentaires officiels avec les dispositions de la convention. Comme dans le cas du FCPA, on peut s'interroger du bien fondé des ces exceptions et la frontière floue entre un paiement corrompu et un paiement de facilitation.

On constate cependant une certaine volonté de l'OCDE de porter des éclaircissements à cette question. En effet, le conseil de l'OCDE a adopté, le 26 novembre 2009, une recommandation⁵⁹⁷ du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Au point VI de cette recommandation, l'OCDE recommande, « *compte tenu de l'effet corrosif des petits paiements de facilitation, en particulier sur le développement économique durable et l'état de droit, que les pays Membres : i) s'engagent à réexaminer régulièrement leurs politiques et leur façon d'appréhender les petits paiements de facilitation afin de lutter efficacement contre ce phénomène ; ii) encouragent les entreprises à interdire ou décourager le recours aux petits paiements de facilitation dans le cadre de leurs programmes ou mesures de contrôle interne, de déontologie et de conformité, en reconnaissant que de tels paiements sont généralement illicites dans les pays où ils sont versés et qu'ils doivent dans tous les cas être inscrits fidèlement dans les livres de comptes et états financiers de ces entreprises* ». Le Conseil demande instamment, au point VII, « *à tous les pays de sensibiliser leurs agents publics à leurs lois nationales sur la corruption et la sollicitation en vue de mettre un terme à la sollicitation et l'acceptation de petits paiements de facilitation* ».

⁵⁹⁵ Voir en ce sens: H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, p. 36.

⁵⁹⁶ D. FLORE, *op.cit.*, p. 54.

⁵⁹⁷ <http://www.oecd.org/dataoecd/31/53/44229684.pdf>.

§ 4 - La banalité des exceptions prévues par la convention pénale du Conseil de l'Europe

Selon le rapport explicatif, le mot « *indu* » doit être interprété comme « *quelque chose que le bénéficiaire n'est pas légalement habilité à recevoir* »⁵⁹⁸. Comme la plupart des textes internationaux étudiés ici, la convention pénale du Conseil de l'Europe se réfère à la légalité comme critère d'appréciation des avantages indus. Sur ce point, cette convention de 1999 n'est pas une grande originalité. A ceci près, que l'on ne sait pas bien si cette référence à la légalité vise seulement les textes internationaux étudiés dans la présente thèse et - ou bien- sont visés aussi les textes de droit national pertinent lorsqu'on recherche l'existence d'un acte de corruption. Il faut noter néanmoins que cela vise à exclure en particulier les avantages qui sont admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables⁵⁹⁹.

Les paiements de facilitation ne sont pas expressément visés dans la convention de 1999. On ne dispose d'aucune indication textuelle permettant de savoir s'ils sont couverts par le texte de la convention et s'ils peuvent être considérés comme des avantages admis par la loi⁶⁰⁰. Le texte du rapport explicatif n'est pas plus éclairant.

CONCLUSION

On constate l'existence de plusieurs obstacles qui se dressent face à une harmonisation efficace des dispositions conventionnelles pertinentes par les droits internes. On relève notamment certaines non coïncidences dans l'approche des textes à l'infraction de l'agent public étranger, l'existence d'échappatoires juridiques à l'égard de l'application des textes ou encore des précautions de langage qui semblent être autant de barrières à un dispositif efficace et harmonisé de lutte contre la corruption. En ce qui concerne

⁵⁹⁸ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, §38.

⁵⁹⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, §38.

⁶⁰⁰ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 75.

spécifiquement la convention de l'OCDE au moins au commentateur juridique estime que « *l'uniformisation du droit en la matière est rendue impossible à cause du principe de l'équivalence fonctionnelle* »⁶⁰¹.

L'approche ambivalente à l'égard des paiements de facilitation est un bon exemple de ces situations de non coïncidences. On notera dans un premier temps que plusieurs textes – et on pense notamment au FCPA et à la convention de l'OCDE - prévoient la possibilité d'effectuer et toute licéité ce genre de paiement. Il est difficile de ne pas y voir une approche pour le moins ambiguë. On doit néanmoins relever que certains praticiens du FCPA estiment qu'il est très difficile de faire du commerce à l'étranger sans effectuer des paiements de facilitation. On pense notamment à un témoignage de l'un des ces praticiens qui souligne la difficulté que l'on peut rencontrer pour sortir même de l'aéroport dans certains pays sans payer quelque chose⁶⁰². On note que la nouvelle loi britannique de lutte contre la corruption – UK Bribery Act – entrée en vigueur le 1 juillet 2011 interdit ce genre de paiement. La question de savoir la mise en œuvre de cette loi qui dispose d'un champ d'application potentiellement important.

On peut ainsi conclure dans le même sens que la conclusion du chapitre 1. Les situations de non-coïncidence entre les textes internationaux et le manque d'harmonisation des législations démontrent les difficultés rencontrées par la lutte contre la corruption dans son paradigme juridique actuel.

⁶⁰¹ P. NASTOU, *op.cit.*, p. 38.

⁶⁰² Entretien avec l'avocat spécialisé dans le FCPA, Monsieur M. Cohen du 19 août 2011.

CHAPITRE 3

LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES : UNE RESPONSABILITE LACUNAIRE

La première partie de la présente recherche aborde les problématiques liées à l'harmonisation des textes internationaux : celle-ci étant primordiale pour assurer l'efficacité de ces normes. La définition de l'agent public étranger par des textes, a été analysée dans le Chapitre 1. Dans le Chapitre 2, nous nous sommes livrés à une étude des éléments matériels de l'infraction de la corruption active dudit agent. Il convient maintenant d'aborder dans le Chapitre 3, la problématique de la répression pénale de l'infraction lorsqu'elle est commise par une personne morale. Bien que la plupart de lois internes érigent des sanctions civiles ou administratives à l'encontre du comportement fautif des entreprises, très peu de pays ont organisé ces lois en réponse aux exigences du dispositif juridique international récent⁶⁰³. La volonté de cette étude est ainsi de développer la problématique de la responsabilité pénale des personnes morales.

Lorsqu'il est question de l'infraction de la corruption de l'agent public étranger, il s'agit souvent d'un acte réalisé par une entreprise - souvent multinationale - dans le cadre du commerce international. Les structures de ces entreprises multinationales sont devenues de plus en plus décentralisées. Lors du processus de prise de décision au sein de ces entités, il est souvent très difficile, voire impossible, de trouver un seul responsable de ladite décision. Une personne physique peut évidemment agir seule à des fins de corruption. Mais le plus souvent, c'est l'entreprise elle-même qui se livre intentionnellement à des pratiques de corruption visées par les conventions internationales. Dans la mesure où la corruption peut être tolérée, voire encouragée par les responsables d'une entreprise, il semble alors peu approprié d'incriminer seulement ceux qui prennent les décisions en bas de

⁶⁰³ M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », *op.cit.*, p. 182.

l'échelle⁶⁰⁴.

La clé des difficultés de compréhension du dispositif international actuel à ce sujet, se trouve dans l'hétérogénéité des normes du droit interne. Nous allons d'abord observer la façon dont les textes internationaux (Section 1) abordent la question épineuse de la responsabilité des personnes morales. Dans un second temps, nous allons procéder à une analyse de trois droits internes (Section 2) : les Etats-Unis, la Royaume Uni et la France. Cette étude nous permettra de comprendre l'approche des textes internationaux en la matière.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 176.

SECTION 1

L'APPROCHE DES TEXTES INTERNATIONAUX : LA MARGE DE LIBERTE LAISSEE AUX AUTORITES NATIONALES CONCERNANT LES PERSONNES MORALES

Les textes internationaux de lutte contre la corruption abordent la question de la responsabilité des personnes morales de façon très ample. Cela est tout à fait logique, car comme on verra par la suite, certains pays ne prévoient pas la responsabilité pénale des personnes morales. Une disposition d'un texte international imposant le même mécanisme à chaque Etat partie à la convention en matière de responsabilité des personnes morales, serait probablement vouée à l'échec.

On analysera tout d'abord les lignes directrices des articles pertinents des textes internationaux dans ce domaine (§ 1). Par la suite, on procédera à une analyse plus approfondie, qui tentera de synthétiser ce qu'il y a de commun à ces textes internationaux. En ce sens, il faudra préciser les définitions de la personne morale par les textes pertinents (§ 2). Il conviendra d'étudier la question d'imputation (§ 3) puis celle de l'obligation de surveillance (§ 4). On verra que les poursuites et l'incrimination éventuelle d'une personne morale n'exclut pas les poursuites à l'encontre d'une personne physique (§ 5). En dernier lieu, on mentionnera les sanctions prévues à l'encontre des personnes morales (§ 6).

§ 1 – Présentation de dispositions conventionnelles pertinentes

A – L'Union européenne : la responsabilité des personnes morales visée par le second protocole relatif à la protection des intérêts financiers

La convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne du 26 mai 1997 vise à l'article 6, la responsabilité pénale du chef d'entreprise.

Cependant, cette convention du 26 mai 1997 ne mentionne pas expressément la responsabilité des personnes morales. Ni le *protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes* du 27 septembre 1996, ni la *convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne* du 26 mai 1997 ne contiennent de disposition relative à la responsabilité des personnes morales. C'est le second protocole⁶⁰⁵ à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes qui a trait à la responsabilité des personnes morales⁶⁰⁶.

Le champ d'application du second protocole est pourtant limité aux actes de corruption qui touchent aux seuls intérêts financiers des Communautés européennes. Dans l'hypothèse où une société offre ou paie un pot-de-vin à un agent public pour obtenir une contrepartie pour cette société sans toucher les intérêts financiers des Communautés européennes, le second protocole ne s'applique pas. Comme nous le verrons, le second protocole n'exige pas une responsabilité strictement pénale des personnes morales⁶⁰⁷. Le second protocole ne s'applique qu'en matière de corruption active, et n'aborde pas la problématique de la corruption passive. Cette question a été cependant relevée dans la rédaction des mesures de l'Union européenne de lutte contre la corruption dans le secteur privé⁶⁰⁸.

B – L'article 2 de la convention de l'OCDE

Selon l'article 2 de la convention de l'OCDE, «*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.*» Comme on le verra par la suite⁶⁰⁹, les commentaires officiels à la convention de l'OCDE précisent que si, dans

⁶⁰⁵ J.O. C 221/22, 19.7.1997.

⁶⁰⁶ Voir 2^{ème} protocole article 3(1) et (2).

⁶⁰⁷ Cf., *infra*, cette section, § 6.

⁶⁰⁸ P. SZAREK-MASON, *op.cit.*, p. 103.

⁶⁰⁹ Cf., *infra*, cette section, § 6.

le système juridique d'un Etat partie, la responsabilité pénale ne s'applique pas aux personnes morales, cette partie n'est pas tenue d'établir une telle responsabilité pénale.

C – L'article 18 de la convention pénale du Conseil de l'Europe

L'article 18 de la convention pénale du Conseil de l'Europe concerne la responsabilité des personnes morales. L'article 18 (1) pose le principe que chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour s'assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions de corruption active. Il faut souligner que l'article 18 (1) ne précise pas le type de responsabilité qu'il exige des personnes morales. En conséquence, cette disposition n'oblige pas à établir que des personnes morales seront tenues pénallement responsables des infractions qui y sont mentionnées⁶¹⁰. Les commentaires officiels précisent que la tendance internationale semble être à l'heure actuelle favorable à la reconnaissance générale de la responsabilité des personnes morales, même dans des pays qui, il y a quelques années seulement⁶¹¹, considéraient que l'incrimination des entreprises était impossible. L'article 18 de la convention pénale du Conseil de l'Europe est conforme à la tendance récente c'est-à-dire aux instruments internationaux de lutte contre la corruption comme la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers dans les transactions commerciales internationales (article 2)⁶¹².

D – L'article 26 de la convention des Nations unies contre la corruption

La CNUCC aborde la question de la responsabilité des personnes morales d'une manière semblable à la convention de l'OCDE. C'est l'article 26 de la CNUCC qui concerne la responsabilité des personnes morales. Cet article, alors qu'il exige des Etats parties de rendre responsable les personnes morales des actes visés, n'exige pas de ces pays d'ériger, comme c'est le cas aux Etats-Unis et dans d'autres pays, la responsabilité

⁶¹⁰ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 86.

⁶¹¹ Cf., *infra*, ce chapitre, section 2.

⁶¹² <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 85.

pénale des entreprises⁶¹³. Notons que la CNUCC ne limite pas la responsabilité des personnes morales à certaines infractions comme le fait l'article 18 de la convention pénale sur la corruption⁶¹⁴. En ce sens, la responsabilité des personnes morales pourra être encourue pour toute infraction incriminée par la convention des Nations Unies contre la corruption, par exemple en cas de recel⁶¹⁵.

E – La convention de l'Organisation des Etats Américains

L'IACAC ne retiendra pas notre attention ici, car elle ne contient pas de disposition dans ce domaine.

§ 2 - Définition de la personne morale

Les textes internationaux ne livrent pas une définition uniforme de la personne morale. La définition de ladite personne morale est renvoyée systématiquement au droit national applicable.

En ce qui concerne l'Union européenne, le second protocole relatif à la protection des intérêts financiers dispose que la personne morale serait « *toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, exception faite des États ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques* »⁶¹⁶.

La notion de *personne morale* n'est pas précisée par la convention de l'OCDE, il est entendu que cette notion se définit par son renvoi aux droits nationaux des Etats parties⁶¹⁷. Il faut s'interroger sur le cas des personnes morales de droit public. En effet, il existe

⁶¹³ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption: the globalisation of anticorruption standards », *op. cit.*, p. 12.

⁶¹⁴ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 314.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 314.

⁶¹⁶ Article 1(d).

⁶¹⁷ Voir M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », *op. cit.*, p. 185 ; voir en ce sens, *ibid.* : le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption est intervenu seulement dans le cas où une Partie n'a pas atteint les critères de sa propre loi, comme c'était le cas de la Grèce.

une approche hétérogène à cette question dans le droit interne de certains Etats parties à la convention⁶¹⁸. Pour l'OCDE, lorsqu'un Etat octroie à une autorité la compétence pour s'engager dans des contrats au nom de l'Etat, alors cette entité ne doit pas échapper aux dispositions pertinentes⁶¹⁹.

La convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe prévoit que la personne morale est « *toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, exception faite des Etats ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques* »⁶²⁰. Il existe alors un renvoi au droit national applicable afin de définir la personne morale. Les personnes morales de droit public⁶²¹ sont ici exclues du champ d'application de la convention pénale sur la corruption. Seules les personnes morales de droit privé sont concernées. Cette exception renvoie aux différents niveaux de gouvernement: Etat, entités régionales ou locales exerçant des prérogatives de puissance publique. Cette exception se justifie dans le sens où « *les responsabilités des entités publiques sont soumises à une réglementation spécifique habituellement incorporés dans le droit administratif ou, dans le cas d'organisations internationales publiques, dans des accords ou des traités* »⁶²². Notons que les commentaires officiels précisent bien que cette disposition ne limite en aucune façon la responsabilité des personnes employées par les différents organes de l'Etat du chef des infractions de corruption passive visées aux articles 3 à 6 et 9 à 12 de la présente convention.

La CNUCC ne définit pas la notion de personne morale.

⁶¹⁸ Par exemple, l'Allemagne ou la France.

⁶¹⁹ M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », *op. cit.*, p. 186.

⁶²⁰ Article 1 (d).

⁶²¹ Tels que les ministères ou les organes des pouvoirs locaux, ou encore les organisations internationales publiques comme le Conseil de l'Europe.

⁶²² <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 31.

§ 3 – Mécanismes d'imputation d'un acte de corruption à une personne morale

Pour imputer une infraction à une personne morale, il faut généralement que l'infraction visé ait été commise dans l'intérêt de la personne morale et dans l'intérêt de l'ensemble de ses membres. On comprend ainsi que l'on ne rend pas généralement responsable la personne morale « *de faits commis par des personnes ayant un lien avec elle quand celles-ci n'auraient fait que profiter du cadre juridique ou matériel de la personne morale pour commettre des infractions dans leur propre intérêt ou contre l'intérêt de la personne morale* »⁶²³. Il convient d'analyser l'approche des textes internationaux pertinents à cette question.

Selon l'article 3 du second protocole de l'Union européenne : « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'un fait de fraude, de corruption active et de blanchiment de capitaux commis pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein* »⁶²⁴.

Deux critères complémentaires sont ici essentiels pour l'existence d'une infraction ainsi visée : l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale et l'infraction a été commise par une personne physique qui exerce un certain pouvoir de direction au sein de la personne morale. Le premier critère crée le lien entre la personne morale et l'infraction. Le deuxième critère établit le lien entre la personne physique auteur de l'infraction et la personne morale qui doit être tenue pour responsable de l'infraction⁶²⁵.

⁶²³ GENEVOIS [A], *op. cit.*, p. 329.

⁶²⁴ Selon cet article, les bases sont les suivantes: - un pouvoir de représentation de la personne morale ou - une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ou - une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale, ainsi que de la participation à la commission de ce fait de fraude, de corruption active ou de blanchiment de capitaux en qualité de complice ou d'instigateur, ou de la tentative de commission de ce fait de fraude.

⁶²⁵ Selon le rapport explicatif, le « *pouvoir de direction* » de la personne physique peut être déterminé sur la base d'un ou plusieurs des éléments mentionnés au paragraphe 1, qui vont d'un pouvoir de forme à

Selon l'article 2 de la convention de l'OCDE, « *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* ». Les dispositions de la convention OCDE relatives à la responsabilité des personnes morales doivent s'appliquer à toutes les formes de corruption visées sous l'égide de l'article 1⁶²⁶. Pour M. le Professeur Pieth⁶²⁷, même si l'existence d'une responsabilité des personnes morales est primordiale dans la prévention de la corruption dans le commerce transnational, les articles 2 et 3 n'explicitent pas très clairement le champ d'application des actes pertinents. L'article 2 prévoit tout simplement l'obligation pour chaque Etat partie d'*« établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger*. M. le Professeur Pieth⁶²⁸ souligne que la phrase de l'article 2 « *conformément à ses principes juridiques* » n'ajoute rien de nouveau sur le fond, cette phrase rappelle simplement l'esprit de la convention quant à la recherche de « *l'équivalence*

un pouvoir de fond: un pouvoir de représentation de la personne morale, ou une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale, ou une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale. En conséquence, pour mettre en œuvre le deuxième protocole, les États membres devront introduire dans leur législation nationale l'ensemble de ces trois éléments en fonction desquels le pouvoir de direction peut être déterminé.

En ce qui concerne les cas où la responsabilité d'une personne morale serait fondée sur l'autorité de l'auteur physique de l'infraction pour exercer un contrôle au sein de la personne morale, il convient de noter que le terme «contrôle» doit être interprété en ce sens que, du fait de son pouvoir de surveillance sur la gestion de la personne morale, l'auteur physique de l'infraction exerce un pouvoir de direction au sein de la personne morale. L'autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale peut notamment résulter d'une responsabilité en matière de contrôle financier et de révision internes ou de la qualité de membre d'un organe de contrôle ou de surveillance interne à la personne morale, dans la mesure où ces attributs constituent une position clé permettant d'influer sur la gestion de la personne morale. On ne saurait dès lors prendre en compte un pouvoir de contrôle qui n'impliquerait, pour les intéressés, aucune possibilité d'influencer la gestion de la personne morale. Le paragraphe 1 ne couvre pas les personnes extérieures chargées de vérifier les comptes de la personne morale en question, par exemple des personnes employées par des cabinets d'audit. La personne morale peut également être tenue pour responsable de l'implication de la personne physique visée au paragraphe 1 en tant que complice ou instigatrice des infractions, ou de son implication dans la tentative de fraude.

⁶²⁶ Voir M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », *op. cit.*, p. 186, voir *ibid.* : M. le Professeur M. Pieth souligne que le Royaume-Uni a choisi d'introduire un concept d'application global de la responsabilité des personnes morales, la France et la Suisse ont énumérés les délits spécifiques pour lesquels la responsabilité des personnes morales s'applique pendant que les Etats-Unis ont introduit un code spécifique pour lutter contre la corruption transnationale.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 184.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 184.

fonctionnelle ». C'est une illustration du principe de l'équivalence fonctionnelle, pierre angulaire de la convention OCDE⁶²⁹. A la lumière de la comparaison des articles plus éloquents de la convention pénale du Conseil de l'Europe⁶³⁰ et du second protocole de l'Union européenne⁶³¹, on peut constater que les rédacteurs de la convention de l'OCDE entendaient respecter les différences propres de chaque droit national⁶³².

L'article 18 de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe demande aux États parties de prévoir la responsabilité des personnes morales dans leur droit interne. La convention pénale ne précise pas la nature de cette responsabilité, l'article 19 (2) dispose simplement « *qu'en cas de responsabilité établie en vertu de l'article 18, paragraphes 1 et 2, les personnes morales soient passibles de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives de nature pénale ou non pénale, y compris des sanctions pécuniaires* ».

Il existe trois conditions pour saisir la responsabilité pénale des personnes morales sous ce texte du Conseil de l'Europe et les trois conditions doivent être satisfaites en même temps afin de rendre responsable la personne morale. Premièrement, il doit y avoir une infraction de corruption active, trafic d'influence ou de blanchiment d'argent comme définis par les articles pertinents du texte⁶³³. Deuxièmement, l'infraction doit ensuite avoir été commise dans l'intérêt de la personne morale et en son nom⁶³⁴. La troisième condition, enfin, sert à limiter la portée de cette forme de responsabilité et exige l'implication d'une personne exerçant un pouvoir de direction. Ce pouvoir présumé dans les trois situations décrites – un pouvoir de représentation ou une autorité pour prendre des décisions ou pour exercer un contrôle – montre que cette personne physique est légalement ou en pratique capable d'engager la responsabilité de la personne morale⁶³⁵.

⁶²⁹ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 313.

⁶³⁰ Article 18.

⁶³¹ Article 3.

⁶³² Voir M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », *op. cit.*, p. 184.

⁶³³ Articles 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 et 13.

⁶³⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 86.

⁶³⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 86.

L’article 26 de la CNUCC suit le modèle de la convention de l’OCDE. Le principe de la responsabilité des personnes morales est posé à l’article 26 (1) pour que les Etats parties adoptent « *les mesures nécessaires, conformément à [leurs] principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions établies conformément à la présente convention* ». Comme la convention de l’OCDE, la CNUCC n’élucide pas la qualité de la personne compétente pour engager la responsabilité de la personne morale.

§ 4 - Obligation de surveillance pesant sur la personne morale

Les textes pertinents des institutions européennes comprennent des dispositions qui ont trait à la responsabilité de la personne morale en cas de manquement en matière de surveillance ou de contrôle notamment pour les actes commis par des subordonnés pour le compte de la personne morale.

A l’article 3 (2) du second protocole de l’Union européenne, il est demandé à chaque Etat membre⁶³⁶ de prendre les mesures nécessaires pour assurer qu’une personne morale puisse être tenue pour responsable au cas d’un défaut de surveillance ou de contrôle de la part d’une personne visée au premier paragraphe pour les infractions de corruption. En ce sens, le paragraphe 2 peut être interprété comme couvrant seulement les cas où la personne morale en tant que telle peut se voir reprocher le comportement coupable de personnes agissant pour son compte.

Comme c’est le cas du second protocole de l’Union européenne, et comme nous le verrons pour la nouvelle loi britannique de 2010, la convention pénale du Conseil de l’Europe vise la responsabilité des personnes morales en cas d’absence de surveillance ou de contrôle. L’article 18(2) prévoit, pour les mêmes cas cités en 18(1), que chaque Partie doit prendre : « *les mesures nécessaires pour s’assurer qu’une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque l’absence de surveillance ou de contrôle de la part d’une personne physique visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission des infractions*

⁶³⁶ Abstraction faite des cas déjà prévus au paragraphe 1. Il est rappelé ici que l’obligation de surveillance est une infraction distincte de celles prévues ci-dessus.

mentionnées au paragraphe 1 pour le compte de ladite personne morale par une personne physique soumise à son autorité ».

Selon les rapports explicatifs, de la convention pénale,⁶³⁷ le paragraphe 2 de l'article 18 fait expressément état de l'obligation des Parties d'étendre la responsabilité des personnes morales aux affaires où le manque de contrôle au sein de la personne morale rend possible la commission de délits de corruption. Il vise à tenir pour responsables les personnes morales de l'absence de contrôle de la part des dirigeants sur les actes commis par des subordonnés pour le compte de la personne morale. D'ailleurs, les rapports explicatifs rappellent l'existence d'une disposition semblable au sein du second protocole additionnel à la convention de l'Union européenne sur la protection des intérêts financiers des communautés européennes. Comme le paragraphe 1, la convention pénale du Conseil de l'Europe oblige à établir non pas une responsabilité qui soit nécessairement pénale dans ces cas mais une forme de responsabilité pénale, administrative ou civile.

Les autres textes internationaux pertinents à cette étude ne visent pas la responsabilité des personnes morales pour manque de surveillance.

§ 5 - Le rapport entre la responsabilité à l'encontre des personnes physiques et la responsabilité distincte à l'encontre des personnes morales

Selon le second protocole de l'Union européenne, la responsabilité d'une personne morale n'exclut pas la responsabilité pénale d'une personne physique qui participe à la réalisation des comportements visés pour lesquels la personne morale est responsable⁶³⁸.

Même si la convention de l'OCDE reste muette à ce sujet, pour les besoins des sanctions « *efficaces, proportionnées et dissuasives* », nous pouvons assumer que dans la logique générale de cette convention, des sanctions peuvent être instituées tant pour les

⁶³⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 87.

⁶³⁸ Voir l'article 3 (3) du deuxième protocole.

personnes morales que pour les personnes physiques⁶³⁹.

L'article 18 (3) de la convention pénale du Conseil de l'Europe « *précise que la responsabilité des personnes morales n'exclut pas la responsabilité individuelle* »⁶⁴⁰. Concrètement, la responsabilité « *peut être établie en même temps à plusieurs niveaux, par exemple la responsabilité d'un organe etc. à distinguer de la responsabilité de la personne morale dans son ensemble et de la responsabilité individuelle qui peut se combiner avec l'une ou l'autre* »⁶⁴¹.

Le paragraphe 3 de l'article 26 de la CNUCC dispose que « *cette responsabilité est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions* ». En ce sens, si une personne morale est condamnée, cette condamnation ne fera pas obstacle à la responsabilité pénale d'un dirigeant impliqué dans la commission de l'infraction.

§ 6 - *Sanctions encourues*

Dans le cadre du second protocole, les Etats membres de l'Union européenne sont contraints d'ériger des sanctions « *efficaces, proportionnées ou dissuasives* » qui peuvent comprendre des sanctions pénales ou non pénales⁶⁴². C'est l'article 4 du second protocole qui pose le principe de la sanction des personnes morales : ces sanctions incluent des

⁶³⁹ M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », *op. cit.*, p.190 ; voir en ce sens *ibid.* : La question se pose de savoir si une personne physique doit être identifiée, incriminée, voire sanctionnée avant que la responsabilité des personnes morales puisse être engagée. Pour le Professeur Pieth, le débat engendré est superflu puisque la corruption est un acte qui implique un fait intentionnel. Pour incriminer la corruption, il faut qu'une personne physique au sein de l'entreprise ait la connaissance requise. Or, il existe des hypothèses où le processus de prise de décision est tellement complexe que la connaissance requise est divisée dans de nombreuses parcelles. De plus, lorsqu'il y a plusieurs personnes physiques ‘preneurs de décision’, il peut être difficile de savoir qui a participé réellement à la prise de décision. Pour satisfaire le droit interne de certains Etats, et comme le montre la jurisprudence récente, il suffit que l'on démontre qu'une personne physique pertinente puisse avoir eu la connaissance, l'intention ou avoir contrarié ses obligations de supervision. D'autres droits nationaux ont refusé cette analyse.

⁶⁴⁰ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>.

⁶⁴¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>.

⁶⁴² *Explanatory Report on the Second Protocol to the convention of the protection of the European Communities' financial interests*, J.O. C. 91, 31.3.1999.

amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions et notamment : a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publique ; b) des mesures d'interdiction temporaire ou permanente d'exercer une activité commerciale ; c) un placement sous surveillance judiciaire ; d) une mesure judiciaire de dissolution. Les personnes morales tenues responsables pour l'absence de surveillance⁶⁴³ ou de contrôle sont passibles, elles aussi, de sanctions « *efficaces, proportionnées ou dissuasives* ». L'approche de l'Union européenne peut être considérée comme un compromis entre les différents systèmes juridiques des Etats membres⁶⁴⁴. Certains droits nationaux ne reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes morales, puisqu'ils considèrent que le droit pénal ne s'applique pas aux personnes morales car on ne peut pas attribuer un élément d'intention (dol) à une personne morale⁶⁴⁵. De la même façon, et comme nous le verrons, la convention de l'OCDE, la convention pénale du Conseil de l'Europe, et la CNUCC, ne contraignent pas les Etats parties à ériger en infraction pénale la responsabilité des personnes morales⁶⁴⁶.

L'article 3(1) de la convention de l'OCDE, prévoit que « *la corruption d'un agent public étranger doit être possible de sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives* ». L'article 3 (2) dispose que « *[s]i, dans le système juridique d'une Partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable aux personnes morales, cette Partie fait en sorte que les personnes morales soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires, en cas de corruption d'agents publics étrangers* »⁶⁴⁷. Pour M. le Professeur Pieth⁶⁴⁸ la formulation « *efficaces, proportionnées et dissuasives* » va bien au-delà de simples sanctions, car cette formule devrait également permettre d'appuyer les critères du processus de *monitoring*.

⁶⁴³ Article 3 (2).

⁶⁴⁴ P. SZAREK-MASON, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁴⁵ S. ROSE-ACKERMAN, « Corruption and the Criminal Law », in 2 (1) *Forum on Crime and Society*, 2002, p. 12.

⁶⁴⁶ P. SZAREK-MASON, *op. cit.*, p. 103 ; convention OCDE article 3(2), convention pénale du Conseil de l'Europe article 19(2) et CNUCC article 26.

⁶⁴⁷ OECD Doc ; DAFFE/IME/BR (97)20 ; voir également H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, p. 35.

⁶⁴⁸ Voir M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », *op. cit.*, p. 184.

Si la convention du Conseil de l'Europe n'impose pas l'exigence d'une responsabilité pénale des personnes morales, selon les rapports explicatifs,⁶⁴⁹ les Parties contractantes s'engagent à établir une forme de responsabilité des personnes morales pratiquant la corruption, responsabilité qui pourrait être de caractère pénal, administratif ou civil. Par voie de conséquence, les sanctions peuvent être pénales, administratives ou civiles. Ces sanctions doivent être, selon l'article 19 (2), « efficaces, proportionnées et dissuasives ». En ce sens, la convention pénale du Conseil de l'Europe prévoit, à l'article 19 (2), que « *chaque Partie s'assure qu'en cas de responsabilité établie en vertu de l'article 18, paragraphes 1 et 2, les personnes morales soient passibles de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives de nature pénale ou non pénale, y compris des sanctions pécuniaires* ».

Le paragraphe 4 de l'article 26 de la CNUCC demande aux Etats parties à veiller en particulier, « *à ce que les personnes morales tenues responsables conformément au présent article fassent l'objet de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives de nature pénale ou non pénale, y compris de sanctions pécuniaires* ». La convention de l'ONU utilise ainsi la même formule que la convention de l'OCDE, le second protocole de l'Union européenne et la convention pénale du Conseil de l'Europe, en ce qui concerne les sanctions des entreprises, c'est-à-dire, « *efficaces, proportionnées et dissuasives* ».

On remarquera pour conclure que la formule que les rédacteurs des textes internationaux ont affectionné en matière des sanctions est clairement la suivante : les sanctions « *efficaces, proportionnées et dissuasives* ». On voit bien qu'une telle formulation, tout en se voulant utile, laisse une marge d'appréciation incontestable aux autorités nationales en charge de la législation et la réglementation pénales.

On garde présent à l'esprit le fait que les sanctions puissent, pour toute les conventions, être de nature administrative, est un moyen d'éviter « *les problèmes existant dans les pays qui ne peuvent envisager, même du point de vue théorique, la responsabilité*

⁶⁴⁹ § 86.

pénale des personnes morales »⁶⁵⁰.

SECTION 2

LA TRANSPOSITION DES REGLES JURIDIQUES INTERNATIONALES : LES MECANISMES JURIDIQUES DE DROIT INTERNE EN MATIERE DE LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES

On rappelle que l'application du droit pénal à une personne physique prend en considération un élément matériel (le fait ou l'acte extérieur) et un élément moral (l'intention ou dol criminel)⁶⁵¹. Si la condition indispensable à la responsabilité pénale est la volonté personnelle, les droits européens ont longtemps considéré son application inconcevable envers la personne morale, cette dernière étant une fiction juridique. Les droits continentaux ont très longtemps hésité à imputer un tel élément intentionnel à une personne morale et ainsi rendre cette entité responsable selon le droit pénal. En effet, selon la maxime « *societas delinquere non potest* », le principe était pendant longtemps l'irresponsabilité des personnes morales.

L'industrialisation croissante du dix-neuvième siècle a pourtant apporté certaines évolutions à cette question. On citera certains pays parmi ceux touchés en premier par l'industrialisation : l'Angleterre et le Pays de Galles, les Etats-Unis et le Canada. Ces pays ont développé un système d'attribution dit « *anthropomorphique* ». La France, « a largement ouvert la voie de l'*anthropomorphisme* »⁶⁵² avec la reconnaissance en 1992 de la responsabilité pleine et entière de la personne morale, dans tous ses éléments, matériels et moraux.

Sans prétendre à une analyse approfondie, la juxtaposition de trois systèmes

⁶⁵⁰ M. LEVI, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁵¹ En droit anglo saxon, l'élément matériel est dénommé l'*actus reus*, l'élément moral est dénommé la *mens rea*.

⁶⁵² V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2009, n° 1, p. 64.

juridiques nous permettra de mettre en lumière les approches différentes à cette question. On constatera l'utilisation modérée⁶⁵³ des lois relatives à la responsabilité pénale des personnes morales⁶⁵⁴ en Europe en comparaison avec les Etats-Unis. On va apercevoir une approche très ample du droit fédéral états-unien (§ 1). Il conviendrait aussi de porter un regard vers le droit britannique (§ 2) du fait de la nouvelle loi sur la corruption de 2010. On fera logiquement état de l'approche du droit pénal français (§ 3), traditionnellement réticente à la responsabilité pénale des personnes morales.

§ 1 - L'exemple du droit fédéral américain

En matière de droit fédéral américain, le pilier central de la responsabilité des personnes morales est le principe de *respondeat superior* (A): ce principe nous renseigne sur les personnes compétentes pour engager la responsabilité pénale de la personne morale. On verra la catégorie d'actes visés par le droit américain (B). On constatera quelles sont les personnes morales visées par le texte du FCPA (C). On évoquera en dernier lieu la question du manque de surveillance (D) de la part d'une personne morale.

A - La notion de respondeat superior

En droit états-unien, selon la notion de *respondeat superior*, le « *principal* » (mandant) est responsable du fait de son agent. C'est une notion de *common law* qui trouve sa racine dans la responsabilité connue sous l'appellation *vicarious liability*. Ce mécanisme couvrait tout d'abord un principe de la responsabilité civile. Au fil de l'évolution jurisprudentielle, elle a été greffée vers le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales. En effet, au début du vingtième siècle, la jurisprudence américaine a élargi le champ d'application de la responsabilité des personnes morales aux infractions

⁶⁵³ M. LEVI, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁵⁴ Voir M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », *op. cit.*, p.178 : certains pays ont connu une évolution vers un système d'imputation plus objectif, en ce sens on constate l'émergence de la « *corporate fault* ». Le *common law* australien en est un exemple, tout comme la loi Suisse entrée en vigueur le 1 octobre 2003 et les modèles japonais et coréens.

pénales impliquant un élément intentionnel⁶⁵⁵. Cette approche a été entérinée par l'affaire majeure *New York Central & Hudson River Railroad Company v. US*⁶⁵⁶. En droit fédéral américain, l'entreprise peut être pénallement responsable⁶⁵⁷ pour des actes des hauts responsables ainsi que des employés de rangs inférieurs.

En matière d'actes de corruption, la tradition de la maxime *respondeat superior* ouvre un champ d'application beaucoup plus large aux Etats-Unis qu'en Angleterre ou en France car « *les sociétés y sont responsables des actes d'agents occupant un poste de rang nettement inférieur* »⁶⁵⁸. Il offre énormément d'amplitude au Département de la Justice américain pour poursuivre les entités corruptrices. Il est d'ailleurs tellement ample que ce mécanisme suscite de nombreuses critiques. Dans le cadre du FCPA, les personnes morales ne seraient pas en mesure de se défendre une fois que l'employé ou l'agent a été déclaré ou a plaidé coupable. En ce sens, l'acte de la personne physique peut être imputé à l'entreprise même lorsque ladite entreprise n'a pas commis de faute bien caractérisée⁶⁵⁹.

B - L'acte visé : within the scope of employment and intended, at least to some degree, to benefit the corporation

Selon le droit fédéral américain, les personnes morales seraient responsables pour les infractions commises par leurs responsables, cadres, employées, et agents, si ces infractions ont été commises « *dans le champ d'action de l'emploi et avaient pour objet, à un certain degré, de bénéficier à l'entreprise* »⁶⁶⁰. La question du champ d'action (*scope*) de l'emploi est interprétée de façon très large. Il en est de même pour la question de « *l'acte qui bénéficie à l'entreprise* ». On peut prendre en exemple l'affaire *United States*

⁶⁵⁵ G. STESSENS, « Corporate criminal liability: a comparative perspective », *International & Comparative Law Quarterly*, 1994, 43(3), p. 496.

⁶⁵⁶ 212 U.S. 481 (1909) ; voir en ce sens, l'avis du la Cour Supreme : « *many offences might go unpunished ... We see no valid objection in law and every reason in public policy why the corporation ... shall be punishable by fine because of the knowledge and intent of its agents.* ».

⁶⁵⁷ G. STESSENS, « Corporate criminal liability: a comparative perspective », *op. cit.*, p. 496.

⁶⁵⁸ M. LEVI, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁵⁹ Voir M. PIETH, « Article 2. The Responsibility of Legal Persons », *op. cit.*, p. 179.

⁶⁶⁰ « *within the scope of employment and were intended, at least to some degree, to benefit the corporation* » ou si « *the agent commits a tort when acting with apparent authority* ».

v. *Cincotta*⁶⁶¹ où la Cour suprême a estimé que pour « *avoir un comportement qui corresponde à ce qu'on attend de lui* » l'employé « *doit être motivé au moins en partie – par l'intention de procurer un avantage à la société qui l'emploie* », que cet avantage ait été réellement procuré ou non. Même si « *les règles de la société interdisent expressément tel ou tel comportement, celle-ci peut toujours être jugée responsable* »⁶⁶².

C - Les personnes morales visées par le texte du FCPA

Les personnes morales et leurs agents sont clairement visés par le FCPA. Le champ d'application du FCPA s'étend aux personnes suivantes : les « *émetteurs d'actions* »⁶⁶³ américains et leurs agents ; les « *entreprises nationales* »⁶⁶⁴ aux Etats-Unis, c'est-à-dire les entités organisées aux Etats-Unis ; tout fonctionnaire, directeur, employé ou représentant d'une telle entreprise nationale ou tout actionnaire de telle entreprise agissant au nom d'une telle entreprise nationale ; les « *personnes physique ou entités* »⁶⁶⁵, ou leurs agents, agissant « *aux fins de faciliter* » un paiement illicite sur le territoire des Etats-Unis.

Le terme « *émetteur d'actions* », peu clair pour des juristes non américains est défini comme une entité ayant une catégorie de titres boursiers enregistrée en conformité avec la section 78 (l) du Code des Etats-Unis, ou qui est dans l'obligation de soumettre des rapports conformément à la section 78 (o) (d) du même Code⁶⁶⁶. Il s'agit de manière générale d'une société cotée.

Le FCPA dispose que les « *entreprises nationales* » sont les entreprises nationales autre qu'un émetteur d'actions soumis à la section 78dd-1⁶⁶⁷. Le terme « *entreprise nationale* » peut s'entendre de tout individu qui est citoyen, ressortissant ou résident des Etats-Unis ; ou toute société commerciale, partenariat, association, société par actions,

⁶⁶¹ 689 F. 2d 238 (1st Cir. 1982), cert. Refusé 459 U.S. 991 (1982).

⁶⁶² M. LEVI, *op. cit.*, p. 48 ; en ce sens, voir les affaires suivantes : *United States v. Hilton Hotels Corp*, 409 U.S. 1125 (1973) et *United States v. Beusch*, 596 F. 2d 871 (9th Cir. 1979).

⁶⁶³ « *Issuer* » dans le texte.

⁶⁶⁴ « *Domestic concerns* » dans le texte.

⁶⁶⁵ « *Any person* » dans le texte.

⁶⁶⁶ §78 dd(1).

⁶⁶⁷ Voir § 78 dd (2) (a).

entreprise [business trust], organisation sans personnalité juridique ou entreprise individuelle dont le siège se trouve aux Etats-Unis ou organisée en conformité aux lois des Etats-Unis ou de tout « *territoire, possession ou commonwealth des Etats-Unis* »⁶⁶⁸.

Pour le terme « *personne* »⁶⁶⁹, le FCPA précise qu'il s'étend à toute personne physique autre qu'un ressortissant des Etats-Unis⁶⁷⁰ ou toute société commerciale, partenariat, association, société par actions, entreprise [business trust], organisation sans personnalité juridique ou entreprise individuelle dont le siège se situe aux Etats-Unis ou constituée en conformité aux lois d'un pays étranger ou une sous-division politique de celui-ci⁶⁷¹.

On voit donc que le droit fédéral états-unien retient une conception très large de la notion de personne morale lorsqu'il s'agit de lutte contre la corruption.

D - Le manque de surveillance

Bien que les dispositions du FCPA relatives aux normes comptables⁶⁷² ne retiennent pas notre attention dans la présente recherche, il convient néanmoins de faire état d'un point de comparaison important. Ces dispositions prévoient une obligation pour les émetteurs d'action de : préparer et tenir des livres comptables, des archives et des comptes qui refléteront, de manière raisonnablement détaillée, avec exactitude et de manière équitable les transactions de l'émetteur ; et concevoir et continuer à utiliser un système de contrôles sur la comptabilité interne suffisant pour apporter des garanties raisonnables que –(i) les transactions sont exécutées en accord avec l'autorisation générale ou spécifique de la direction de l'entreprise ; (ii) les transactions sont enregistrées comme nécessaires⁶⁷³.

⁶⁶⁸ § 78 dd- 2 (h).

⁶⁶⁹ § 78 dd – 3 (a).

⁶⁷⁰ 8 Code des Etats-Unis §1101.

⁶⁷¹ § 78 – dd 3 (f).

⁶⁷² § 78 m du FCPA.

⁶⁷³ (I) afin de permettre la préparation des états financiers selon les principes comptables généralement acceptés et selon tout autre critère qui s'applique à de telles déclarations ; et (II) pour préserver l'obligation de rendre compte des

On est ici dans le cadre de la responsabilité civile dite *strict* en droit fédéral américain : en cas de manquement de surveillance de la part de la personne morale, la charge incombe à cette dernière de démontrer qu'elle a pris les mesures nécessaires afin de satisfaire les exigences de ces dispositions. Ces dispositions concernent seulement les « émetteurs d'actions ». Il est intéressant de mettre en parallèle les critères de cette responsabilité avec ceux de la section 7 de la nouvelle loi britannique de 2010 qui a trait au manque de surveillance.

§ 2 – L'exemple du Royaume Uni

L'Angleterre⁶⁷⁴ reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales depuis le milieu du dix-neuvième siècle : depuis que des peines d'amendes, applicables à ces personnes, sont venues se substituer aux peines classiques de pendaisons, flagellations et autres piloris, nécessairement réservées aux personnes physiques⁶⁷⁵.

Les tribunaux anglais ont adopté un modèle de responsabilité pénale des personnes morales anthropomorphique dit « *identification* » ou « *alter ego* » (A). La présente recherche doit mettre en lumière la nouvelle loi britannique de lutte contre la corruption, le *Bribery Act 2010*. En ce sens, il faut d'une part constater la liste (B) des personnes morales visées par cette loi, et d'autre part faire une brève analyse d'une nouvelle infraction pour la loi britannique en la matière : la responsabilité pénale d'une personne morale pour un manque de surveillance (C).

actifs ; (iii) l'accès aux actifs est permis uniquement avec l'autorisation générale ou spécifique de la direction ; et (iv) les comptes rendus des actifs sont comparés, à des intervalles raisonnables, aux actifs existants et les actions appropriées sont prises en ce qui concerne toute différence.

⁶⁷⁴ Le droit écossais reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales seulement depuis 1987

⁶⁷⁵ J. R. SPENCER, in *Droit anglais*, sous la direction de J. A. JOLOWICZ, Précis, Dalloz, 1992, n° 507 ; S. LOWE, F. MCKIE, « La responsabilité des personnes morales au Royaume Unis », *LPA* 1993, n° 120, p. 81.

A - La notion de l'identification/*alter ego*

Des 1944, les tribunaux anglais ont apporté les éléments nouveaux au mécanisme d'imputation⁶⁷⁶. Les tribunaux ont trouvé leur inspiration dans le principe de l'*alter ego*, un principe civil du droit de *tort*⁶⁷⁷. Les tribunaux anglais ont greffé ce principe au droit pénal.

1 - L'esprit dirigeant

Le principe de l'*alter ego* considère que certains organes ou dirigeants sont l'incarnation de la société quand ils agissent dans les intérêts commerciaux de l'entreprise. Selon cette théorie, « *les décisions prises par certains dirigeants influents de la société sont assimilées à des actes de la personne morale elle-même* »⁶⁷⁸. En ce sens, les tribunaux anglais ont tenu pour responsables les entreprises pour les actes de leur « directing mind »⁶⁷⁹ ou textuellement leur « *esprit dirigeant* ». En faisant une analogie au corps humain, Lord Denning⁶⁸⁰ a ainsi décrit une personne morale dans des termes anthropomorphiques : elle a une ‘main’ et un ‘cerveau’. Cette théorie de la *common law* dispose que l'on puisse présumer qu'une personne morale pourrait commettre les infractions prévues par le droit écrit.

Le raisonnement de « *l'esprit dirigeant* » a été formulé explicitement dans l'affaire *Tesco v. Nattrass*⁶⁸¹. En effet, les tribunaux britanniques se sont prononcés sur la question de l'imputation des actes des employés à la personne morale en droit pénal⁶⁸². La Chambre des Lords a fait référence au *dictum* de Lord Denning comparant une entreprise à un corps humain. Selon Lord Reid « *(une société) doit agir par l'intermédiaire de personnes*

⁶⁷⁶ Ce mécanisme trouverait sa source dans le droit allemand.

⁶⁷⁷ Ce terme recouvre les mécanismes équivalents à ceux de la responsabilité civile en droit français ; voir également, G. STESSENS, « Corporate criminal liability: a comparative perspective », *op. cit.*, p. 500.

⁶⁷⁸ S. GEEROMS, « La responsabilité pénale de la personne morale », étude comparative, *RIDC* 3 1996, p. 533, spéc. p. 540.

⁶⁷⁹ Lennard's Carrying Co. Asiatic Petroleum [1915] A.C. 713.

⁶⁸⁰ *Bolton (Engineering) Co. V. T.J. Graham & Sons Ltd.*, I Q.B. 159, 172 (C.A. 1956).

⁶⁸¹ *Tesco Supermarkets, Ltd. V. Nattrass* [1972] Appeal Cases 153.

⁶⁸² S. P. TISSOT-ROBERT, « A fresh insight into the corporate criminal mind: Meridian Global Funds Management Asia Ltd v The Securities Commission », *Comp. Law.* 1996, 17(4), p. 100.

vivantes et il ne s'agira pas toujours d'une seule et même personne. Dès lors, cette personne ne parle pas ou n'agit pas pour la société ; elle agit en tant que société et sa volonté, qui dirige ses actions, est la volonté même de la société. Il n'est pas question d'une responsabilité de la société du fait d'autrui. La personne n'agit pas en tant qu'employée, représentant, agent ou délégué. Elle est l'incarnation de la société, ou, pourrait-on dire, elle entend et parle à travers la persona de la société, dans son domaine propre, et sa volonté est la volonté de la société. Si c'est une volonté coupable, alors cette culpabilité est la culpabilité de la société »⁶⁸³.

Une deuxième affaire doit retenir notre attention, en l'occurrence l'avis du Conseil privé dans l'affaire *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission*⁶⁸⁴. L'avis du Conseil privé a considérablement élargi le champ d'application de la responsabilité pénale en Angleterre⁶⁸⁵. Dans cette affaire, Lord Hoffman a critiqué l'analyse anthropomorphique de Lord Denning, c'est-à-dire la dichotomie entre le cerveau et les mains de l'entreprise. Selon Lord Hoffman, il faut tenir compte de l'objet des dispositions instituant l'infraction correspondante⁶⁸⁶. Ainsi, pour Lord Hoffman, selon l'interprétation des dispositions pertinentes, on pourrait attribuer à la personne morale des actes et l'intention des employés autres que les dirigeants de la personne morale.

A la lecture de la section 14 de la nouvelle loi britannique de 2010 sur la corruption, on constate que le libellé de la loi semble respecter l'esprit de la jurisprudence.

Selon V. Wester-Ouisse⁶⁸⁷, les effets de cette responsabilité pénale sont, en Angleterre, infiniment moindres qu'en France. Toute infraction nécessitant une action en lien avec le corps ne peut concerner les personnes morales : les homicides ou blessures par imprudence sont donc exclus, ce qui est pourtant un domaine essentiel de la responsabilité pénale des personnes morales françaises. Un autre problème important est que le droit

⁶⁸³ *Tesco Supermarkets, Ltd. V. Nattrass* [1972] Appeal Cases 153, p. 170 ; traduction de V. WESTER-OUISSE, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁸⁴ All England Reports, 918.

⁶⁸⁵ Il s'agissait de l'interprétation d'une disposition d'une loi néo-zélandaise de 1988 : *New Zealand Securities Amendment Act de 1988*.

⁶⁸⁶ All England Reports, 918, voir aussi : R. A. CANO, *op. cit.*, p. 342.

⁶⁸⁷ V. WESTER-OUISSE, *op. cit.*, p. 68.

anglais ne permet pas de considérer l'intention délictueuse de l'entreprise en rassemblant les états d'esprit de différentes personnes au sein de la société⁶⁸⁸. La responsabilité pénale d'une personne morale dépend en effet essentiellement de la preuve de l'acte coupable et de l'intention d'un seul représentant de la société, bien que la condamnation de l'individu en question ne soit pas exigée⁶⁸⁹.

2 - L'intérêt pour la personne morale

Les autorités britanniques précisent que l'acte du représentant de la société doit avoir été commis en rapport avec l'activité de la personne morale⁶⁹⁰. D'autres facteurs peuvent être également pertinents, comme le fait que l'action soit commise dans le champ d'application de la compétence placée sous l'autorité du représentant⁶⁹¹. L'interprétation de cet élément est assez large. En effet, dans l'affaire *DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd*,⁶⁹² les tribunaux anglais ont considéré que nonobstant le fait que la personne morale a été lésée, elle reste responsable pénalement si l'auteur de l'infraction a agi dans le champ d'action de son emploi. Cette décision a été pourtant très critiquée⁶⁹³.

B - Les personnes morales visées : section 7(5) du Bribery Act 2010

En matière de responsabilité pénale des personnes morales, la loi britannique de 2010 a trait aux infractions réalisées par des « *organisations commerciales pertinentes* »⁶⁹⁴. Cette loi est entrée en vigueur le 1 juillet 2011. Selon cette loi sur la corruption, - section 7 (5) – les entités ci-après sont considérées comme une « *organisation commerciale pertinente* » : (a) une entité *incorporated* selon la loi de toute partie du Royaume-Uni et qui a des activités commerciales (au Royaume-Uni ou ailleurs), (b) toute autre entité *corporate* (peu importe le lieu où cette dernière a été *incorporated*) qui a des activités commerciales,

⁶⁸⁸ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 346.

⁶⁸⁹ Crown v P&O European Ferries Ltd (1990) 93 Cr App R ; voir en ce sens : R. A. CANO, *op. cit.*, p. 346.

⁶⁹⁰ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 342.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 342.

⁶⁹² [1944] K.B. 146.

⁶⁹³ G. STESSENS, « Corporate criminal liability: a comparative perspective », *op. cit.*, p. 505.

⁶⁹⁴ Traduction personnelle

ou en partie commerciales, dans toute partie du Royaume-Uni, (c) un *partnership* qui est formé selon la loi de toute partie du Royaume-Uni et qui a des activités commerciales (au Royaume-Uni ou ailleurs), ou (d) tout autre *partnership* (peu importe le lieu de création) qui a des activités commerciales, ou en partie commerciales, dans toute partie du Royaume-Uni.

C - Le manque de surveillance : la nouvelle infraction de la loi britannique

La nouvelle loi britannique sur la corruption apporte un élargissement considérable à l'approche britannique traditionnelle et comme on le verra⁶⁹⁵, cet article a des conséquences importantes pour la question de la compétence extraterritoriale. On peut même dire des maintenant que la section 7⁶⁹⁶ de la loi britannique va potentiellement plus loin que le FCPA dans sa portée extraterritoriale. Cet article crée une nouvelle infraction qui a trait au manque de surveillance et à la prévention de la corruption par une personne morale.

La section 7 s'applique à toute « *organisation commerciale pertinente* ». Les dispositions de cette loi ont pour conséquence qu'elle s'applique aussi à pratiquement toute société multinationale⁶⁹⁷, car la majorité de ces sociétés pratiquent leurs activités commerciales d'une certaine façon sur le territoire britannique.

Pour qu'une personne morale (*corporation ou partnership*) commette une des infractions visée à la section 7, une personne qui est « *associée* » à la personne morale doit violer la section 1 ou 6 (qui concerne la corruption d'un agent public étranger) de la loi. Cette catégorie de personnes comprend des personnes ou entités prestataires⁶⁹⁸ de services

⁶⁹⁵ Dans le chapitre 1 de la Partie II.

⁶⁹⁶ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7>.

⁶⁹⁷ F. J. WARIN, C. FALCONER, M. S. DIAMANT, « The British are coming!: Britain changes its law on foreign bribery and joins the international fight against corruption », *Texas International Law Journal*, Fall 2010, p. 29.

⁶⁹⁸ Article 8 (1).

pour ou de la part de la personne morale. Cela inclut les employés, agents ou filiales⁶⁹⁹. Jusqu'à la preuve du contraire, il y a une présomption que les employés de la personne morale appartiennent à cette catégorie⁷⁰⁰. Le texte de 2010 permet une interprétation très large du lien entre cette personne ou entité et la personne morale est très large⁷⁰¹. Il reste évidemment des interrogations quant aux conséquences juridiques de ces dispositions aux filiales à l'étranger. En effet, la section 7 pourrait concerner toutes les filiales d'une société multinationale⁷⁰².

Ce qui est en question ici, c'est le principe d'une responsabilité dite « *strict* », c'est-à-dire, il appartient à la personne morale de prouver qu'elle a entrepris les démarches nécessaires⁷⁰³ pour prévenir la corruption. Selon la section 7 (2) : « *c'est une défense pour C de prouver que C a mis en place des procédures adéquates conçues afin de prévenir la réalisation d'un tel comportement par une personne associé à C* ».

La notion centrale est alors celle de « *procédures adéquates* ». Le rapport explicatif à la nouvelle loi précise que la personne morale défenderesse doit démontrer, selon la « *prépondérance des probabilités* » qu'elle a respecté les « *procédures adéquates* ». La loi britannique ne précise pas ce qu'elle entend par la notion de « *procédures adéquates* ». L'article 9 (1) prévoit la publication des orientations relatives aux procédures envisageables par les organisations commerciales pertinentes afin de prévenir un acte de corruption d'une personne associée à ladite organisation. La publication du « *Guidance* » par le *Ministry of Justice* donne une certaine idée aux entreprises de ces « *procédures adéquates* »⁷⁰⁴. Malgré ce cadre, ce document stipule que seulement les tribunaux sont en mesure de décider si les procédures adéquates ont été respectées⁷⁰⁵. Cette situation n'est pas des plus faciles pour les entreprises en quête de clarté. Il est probable néanmoins qu'une personne morale qui respecte les contrôles internes très stricts du FCPA,

⁶⁹⁹ Article 8 (3).

⁷⁰⁰ Article 8 (5).

⁷⁰¹ Article 8 (2) et 8 (4).

⁷⁰² F. J. WARIN, C. FALCONER, M. S. DIAMANT, *op. cit.*, pp. 29 – 30.

⁷⁰³ Il est ainsi intéressant de comparer cette disposition au § 78 m du FCPA, *cf. supra*, cette section, § 1.

⁷⁰⁴ <http://www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf> .

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 7.

respecterait aussi la notion de « *procédures adéquates* » de la loi britannique⁷⁰⁶.

§ 3 - L'exemple de la France

Le nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1 mars 1994, a introduit la responsabilité pénale des personnes morales en droit français. On étudiera dans un premier temps l'article 121-2 du Code pénal. Aux termes de l'article 121-2 une infraction ne peut être imputée à une personne morale que si deux conditions sont réunies: l'infraction doit avoir été commise pour son compte par ses organes ou représentants (A). On étudiera également les personnes morales visées par le Code pénal français (B).

A - L'article 121-2 du Code pénal : l'infraction commise par une personne morale pour son compte par ses organes ou représentants

La responsabilité pénale des personnes morales a été « *admise dans l'ancien droit (ord. De 1670, titre 21) pour les communautés, les bourgs et les villages* »⁷⁰⁷. Cependant, le Code pénal de 1810 est resté silencieux à son sujet. Au milieu du vingtième siècle, la Cour de cassation a eu quelques occasions de se prononcer avec prudence sur la question de la responsabilité pénale des personnes morales⁷⁰⁸. La Cour de cassation a d'abord pris le parti de la personne morale - fiction, considérant que « *toute peine est personnelle, sauf les exceptions spécialement prévues par la loi ; elle ne peut donc être prononcée contre une société commerciale, être moral, laquelle ne peut encourir qu'une responsabilité civile* »⁷⁰⁹. Dans les années 1950, les juges ont choisi d'affirmer le parti de la réalité : « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout*

⁷⁰⁶ F. J. WARIN, C. FALCONER, M. S. DIAMANT, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 20^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2007, p273 ; en ce sens, *ibid.* : selon cet auteur, dans le silence des textes, la doctrine du XIX^e siècle a-t-elle soutenu que les personnes morales ne pouvaient être ni poursuivies ni punies pour une infraction commise par leur gérant ou dirigeant et que seule la responsabilité pénale personnelle de leurs représentants ou organes pouvait être retenue.

⁷⁰⁸ V. WESTER-OUISSE, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁰⁹ Cass. crim., 8 mars 1883, S. 1885 I, 470.

*groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »*⁷¹⁰.

Selon V. Wester Ouisse, l'énoncé de ce principe étant immédiatement contredit par la loi, qui exige le respect de certaines procédures pour l'acquisition de la personnalité morale, aucune conséquence ne pouvait en être tirée pour le droit pénal⁷¹¹.

La France a abandonné la résistance à l'idée de la responsabilité pénale des personnes morales avec le nouveau Code Pénal. Cela constitue une réforme qui n'était pas sans difficulté : la chambre criminelle de la Cour de cassation, avait affirmé à plusieurs reprises son refus de condamner pénalement une personne morale⁷¹². La doctrine a « *largement encouragé cette évolution, considérant cette responsabilité comme une réforme novatrice indispensable et les systèmes juridiques anglo-saxons étant désignés comme l'exemple à suivre* »⁷¹³.

Cette responsabilité pénale est donc prévue à l'article 121-2 du nouveau Code pénal : « *les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions ou délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3* ».

Ainsi, une personne morale peut « *se voir reprocher une infraction consommée ou une infraction tentée, [...] une personne morale peut être auteur ou complice soit par aide ou assistance, soit par provocations. Bref, la personne morale est traitée à l'égal des personnes physiques* »⁷¹⁴. L'emprunt de criminalité est l'explication choisie pour

⁷¹⁰ V. WESTER-OUISSE, *op. cit.*, p. 64.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 64.

⁷¹² Cass. crim. 8 mars 1883, préc. ; 10 janvier 1929, B. 14 ; 6 juillet 54, B. 250 ; 6 février 1975, B. 43.

⁷¹³ V. WESTER-OUISSE, *op. cit.*, p. 64.

⁷¹⁴ B. BOULOC, *op. cit.*, p. 279.

expliquer cette responsabilité des personnes morales⁷¹⁵. En ce sens les infractions imputables à des personnes morales doivent avoir été commises par des personnes physiques. On note aussi que le fait que la responsabilité des personnes morales découle de faits délictueux commis par des individus ne peut servir d'écran aux auteurs ou aux complices du délit⁷¹⁶ : il existe la possibilité d'un cumul des poursuites (article 121-2, alinéa 3).

Comme en droit fédéral américain et en droit anglais, il a fallu trouver un moyen d'attribuer l'élément moral à la personne morale, car cette dernière « *ne peut agir que par l'intermédiaire d'une personne physique, et elle ne peut omettre qu'en raison de l'abstention d'une personne physique* »⁷¹⁷. La solution suivante a été trouvée par le législateur : l'article 121-2 dispose que l'infraction doit avoir été commise pour son compte par ses organes ou représentants. La circulaire d'interprétation du 11 octobre 2000 tendant à expliquer les dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 prévoit qu'en matière de délit non intentionnel, du moment que la faute d'imprudence ou de négligence ayant causé indirectement un dommage est imputable à une personne physique, celle-ci pourrait engager « *la responsabilité de la personne morale, sans que la personne physique soit elle-même pénallement responsable* » au sens de l'article 123-3, al. 4 du Code pénal.

1 - Organes ou représentants

Les organes ne sont pas définis par l'article 121-2. On entendrait par la notion d'organes, « *les représentants légaux (président, gérant, etc.) ainsi que le Conseil d'administration, l'assemblée générale* »⁷¹⁸.

Quant au représentant, il est question des « *personnes physiques qui ont le pouvoir (légal ou statutaire) d'agir au nom de la personne morale* »⁷¹⁹. Par différence avec le droit

⁷¹⁵ J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ 20^e ed. 2008, n° 282 et s.

⁷¹⁶ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 327.

⁷¹⁷ B. BOULOC, *op. cit.*, p. 281.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 281.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 281 ; voir *ibid.*, le Professeur B. Belloc indique que cela peut être le directeur général unique, le gérant, le président du Conseil d'administration, le directeur général mais aussi

fédéral états-unien, cela semble exclure les hypothèses où l'infraction a été commise par un préposé subalterne, et cela exige que la personne physique ait été régulièrement investie du pouvoir d'agir au nom de la personne morale⁷²⁰.

L'organe délibérant ou le représentant engage la responsabilité de la personne morale même s'il dépasse ses attributions ou n'a pas été régulièrement investi soit dans cette fonction, soit pour un acte spécifique. Il n'est pas nécessaire que l'organe ou le représentant ait été personnellement déclaré coupable des faits reprochés à la personne morale⁷²¹.

La personne physique auteur du délit de corruption, doit être en principe identifiée. Elle peut l'être par tout moyen, y compris sur la base de présomptions de fait⁷²². Sur ce point, le droit allemand et le droit anglais diffèrent, car la personne physique, auteur du délit de corruption n'a pas besoin d'être identifiée⁷²³. L'approche du droit français est à ce niveau plus restrictive.

l'administrateur provisoire ou l'administrateur judiciaire. ; Cass. crim. 26 juin 2001 n° 4700 P, Sté Carrefour France : RJDA 01/02 n° 42.

⁷²⁰ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 328 ; voir à ce sujet B. BOULOC, *op. cit.*, p. 281 : Selon cet auteur, le directeur d'une usine ou d'une unité de production ne devrait pas engager la personne morale, car il demeure un salarié ou un préposé, sans être doté d'un pouvoir de représentation de la personne morale. Mais la Cour de cassation a considéré que les personnes physiques ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale étaient les représentants de celle-ci [Crim. 9 nov. 1999, Bull, n° 252, Rev. sc. Crim., 2000, p. 289, obs. MAYAUD et p. 600, obs. BOULOC ; Crim 26 juin 2001, Bull. n° 161] et même que le directeur de chantier délégué par plusieurs entreprises constituées en société en participation, étaient le représentant d'une autre société dont un employé avait été victime d'un accident [Crim. 14 déc. 1999, Bull. n° 306, Rev. sc. crim., 2000, p. 600, obs. BOULOC ; Crim ; 30 mai 2000, Bull, n° 206 ; Rev. sc. crim., 2000, p. 816, obs BOULOC et 856, obs. G GIUDICELLI-DELAGE.] Le déléguaire de pouvoirs d'une personne physique appartenant à une autre entreprise pourrait donc engager la responsabilité pénale d'une société à laquelle il n'appartient pas ! Toutefois, les juges sont tenus de préciser que les négligences ou imprudences ont été commises par des organes ou représentants la personne morale [A été jugée insuffisante l'indication que la SNCF avait commis par elle-même ou ses agents des imprudences ou manquements ayant concours à la réalisation de l'accident : Crim ; 18 janv. 2000, Bull. n° 28, JCP 2000.II.10395, note F.DEBOVE, D. 2000, p. 636, note SAINT-PAU ; Crim. 29 avril 2003, Bull. n° 91. , Mais voir présumant qu'un homicide involontaire est imputable à une personne morale : Crim. 2 juin 2006, Bull. n° 188.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 328.

⁷²² *Ibid.*, p. 328.

⁷²³ *Ibid.*, p. 328.

2 - Infraction commise pour son compte

Le Code pénal français ne définit pas le sens de l'expression « *pour son compte* ». Il semble qu'elle doit être interprétée de façon ample. Il est clair en effet que si l'infraction a été réalisée dans l'intérêt de la personne morale, dans le but d'obtenir un gain ou une économie, la personne morale peut être pénalement responsable⁷²⁴. Mais plus généralement, l'infraction engage la responsabilité pénale de la personne morale si elle a été commise « *dans l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation, le fonctionnement ou les objectifs* » de celle-ci, même si elle n'en a retiré aucun profit⁷²⁵.

B - Les personnes morales visées

Toutes les personnes morales sont pénalement responsables à l'exception de l'Etat. La responsabilité s'applique alors aux personnes morales de droit privé, aux personnes morales de droit public et même aux personnes morales étrangères. L'article 121-2 du Code pénal ne prend pas en compte la nationalité des personnes morales. Cela intéresse tout particulièrement la présente recherche. En effet, « *du fait de la territorialité du droit pénal, nettement affirmée par le nouveau Code pénal, les personnes morales étrangères qui commettent en France des infractions, pourront être déclarées pénalement*

⁷²⁴ T. corr. Strasbourg 9 février 1996, Riegel : RJDA 6/96 n° 787.

⁷²⁵ Voir N. RONTCHEVSKY, « Responsabilité des personnes morales », p. 7 : Le tribunal correctionnel de Versailles a ainsi jugé que l'infraction de marchandage avait été commise pour le compte de la personne morale parce qu'elle avait été commise dans le cadre d'une stratégie adoptée par la personne morale (T.corr Versailles 18 décembre 1995 : JCP 1996, II n°22640 note J. H. Robert). Il a également été jugé, dans un cas où le représentant légal d'une société (syndic de copropriété) avait commis une infraction en agissant au nom d'une autre personne (syndicat de copropriétaires), que le syndic ne pouvait échapper à sa responsabilité pénale en prétendant que son représentant n'avait pas agit pour son compte mais pour celui d'une tierce personne (Cass.crim. 24 mai 2005 n° 3041 F-PF, Sté Cabinet Loiselet père et fils : RJDA 10/05 n° 1104) Les juges de fond ne peuvent donc pas déclarer une personne morale coupable d'une infraction sans s'assurer que celle-ci lui est personnellement imputable. C'est ce qu'a rappelé la chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. Crim. 29 avril 2003 n° 2253 FS-PF, Association des commerçants du centre commercial de la Thalie : D. 2004 som.p. 318 obs. G. Roujou de Boubée et comm. p 167. Note J.C. Saint-Pau ; Bull. Joly 2003 p 955 n°200 ; RJDA 10/03 n° 937) en censurant un arrêt qui condamnait comme auteur principal du délit de vente au déballage non autorisée l'association de commerçantes d'un centre commercial, bailleresse des emplacements occupés par les vendeurs au déballage sur le mail de la galerie marchande du centre. Les auteurs principaux de la vente illicite étaient à l'évidence les vendeurs et non l'association qui leur louait les emplacements.

responsables des agissements accomplis »⁷²⁶. Poursuivre des personnes morales étrangères et surtout exécuter des sanctions à leur encontre reste évidemment délicat. Il faut souligner aussi qu'une personne morale française qui s'est livrée à un acte de corruption à l'étranger pourrait être poursuivie en France « *si les règles de la compétence internationale rendent les tribunaux français compétents* »⁷²⁷. On étudiera la question de la compétence au sein du chapitre 4 de la présente recherche.

Concernant la corruption de l'agent public étranger, on constate que les conditions générales de mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales prévues l'article 121-2 du code pénal s'appliquent⁷²⁸. La disposition pertinente est l'article 435 -3 du Code pénal⁷²⁹ qui concerne la corruption et le trafic d'influence actifs. L'article dispose ainsi :

« est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplit ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenu d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ».

Le Code pénal prévoit les peines complémentaires et la responsabilité des personnes morales à l'article 435-15. Cet article dispose que :

« Les personnes morales reconnues pénalement responsables, dans les conditions prévues à l'article 121-2, des infractions prévues aux articles 435-3, 435-4, 435-9 et 435-10 encourrent les peines suivantes : 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ; 2° Pour une durée de cinq ans au plus, les peines prévues aux 2° à 7° de

⁷²⁶ B. BOULOC, *op. cit.*, p. 280.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 280.

⁷²⁸ Voir H. PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration général sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la lutte contre la corruption*, <http://www.senat.fr/rap/l07-051/l07-051.html>.

⁷²⁹ Modifié par Loi n°2011-525 du 17 mai 2011 - art. 154.

l'article 131-39 ; 3° La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21, de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ; 4° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 ».

En conclusion de ce développement sur la responsabilité des personnes morales, on aperçoit bien que la mise en œuvre des traités internationaux laisse une marge d'appréciation assez large lorsqu'il s'agit de transposer une telle responsabilité dans la législation nationale.

Le résultat est évidemment qu'il existe dans ce domaine une non coïncidence des législations nationales. On remarquera que le droit états-unien conduit à une incrimination relativement aisée en matière de corruption selon l'angle de la responsabilité de la personne morale. Le droit français de son côté rend plus difficile la mise en œuvre de la responsabilité d'une personne morale pour corruption. Quant au droit du Royaume-Uni, il faudrait attendre l'application effective de la nouvelle loi sur une certaine durée pour mesurer son potentiel anti-corruption.

CONCLUSION

Traditionnellement, les conventions et traités internationaux s'appliquent aux Etats et non aux entreprises. Les personnes morales « *ne sont en principe destinataires des règles de droit international que par la médiation d'un ordre juridique étatique* »⁷³⁰. Il n'a pas été possible d'imposer aux entreprises des normes internationales juridiquement contraignantes et l'article 2 de la convention de l'OCDE en est un bon exemple. En effet, cet article entend réguler le comportement des entreprises dans le commerce international mais cela est fait par le biais du droit interne, et la marge de manœuvre laissée aux Etats parties est très (trop) importante puisque cette disposition prend en compte les principes

⁷³⁰ P. J. LOWE G., « La responsabilité en droit international pour corruption dans la gestion des ressources en Afrique centrale », in *La corruption et le droit international*, op. cit., p. 144.

juridiques de chaque partie. Une des conséquences en est alors les situations de non coïncidence importantes. Dans ce dernier cas ou encore dans certains domaines spécifiques,⁷³¹ il demeure la responsabilité de l'Etat de prendre les mesures appropriées.

Les dispositions très amples des textes internationaux de lutte contre la corruption relative à la responsabilité des personnes morales est le reflet de l'hétérogénéité des approches à cette question. La question se pose nécessairement d'un ordre juridique supra-étatique compétent pour sanctionner pénalement les infractions de corruption des personnes morales.⁷³²

⁷³¹ S. BRABANT, *Les entreprises ne peuvent plus ignorer les droits de l'homme*, Lemonde.fr du 23 mars 2011 : comme par exemple les droits de l'enfant, les discriminations à l'égard des femmes, les droits des personnes handicapées, le droit à l'alimentation et à la santé ou le droit à l'eau.

⁷³² Cf., *infra*, chapitre 8

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

La lutte contre la corruption de l'agent public étranger doit faire face à une problématique anodine de politique juridique : la difficulté de rédiger les textes uniformes en droit international. Dans ce domaine, on ne sait pas si cette difficulté est le fruit des subtilités de la technique juridique en matière de définition des infractions pénales (ici tout spécialement les actes de corruption) ou d'une situation dans laquelle les rédacteurs des textes internationaux trouvent un intérêt à des divergences d'infractions pénales. Il est clair que les nombreuses situations de non coïncidence que nous avons pu relever pourraient avoir pour conséquence des difficultés dans l'application harmonieuse des textes internationaux, et donc une relative inefficacité dans la lutte contre la corruption de l'agent public étranger.

SECONDE PARTIE

LA DIFFICILE APPLICATION DES TEXTES INTERNATIONAUX

L'efficacité de la lutte contre la corruption internationale est tributaire non seulement de l'harmonisation des normes nationales mais également de la coordination et de la coopération juridique entre les Etats parties aux conventions internationales. Si l'optique de notre première partie a été de relever des situations de non coïncidence qui pourraient avoir pour conséquence des difficultés dans l'application harmonieuse des textes internationaux, la deuxième partie se concentrera, elle, sur les dispositions procédurales de ces textes. Il s'agit effectivement d'examiner la volonté réelle des Etats parties de mettre en œuvre ces dispositions au-delà du seul niveau déclaratoire.

Le premier constat qui s'impose est l'absence de juridictions internationales en matière de corruption, les poursuites se font alors devant les juridictions nationales. En ce sens, il convient d'analyser les titres de compétence étatique prévus par les textes internationaux dans cette optique (Chapitre 4). Il serait alors logique de porter notre regard sur les questions de coopération judiciaire interétatique en matière de corruption internationale (Chapitre 5). On étudiera les conséquences juridiques de la qualification d'un comportement ou d'un fait en tant que corruption et on pense notamment au transfert des biens et des personnes (Chapitre 6). Avant de se livrer à certaines propositions d'amélioration des textes juridiques existants (Chapitre 8), on analysera la prévention et la surveillance internationale continue en matière de corruption internationale (Chapitre 7).

CHAPITRE 4

L'EXTENSION DE LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES

Dans l'absence de juridiction internationale compétente en matière de corruption d'agent public étranger, cette lutte s'organise par le biais de la transposition des dispositions conventionnelles en droit interne. Nous avons constaté les difficultés de cette approche au sein de la première partie relative aux critères d'incrimination de l'agent public étranger. Il convient maintenant d'analyser certaines questions procédurales, en commençant par la problématique de la compétence des juridictions nationales pour connaître les affaires de corruption d'agent public étranger. On rappellera ainsi les principes du droit international en la matière (Section 1) avant de se pencher sur l'approche des textes internationaux pertinents (Section 2). On doit nécessairement aborder la question épingleuse de la compétence des juridictions nationales à l'égard des filiales à l'étranger (Section 3) et on analysera en dernier lieu l'optique de la loi américaine le FCPA surtout au vu de sa portée largement extraterritoriale (Section 4).

SECTION I

LES PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL EN MATIERE DE COMPETENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES

Dans un souci de clarté, on commencera cette section par un constat préalable : en droit international, les Etats sont obligés de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions (§ 1). Ensuite, il conviendrait d'analyser l'exercice de la compétence par les juridictions nationales. Parmi les organes étatiques, les juridictions nationales ont une importance toute particulière, du moins pour le juriste. L'histoire institutionnelle de la construction des Etats comme le principe politico-juridique de la souveraineté conduisent à une constatation simple et importante : les juridictions nationales sont par principe compétentes pour juger des actes – et notamment des actes de corruption – sur le territoire de l'Etat (§2). Mais cela n'empêche pas que les juridictions nationales puissent se voir attribuer la compétence à l'égard des personnes (§ 3). L'une des difficultés née de la structure même du droit international est que certains Etats sont parfois tentés de projeter en dehors de leur territoire l'application de leur droit national et donc d'attribuer un certain degré de compétence extraterritoriale à leurs juridictions nationales (§ 4).

§ 1 – L'obligation de prendre des mesures internes d'exécution

L'efficacité de tout système de droit dépend de l'application effective des normes établies par l'ordre juridique qui l'organise. On constate que la société internationale étatique n'est pas en mesure de garantir l'efficacité de l'application des normes comme le font les systèmes juridiques internes. En effet, « *la persistance de l'éparpillement du pouvoir fait peser sur les conditions d'application du droit international des vicissitudes* »

qui nuisent particulièrement à son efficacité »⁷³³. Les règles internationales en matière de poursuite démontrent que dans l'absence de juridictions et procédures adéquates, c'est dans le droit interne qu'il faut organiser la répression des infractions internationales. Ainsi, on constate que l'Etat est le principal agent d'application du droit international⁷³⁴.

En général c'est par le biais des différentes conventions portant définition d'infractions internationales que les Etats s'engagent à adapter leur droit interne aux objectifs fixés, c'est-à-dire la prévention et la répression de ces infractions. Le principe pertinent du droit international est alors *pacta sunt servanda* : la soumission au droit international. Il est aussi question, plus généralement, de l'exécution de bonne foi des engagements internationaux. En ce sens, la ratification d'un traité par un Etat donne naissance à l'obligation d'introduire dans l'ordre juridique interne des traités qui établissent des droits et des obligations pour les particuliers⁷³⁵. Cela est une obligation générale de nature coutumière.

Pour être applicable, « *un traité doit contenir des dispositions suffisamment précises et pouvoir s'inscrire dans ‘des structures d'accueil’ juridiques ou financières de droit interne* »⁷³⁶. En ce sens, il peut être question de l'abrogation de certaines normes internes par l'Etat en question si ces dernières sont en contradiction avec les obligations internationales. De plus, l'Etat peut être dans l'obligation d'adopter de nouvelles normes. Il doit être souligné, que lorsqu'il est question d'inscrire des mesures dans le cadre du droit pénal, « *ces mesures se doivent d'être normatives pour atteindre leur but* »⁷³⁷. Ce n'est pas

⁷³³ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 10ème édition, Paris, Dalloz, p. 443.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 446.

⁷³⁵ P. DAILLIER, *et al.*, *op. cit.*, p. 251 ; voir aussi l'avis de la C.P.J.I. (*Cour permanente de Justice internationale*) selon laquelle « *un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris* » (*Avis du 21 février 1925 sur l'Echange des populations turques et grecques*, série B, n° 10, p. 20).

⁷³⁶ P. DAILLIER *et al.*, *op. cit.*, p. 254.

⁷³⁷ I. FICHET-BOYLE, M. MOSSE, « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 872 ; voir *ibid.* : il faut rappeler que « *les juristes de droit interne, et particulièrement de droit pénal, insistent sur la nécessité d'une législation interne, dans le mesure où ils adoptent une conception rigoureuse du principe de légalité, qu'ils déclinent en trois propositions : nullum crimen sine lege scripta : la source de l'incrimination doit être une loi écrite, excluant ainsi la possibilité d'incriminations posées par le droit coutumier ; nullum crimen sine lege certa : les éléments de l'infraction doivent être précisément définis par*

forcément valable en matière de mesures préventives.

Les mesures internes d'exécution de l'incrimination conventionnelle peuvent être directes, c'est-à-dire instituée par une convention internationale. Elles peuvent aussi être indirectes, c'est-à-dire une incrimination par le droit interne sur la base d'une obligation internationale.

Lorsqu'il est question d'une incrimination conventionnelle directe, les éléments constitutifs de l'infraction sont définis par la convention pertinente. Plus précisément, il est question d'une norme érigée dans l'ordre international et qui fait « *directement naître dans l'ordre interne des droits au bénéfice des personnes privées, physiques et morales* »⁷³⁸. Il s'agit ici d'un traité qui possède un caractère self-executing (auto exécutoire). Dans le cas de l'incrimination indirecte, celle-ci est établie par le droit interne sur la base d'une obligation internationale. Il est question d'un traité qui ne possède pas de caractère *self-executing*, c'est-à-dire des instruments qui « *ne se suffisent pas à eux-mêmes et les Etats parties doivent prendre les mesures internes nécessaires à leur exécution* »⁷³⁹.

Le système d'incrimination conventionnelle en général⁷⁴⁰ et le dispositif

la norme, et les raisonnements par analogie sont proscrits ; nulla poena sine lege : la peine doit également être prévue par un texte écrit ».

⁷³⁸ A. YOKARIS, « Les critères de compétence des juridictions nationales », in H. ASCENSIO *et al.*, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 897 : L'auteur souligne que dans la pratique, on peut rencontrer également des cas d'incrimination par un acte institutionnel d'une organisation internationale ; tel est le cas des tribunaux pénaux internationaux. L'incrimination internationale peut être aussi d'origine coutumière, par exemple, la piraterie maritime.

⁷³⁹ P. DAILLIER, *et al.*, *op. cit.*, p. 255 ; voir *ibid.* : « *le contrôle du respect de cette obligation s'opère en règle générale par le biais de la responsabilité internationale de l'Etat, ce qui suppose qu'en ne prenant pas les mesures d'application nécessaires l'Etat a porté préjudice aux droits garantis par la convention à des ressortissants étrangers* ».

⁷⁴⁰ Voir cependant, B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.*, 1986, p.11 : il est nécessaire de rappeler en matière de règles régissant les compétences internationales des Etats, qu'il existe une « *distinction absolument essentielle : c'est la distinction entre la compétence normative et la compétence d'exécution – ou la compétence opérationnelle – les deux n'étant pas régies par les mêmes règles. La compétence normative est le pouvoir qu'a l'Etat d'édicter des règles générales ou individuelles, à travers ses organes législatifs, exécutifs ou juridictionnels. La compétence d'exécution est le pouvoir que possède un Etat de mettre en œuvre une règle générale ou une décision individuelle par des actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre de la contrainte étatique* ». On se concentrera au sein de ce chapitre sur la compétence normative et les critères de l'exercice de cette dernière.

conventionnel international anti-corruption en particulier appellent les Etats parties à exercer des compétences législatives pour incriminer, établir leur compétence juridictionnelle internationale et réprimer ou extrader. En matière de lutte contre la corruption d'agent public étranger, nous sommes manifestement dans le cadre de l'incrimination indirecte. Cela se traduit par des dispositions dans la plupart des conventions internationales qui posent une obligation pour les Etats membres d'adopter les mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions internationales. L'adoption de mesures internes pour transposer les obligations internationales est une pratique banale.

§ 2 – La compétence territoriale

La compétence territoriale est le chef de compétence le plus important en droit international. Il ne souffre d'aucune contestation qu'un Etat possède la compétence juridique à l'égard des biens et des personnes situés sur son territoire. Cette compétence peut être définie en droit international de la façon suivante : « *compétence de l'Etat qui s'exerce dans les limites de son territoire (y compris les lieux assimilés à celui-ci par le droit international), sous réserve des restrictions établies par le droit international* »⁷⁴¹.

L'affaire célèbre dite de l'Île des Palmes⁷⁴² nous éclaire sur la question de la compétence territoriale. Selon l'arbitre Max Huber, « *la souveraineté dans les relations entre les Etats signifie l'indépendance. L'indépendance relativement à une partie du globe est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre Etat les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation nationale des Etats durant les derniers siècles et, comme corollaires, le développement du droit international ont établi le principe de la compétence exclusive de l'Etat en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports*

⁷⁴¹ J. SALMON, *op. cit.*, p. 210 ; voir aussi P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 89 : « *l'aptitude de l'Etat à exercer son autorité conformément au droit international, aussi bien sur les biens que sur les situations, les personnes et les activités placées ou exercées à l'intérieur de son territoire* ».

⁷⁴² Sentence rendue dans le cadre de la Cour permanente d'arbitrage. Cette affaire concernait un différend entre les Etats-Unis et les Pays-Bas sur l'île de Palmes, dans le Pacifique.

internationaux »⁷⁴³. Il en ressort qu'il y a deux caractères fondamentaux de la souveraineté territoriale : la plénitude de son contenu et l'exclusivité de son exercice⁷⁴⁴.

La nature de la compétence exercée par l'Etat est d'être plénière, dans le sens où le droit international « reconnaît à l'Etat le droit d'exercer, selon sa propre appréciation discrétionnaire, toutes les fonctions de commandement destinés à favoriser les activités licites au regard du droit international – qui se déroulent sur son territoire »⁷⁴⁵. Cette forme de compétence s'exerce sur toutes les personnes qui résident sur le territoire de l'Etat, qu'ils s'agissent de ses ressortissants ou de résidents étrangers provenant de pays tiers. En effet, « cela apparaît en ce qui concerne aussi bien les lois substantielles de l'Etat – celles par lesquelles il régit directement les conduites – que celles qui se rapportent à la compétence de ses tribunaux pour apprécier les conduites effectives des sujets »⁷⁴⁶. Le droit pénal en constitue un très bon exemple. Ainsi, le Code pénal codifie tous les comportements interdits par la loi pénale et assortis de sanctions⁷⁴⁷. Il existe néanmoins une contrepartie à cette généralité, illustrée par la sentence de l'affaire dite du Lac Lanoux : « la souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption [...] elle doit flétrir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source, mais elle ne flétrit que devant elle »⁷⁴⁸. Les réglementations et législations édictées par l'État sur son territoire sont présumées être valides. Ainsi, tout acte que l'État effectue dans les limites de son territoire est en principe valide, sauf s'il est manifestement contraire au droit international⁷⁴⁹.

La compétence territoriale est de nature exclusive. Il est alors question de la souveraineté territoriale qui « implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. L'exclusivité caractérise donc l'exercice de la souveraineté territoriale : chaque Etat exerce, par l'unique intermédiaire de ses propres organes, les pouvoirs de législation,

⁷⁴³ RSA, vol II, p. 281.

⁷⁴⁴ Voir en ce sens : P. DAILLIER *et al.*, *op. cit.*, p. 527.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 527 ; voir également P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 90 : « à l'intérieur de son territoire, l'Etat souverain exerce l'ensemble des pouvoirs qui s'attachent à sa qualité d'autorité publique ».

⁷⁴⁶ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 9ème édition, Paris, Montchrestien, 2010, p. 353.

⁷⁴⁷ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 511.

⁷⁴⁸ RSA, Tome XII, 281, p. 301.

⁷⁴⁹ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 511.

d'administration, de juridiction et contrainte sur son territoire »⁷⁵⁰. M. le Professeur P.M. Dupuy nous rappelle que le droit international s'étant d'abord affirmé comme celui de la coexistence entre entités également souveraines, la première limitation qu'il impose à l'Etat « *est celle d'exclure- sauf l'existence d'une règle permissive contraire- tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État* »⁷⁵¹. Ainsi, la jurisprudence internationale souligne que « *entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est une des bases essentielles des rapports internationaux* »⁷⁵².

L'exercice de la compétence territoriale trouve sa source dans la « *théorie des groupes* ». En effet, « *seuls les faits ayant eu lieu sur le territoire occupé par le « groupe » retenaient l'intérêt, ce qui démontrait une absence de solidarité* »⁷⁵³. L'exercice « *pure* »⁷⁵⁴ de cette compétence concerne seulement les actes réalisés entièrement à l'intérieur du territoire. Il est alors question de l'application du principe de territorialité *subjective*. La conséquence d'une telle application stricte provoquerait des lacunes dans le champ d'application juridictionnel, connu dans le droit anglo-saxon comme un « *gap of jurisdiction* »⁷⁵⁵.

Une autre application de la compétence territoriale, dite « *objective* », peut s'exercer pour des faits qui ont eu lieu à l'étranger. Il est question de l'exercice de la compétence des juridictions nationales à l'égard des actes ayant reçu un commencement d'exécution sur son territoire⁷⁵⁶. En ce sens on peut se référer à la jurisprudence de l'affaire du Lotus où la C.P.J.I. a déclaré qu' « *il est constant que les tribunaux de beaucoup de pays, même de pays qui donnent à leur législation pénale un caractère strictement territorial, interprètent la loi pénale dans ce sens que les délits dont les auteurs au moment de l'acte délictueux se trouvent sur le territoire d'un autre Etat, doivent néanmoins être considérés comme ayant été commis sur le territoire national, si c'est là*

⁷⁵⁰ P. DAILLIER *et al.*, *op. cit.*, p. 532.

⁷⁵¹ CPJI, arrêt du Lotus, série A, n° 10, p. 18-19.

⁷⁵² CIJ, affaire du *Détroit de Corfou*, Réc. 1949, p. 35.

⁷⁵³ A. YOKARIS, *op. cit.*, p. 897.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 897.

⁷⁵⁵ Draft convention on jurisdiction with respect to crime, A.J.I.L 1935, Suppl/, pp 439s. art 3.

⁷⁵⁶ Harvard Law School Research, A.J.I.L. 1935, p. 484.

que s'est produit un des éléments constitutifs du délit et surtout ses effets »⁷⁵⁷. On fait référence ici à la « *doctrine de l'effet* ». Il s'agit d'activités exercées à l'extérieur du territoire de l'Etat mais qui produisent un effet à l'intérieur de celui-ci. On note que la doctrine de l'effet élargit considérablement la portée de cette compétence et les dispositions du FCPA en sont un exemple concret⁷⁵⁸.

On ne fera pas référence ici à la compétence territoriale relative à la loi du pavillon. L'exercice de cette forme de corruption présente très peu d'intérêt en matière de la lutte contre la corruption.

§ 3 - La compétence personnelle

La compétence personnelle en droit international est « *l'aptitude de l'Etat à soumettre à son ordre juridique et, en particulier, à incriminer et juger des faits commis à l'extérieur de ses frontières en raison d'un lien d'allégeance de l'auteur (compétence personnelle active) ou de la victime (compétence personnelle passive) de l'infraction à l'égard de l'Etat qui exerce la compétence* »⁷⁵⁹. L'exercice de la compétence personnelle intervient souvent dans l'hypothèse où l'Etat ne peut fonder sur un titre territorial « l'emprise qu'il exerce sur des individus ou sur des activités »⁷⁶⁰. L'Etat pourrait invoquer un lien dit d'allégeance, tel que la nationalité afin de créer la subordination.

M. le Professeur Pieth identifie deux sources différentes auxquelles on pourrait attribuer l'origine de ce principe⁷⁶¹. Premièrement, il serait question de la notion « *iura ossibus inhaerent* »⁷⁶² (la loi suit les os), notion qui est cependant tombée en disgrâce au

⁷⁵⁷ Série A, n° 13, p. 23.

⁷⁵⁸ Cf., *infra*, ce chapitre, section 2.

⁷⁵⁹ J. SALMON, *op. cit.*, p. 211 ; voir également *ibid.*, « *par extension de sens, aptitude de l'Etat à incriminer et juger des faits commis à l'extérieur de son territoire sur des biens ou au sein de collectivités relevant de sa juridiction* ».

⁷⁶⁰ P. DAILLIER, *et al.*, *op. cit.*, p. 532.

⁷⁶¹ M. PIETH, « Article 4. Jurisdiction », in M. PIETH *et al.*, *The OECD convention on Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 280.

⁷⁶² Voir également : P. DAILLIER *et al.*, *op. cit.*, p. 554 : « *en vertu du droit coutumier, le lien de nationalité autorise l'Etat à « suivre » ses ressortissants dans des circonstances où le titre territorial serait inefficace, c'est-à-dire lorsqu'il se trouve soit à l'étranger, soit dans un espace qui n'est soumis à la juridiction nationale d'aucun Etat* ».

début de la vingtième siècle. Deuxièmement, puisque de nombreux Etats s'opposent à l'extradition de leurs ressortissants, il existe une obligation internationale pesante sur les Etats de poursuivre leurs ressortissants auteurs d'infraction qui cherchent à se réfugier dans leur propre pays. On fait référence ici à l'adage latin « *aut dedere aut judicare* ». On note que l'efficacité de l'exercice de la compétence personnelle comporte un grand intérêt pour l'Etat en question. C'est en ce sens que l'Etat conclut des accords concernant par exemple les conventions sur l'entraide judiciaire ou les traités d'extradition⁷⁶³.

Plusieurs nations tentent de faire valoir leur autorité à l'encontre de leurs ressortissants (et parfois leurs résidents), sans égard de l'endroit où ils se trouvent. Cette pratique est plus habituelle dans les droits continentaux. En matière de corruption, les Etats-Unis n'ont utilisé que rarement la nationalité seule comme base pour affirmer leur compétence même s'ils ont utilisé la nationalité en liaison avec d'autres bases juridiques pour démontrer leur compétence judiciaire⁷⁶⁴.

A - La compétence personnelle active

On rappelle que la compétence personnelle active concerne l'aptitude de l'Etat à soumettre à son ordre juridique et, en particulier, à incriminer et juger des faits commis à l'extérieur de ses frontières en raison d'un lien d'allégeance de l'auteur de l'infraction à l'égard de l'Etat qui exerce la compétence⁷⁶⁵. L'exercice de cette forme de juridiction « *servait à des fins de contrôle des personnes soumises au pouvoir féodal partout où ils se trouvaient* »⁷⁶⁶. Dans la mesure où l'extradition des nationaux est prohibée par la Constitution, cette compétence est utilisée aujourd'hui car « *les jurisdictions internes doivent être tenues de sanctionner pénalement les agissements de leurs ressortissants à l'étranger qui sont incriminés par des normes internationales* »⁷⁶⁷. On note que dans le cadre des conventions internationales antiterroristes, l'exercice de cette forme de

⁷⁶³ Pour les questions relatives à la coopération internationale, voir ci-dessous, chapitre 5.

⁷⁶⁴ L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op. cit.*, pp. 274 – 278.

⁷⁶⁵ J. SALMON, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁶⁶ A. YOKARIS, *op. cit.*, p. 900.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 900.

compétence est obligatoire.

B - La compétence personnelle passive

La compétence personnelle passive a trait au lien d'allégeance de la victime de l'infraction à l'égard de l'Etat qui exerce la compétence. Le principe de la personnalité passive est l'expression juridique contemporaine du principe de vengeance collective. On peut citer l'exemple de la Grèce antique où «*les Eléens avaient déclaré la guerre aux Lacédémoniens parce que ces derniers n'avaient pas puni ceux qui avait fait tort aux Eléens de passage par Sparte*»⁷⁶⁸. C'est également un principe que l'on pouvait trouver dans le droit romain.

Le principe de compétence personnelle passive est l'objet de débats importants. D'ailleurs, d'aucuns le considèrent comme un excès de compétence. On note cependant que la doctrine soutient largement cette approche en matière des poursuites de crime de guerre.

Plus concrètement, la compétence personnelle passive sert surtout dans les cas de criminalité «*qui ne sont pas toujours réprimées dans les Etats où se commet le préjudice contre des victimes étrangères*»⁷⁶⁹. On pense surtout aux conventions internationales antiterroristes.

§ 4 – Normes extraterritoriales

Une norme est considérée comme extraterritoriale «*si, au moment où elle opère, elle prétend régir des conduites, statuer sur des situations, ou prendre en considération des faits, extérieurs au territoire*»⁷⁷⁰. Il s'agit alors de l'exercice «*des compétences législative, juridictionnelle et exécutive à l'égard de personnes ou de choses situées sur le territoire d'un autre Etat (y compris les lieux assimilés à celui-ci par le droit*

⁷⁶⁸ A. YOKARIS, *op. cit.*, p. 900.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 902.

⁷⁷⁰ J. COMBACAU, S. SUR, *op. cit.*, p. 354.

international) »⁷⁷¹. On ne rencontre pas de difficultés dans l'hypothèse de l'exercice de cette compétence extraterritoriale dans un espace qui n'est pas soumis à la juridiction exclusive ou privilégiée d'un autre Etat⁷⁷². Dans le cadre de l'exercice de la compétence extraterritoriale à l'étranger, il est question d'une hypothèse juridique nettement plus compliquée.

La présente étude qui concerne l'application extraterritoriale⁷⁷³ du droit a évidemment trait aux personnes physiques. En effet, en droit international, le lien de nationalité permet « *à un Etat d'exercer notamment sa compétence sur certains individus y compris lorsqu'ils se trouvent sur un territoire étranger ou à l'intérieur d'espaces internationialisés* »⁷⁷⁴. On souligne que l'exercice de cette compétence comprend également les personnes morales ou encore des engins et véhicules qui se déplacent hors du territoire national et rattachés à l'Etat par leur immatriculation.

La notion de la compétence extraterritoriale est non sans équivoque. Ces problématiques n'ont cessé de croître depuis la fin de la Seconde guerre mondiale⁷⁷⁵. Il est logique que ces questions continueront à être très importantes dans le contexte de la mondialisation et l'interconnexion des rapports économiques : les gouvernements souhaitent exporter leurs lois afin de maîtriser leur propre politique économique. La présente recherche se focalise sur la corruption d'agent public étranger réalisée par une personne morale⁷⁷⁶. Les questions de compétence extraterritoriale sont ici très pertinentes,

⁷⁷¹ J. SALMON, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁷² P. DAILLIER *et al.*, *op. cit.*, p. 561.

⁷⁷³ B. STERN, *op. cit.*, p. 9 : Il convient de préciser que la présente recherche ne fera pas état d'une forme de compétence extraterritoriale qui s'intitule application extraterritoriale médiatisée. Cette forme d'application extraterritoriale du droit est celle où la mise en œuvre d'une norme est le fait des autorités d'un Etat autre que l'Etat auteur de la norme, plus précisément des tribunaux de cet Etat. De plus, on n'approfondira pas ici la question de l'effet extraterritorial du droit. Il est question ici de questions qui sont réglées par les normes de droit interne où elles posent le problème général de la compétence de reconnaissance des normes ou décisions étrangères que possèdent les Etats.

⁷⁷⁴ J. F. REZEK, « Le droit international et la nationalité », *RCADI*, 1986, III, t. 198, pp. 335-400 ; P.M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁷⁵ W. ESTEY, « The five bases of extraterritorial jurisdiction and the failure of the presumption against extraterritoriality », *21 Hastings Int'l & Comp. L. Rev* p. 177.

⁷⁷⁶ Cf., *supra*, première partie, chapitre 3.

surtout en raison des actes de corruption réalisés par les filiales à l'étranger pour le compte de la société mère. Ces sociétés multinationales jouissent généralement «*d'une diversité d'implantation, notamment en raison de la création de filiales dans plusieurs pays, reliées à la société mère, sont amenées du fait de la disparité des législations internes à l'autre pour choisir la loi la plus favorable à leurs activités* »⁷⁷⁷. Il est évident que ce choix de rattachement - qui revêt un caractère assez artificiel - peut avoir des conséquences économiques très favorables pour l'entreprise.

SECTION 2

LES TITRES JURIDIQUES DE COMPETENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES DANS LES CONVENTIONS INTERNATIONALES DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

On peut répartir les formes de compétence juridique visées par les textes internationaux de lutte contre la corruption en trois catégories différentes. La compétence territoriale, commune à tous les droits, est souvent retenue par les textes internationaux de lutte contre la corruption comme la seule compétence juridictionnelle obligatoire la compétence territoriale (§ 1). Les dispositions des conventions ont également trait à l'exercice de la compétence personnelle (§ 2) mais leur mise en œuvre n'est pas d'une manière générale obligatoire. On remarquera également l'existence d'une forme de compétence *sui generis*. On étudiera ainsi la prise en compte, par certaines conventions, de la compétence juridique à l'égard des agents publics internationaux (§ 3)⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 102.

⁷⁷⁸ On précise que cette étude, qui aborde avant tout les questions de droit international public, n'approfondira pas ici les éléments du droit communautaire qui pourraient concerter la mise en œuvre des instruments communautaires.

§ 1 – La compétence des juridictions nationales pour connaître des actes de corruption commis sur le territoire national par des agents nationaux et/ou des agents étrangers

Tous les textes internationaux de lutte contre la corruption d'agent public étranger imposent l'exercice de la compétence des juridictions nationales pour connaître les infractions qui ont lieu sur le territoire de l'Etat partie.

L'IACAC, à l'article 5⁷⁷⁹, appelle les Etats parties à exercer la compétence territoriale. Bien que cette disposition de l'IACAC relative à la compétence territoriale ne mentionne pas expressément la doctrine de l'effet, le champ d'application de l'IACAC s'étend aux actes de corruption commis ou ayant ses effets au sein du territoire d'un Etat partie⁷⁸⁰. L'IACAC ne définit pas le terme « *effets* » et donc les Etats seront libre, en accord avec le droit international, de définir le terme dans la législation nationale de transposition⁷⁸¹.

L'article 7⁷⁸² de la convention de l'Union européenne prévoit les dispositions qui s'appliquent aux Etats membres relatifs à l'établissement de leur compétence à l'égard des infractions découlant des articles 2,3 et 4 du texte. Il s'agit des infractions de corruption active et passive ainsi que les infractions instituées en vertu du principe d'assimilation prévues à l'article 4. Comme dans le premier protocole relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés, quatre critères de compétence sont retenus. La compétence territoriale⁷⁸³ est prise en compte dans le cas où l'infraction est réalisée, en tout ou en partie, sur le territoire de l'Etat membre. La qualité et la nationalité du corrupteur ne sont

⁷⁷⁹ L'article 5 (1) : « *Chaque Partie adopte les mesures nécessaires pour exercer sa compétence à l'égard des infractions auxquelles elle aura conféré ce caractère, conformément à la présente convention, lorsque ces infractions sont commises sur son territoire* ».

⁷⁸⁰ L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, pp. 275 – 276.

⁷⁸¹ Pour la doctrine de l'effet voir ci-dessus ce chapitre, section 1.

⁷⁸² « *Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions qu'il a instituées conformément aux obligations découlant des articles 2, 3 et 4* » ; on note que le premier protocole contient des dispositions analogues à ce sujet, on ferait référence ici au texte de la convention seulement.

⁷⁸³ Article 7 (1) (a) de la convention, article 6 (1) (a) du premier protocole.

pas prises en considération. La mise en œuvre du principe de territorialité est obligatoire pour tous les Etats membres. On constate néanmoins que seul le principe de territorialité est obligatoire pour tous les Etats membres, l'article 7 (2) prévoyant une possibilité de dérogation pour les trois autres. On peut légitimement estimer que cette possibilité de réserve est un frein potentiellement important dans l'application extraterritoriale de ces textes.

L'article 4 (1) de la convention de l'OCDE exige des États parties qu'ils prennent : « *les mesures nécessaires pour établir [leur] compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise de tout ou partie sur [leur] territoire* ». Cette disposition ne fait rien d'autre que de rappeler le principe de l'application territoriale du droit pénal, qui est commun à tous les droits nationaux⁷⁸⁴.

On note que plusieurs pays de l'OCDE possèdent des territoires ou départements d'outre mer. Il serait nécessaire de clarifier le statut juridique de ces territoires afin de savoir si le principe de territorialité s'y applique. Cela est surtout pertinent dans le cadre des centres *offshores* ou des paradis fiscaux⁷⁸⁵.

Les commentaires officiels⁷⁸⁶ à la convention de l'OCDE prévoient que la compétence territoriale devrait être interprétée de façon extensive. Une telle approche considère que l'usage des emails, fax ou téléphone constitue le lien territorial qui ferait rentrer l'acte corrompu dans le champ d'application de la convention. Le Professeur Pieth souligne que les dispositions en droit interne d'un grand nombre d'Etats parties à la convention de l'OCDE satisfont à ces critères⁷⁸⁷. On fait évidemment référence ici à la doctrine de l'effet. La définition de J. Salmon cité ci-dessus souligne que l'on assimile à la compétence territoriale celle qui s'étend aux activités exercées en dehors du territoire de l'Etat mais qui ont un effet à l'intérieur de ce territoire⁷⁸⁸. Cela est pertinent dans les cas de

⁷⁸⁴ D. FLORE, *op.cit.*, p. 55.

⁷⁸⁵ M. PIETH, « Article 4. Jurisdiction », *op.cit.*, p. 274.

⁷⁸⁶ Commentaire 25, <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

⁷⁸⁷ M. PIETH, *Article 4. Jurisdiction*, *op.cit.*, p. 277.

⁷⁸⁸ J. SALMON, *op.cit.*, p. 210 ; voir aussi P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 89 : « *l'aptitude de l'Etat à exercer son autorité conformément au droit international, aussi bien sur les biens que sur les situations, les personnes et les activités placées ou exercées à l'intérieur de son territoire* ».

corruption qui, ne pouvant être rattaché au territoire de l'Etat poursuivant, ont un «*effet*» qui se fait sentir à l'intérieur des frontières de cet Etat. Plusieurs systèmes de *common law* ont développé cette approche en matière des lois économiques et antitrust⁷⁸⁹ comme on l'a vu très clairement dans le cas des Etats-Unis. On note que pour l'infraction de complicité, le complice serait rattaché au principe de territorialité par l'acte de l'auteur principal de corruption.

L'article 17 de la convention pénale du Conseil de l'Europe prévoit une série de critères en vertu desquels les Parties contractantes doivent établir leur compétence relativement aux infractions pénales définies aux articles 2 à 14 de la convention⁷⁹⁰. La convention pénale érige les règles de compétence judiciaire des États, qui dépendent du lieu de l'infraction, de la nationalité de l'auteur de l'infraction et du statut de la personne qui s'est laissée corrompre⁷⁹¹. Trois critères de compétences sont prévus par le texte. Le premier critère relatif au principe de territorialité est obligatoire. Cependant les deux autres critères peuvent faire objet de réserves⁷⁹². En ce sens, la convention pénale du Conseil de l'Europe se rapproche de la convention de l'Union européenne.

L'article 17 (1) (a) de la convention pénale du Conseil de l'Europe concerne la compétence territoriale et vise le cas où l'infraction est commise en tout ou en partie sur le territoire d'un Etat partie⁷⁹³. La doctrine des effets est reconnue dans plusieurs Etats du Conseil de l'Europe. Cela a pour conséquence que quel que soit l'endroit où un élément constitutif d'une infraction est commis ou produit des effets, on considère généralement cet endroit comme le lieu de l'infraction. On peut souligner que l'intention du délinquant n'est

⁷⁸⁹ Cf., *supra* ce chapitre, section 2 ; voir également : M. PIETH, « Article 4. Jurisdiction », *op.cit.*, p. 278.

⁷⁹⁰ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 78.

⁷⁹¹ Voir en ce sens : M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 22.

⁷⁹² Article 17 (2).

⁷⁹³ D. FLORE, *op.cit.*, p. 6, en ce sens voir *ibid.*, les considérations faites précédemment au sujet de ce critère de compétence valent aussi ici : on imaginerait difficilement que ce critère ne soit pas obligatoire ; voir également <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 79 : Comme pour les autres conventions, il n'est pas impératif que le délit de corruption soit commis en totalité sur le territoire d'un Etat pour que celui-ci puisse établir sa compétence. Les rapports explicatifs nous rappelle à ce sujet que dans plusieurs Etats membres (mais pas tous), le lieu où est commis l'acte est déterminé en fonction de ce que l'on appelle la doctrine de l'ubiquité (la doctrine de l'effet).

pas prise en compte et n'affecte pas la compétence fondée sur le principe de la territorialité. On constate également que la nationalité du corrupteur ou du corrompu n'est pas prise en considération.

L'article 17 (4) de la convention pénale du Conseil de l'Europe n'exclut pas l'exercice par une Partie de toute compétence pénale établie conformément à son droit interne. On peut citer en exemple le cas de la « *compétence universelle* »⁷⁹⁴ qui permettrait aux Etats d'établir leur compétence pour des infractions graves, indépendamment du lieu où elles ont été commises et de l'identité des auteurs, si elles menacent les valeurs universelles et l'intérêt de l'humanité⁷⁹⁵.

L'article 42 de la CNUCC concerne la compétence des juridictions nationales. Les dispositions proposées relative à la compétence juridique, qui s'appliquent à toutes les infractions érigées dans cette partie de la convention, sont dans la même logique que celles établies dans d'autres conventions. Tandis que certaines bases de compétence juridiques sont obligatoires⁷⁹⁶ (territorialité), la plupart sont optionnelles – et sous réserve de l'article 4⁷⁹⁷ - par exemple la compétence basé sur la nationalité⁷⁹⁸ ou sur la résidence habituelle⁷⁹⁹.

Si l'on considère la nature complexe des infractions prévues par la CNUCC, surtout les infractions de corruption internationale et le fait qu'elles puissent être réalisées dans plus d'un Etat, il semble s'avérer difficile d'identifier un seul lieu de réalisation de

⁷⁹⁴ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 600 : « *Les Etats disposent en principe de compétences pour protéger leurs propres intérêts. Cependant, le droit international leur attribue aussi, dans des cas déterminés, le pouvoir de protéger, par la voie de la répression pénale, les intérêts de la communauté internationale et de l'humanité. C'est ce qu'on appelle la compétence universelle, dont il faut ainsi bien prendre conscience du caractère dérogatoire au droit commun des compétences étatiques* ».

⁷⁹⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 83.

⁷⁹⁶ La compétence fondée sur la territorialité à l'article 42 (1).

⁷⁹⁷ Article 4 Protection de la souveraineté 1. Les États Parties exécutent leurs obligations au titre de la présente convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États. 2. Aucune disposition de la présente convention n'habilite un État Partie à exercer sur le territoire d'un autre État une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre État par son droit interne.

⁷⁹⁸ Article 42 (2) (a).

⁷⁹⁹ Article 42 (2) (b).

l’infraction⁸⁰⁰. Dans le cas d’une application trop stricte des critères de la compétence juridictionnelle - comme pour les autres conventions - la mise en œuvre de ces dispositions pourrait être difficile. En ce sens, les dispositions de la CNUCC, relatives à la compétence juridique, pourraient manquer de développement adéquat.

Si tous les textes prévoient la mise en œuvre obligatoire du principe de territorialité, on remarque que c’est surtout la doctrine de l’effet qui permet l’application extensive de ce dernier. En effet, la seule compétence territoriale « *subjective* » limitera la compétence des juridictions nationales aux infractions ayant été commise entièrement sur le territoire de l’Etat partie concerné. Il est forcément dans l’intérêt de la mise en œuvre efficace de ces conventions de faciliter un champ d’application le plus large possible.

§ 2 – La compétence des juridictions nationales pour connaître les actes de corruption commis par les agents nationaux en territoire étranger

La mise en œuvre du principe de nationalité permet d’établir la compétence des juridictions nationales à l’égard des actes de corruption réalisés par ses ressortissants dans un pays tiers. Ce principe permet également d’établir la compétence des juridictions nationales dans les cas de corruption passive de ses agents dans un pays tiers. En portant notre regard vers les dispositions des conventions internationales, on constate que l’exercice de cette forme de compétence n’est pas obligatoire.

La plupart de systèmes internes assujettissent l’exercice de cette compétence aux exigences notamment de la double incrimination. En ce sens, tant que la corruption d’agent public étranger ne constitue pas une infraction réprimée au niveau de la législation nationale, l’exigence de la double incrimination resterait un obstacle important à la lutte efficace contre la corruption internationale. G. Stessens⁸⁰¹ souligne l’importance de la transposition soigneuse des mesures des conventions internationales afin de supprimer cet obstacle. En effet, il est essentiel pour une lutte efficace contre la corruption que les Etats

⁸⁰⁰ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption: the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 15.

⁸⁰¹ G. STESSENS, « The international fight against corruption », *op.cit.*, p. 922.

soient en mesure d'incriminer le comportement illicite de leurs nationaux à l'étranger.

L'IACAC prévoit à l'article 5 (2) une compétence fondée sur la nationalité :

« chaque Partie peut adopter les mesures nécessaires pour exercer sa compétence à l'égard des infractions auxquelles elle aura conféré ce caractère, conformément à la présente convention, lorsque ces infractions auront été commises par l'un de ses ressortissants ou par une personne qui a sa résidence habituelle sur son territoire».

On voit clairement par le langage de cette disposition que sa mise en œuvre n'est pas obligatoire. On note en relation au critère de la résidence habituelle, que cela concerne « des citoyens étrangers qui habitent plusieurs mois dans l'année dans un autre Etat que leur pays d'origine »⁸⁰². Il est alors clair que plusieurs Etats puissent établir les compétences selon l'hypothèse dont il est question. Le texte de l'IACAC elle-même n'explique pas une solution à un cas de conflit de juridiction mais les principes généraux du droit international – par exemple la notion de *comity*⁸⁰³ – sont un guide⁸⁰⁴. On note que la possibilité d'une concertation est prévue à ce niveau par la convention de l'OCDE⁸⁰⁵ et à un certain niveau par la CNUCC⁸⁰⁶ mais les conventions européennes sont muettes sur

⁸⁰² R. A. CANO, *op.cit.*, p. 516 ; voir *ibid.* : On note que l'article 8 est la seule disposition dans la convention où il y a une référence aux personnes morales et à leur « nationalité ». L'expression « *domiciliées* » (*domiciliadas* en espagnol) doit faire référence au critère du lieu de l'incorporation d'une entreprise exerçant une activité économique ou commerciale.

⁸⁰³ Courtoisie envers l'ordre juridique étranger qui présente des points de rattachement suffisant avec l'affaire ; voir l'adage en latin « *comitas gentium* », courtoisie entre nations, notion analogue de courtoisie internationale ; La courtoisie internationale peut être définie de la manière suivante : « *ensemble de pratiques et de préceptes observés dans les rapports internationaux, et déterminés, non par le sentiment de respecter une obligation juridique, mais par des considérations de convenance et d'égards mutuels conformes aux exigences d'une bienséance réciproquement pratiquée. La courtoisie se caractérise ainsi par l'absence d'un sentiment d'obligation juridique,* » J. SALMON, *op.cit.*, p. 282.

⁸⁰⁴ L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 277.

⁸⁰⁵ L'article 4 (3).

⁸⁰⁶ L'article 42 (5) ; le paragraphe 5 prévoit l'hypothèse où plusieurs Etats seraient compétents pour poursuivre un acte de corruption. Si un État Partie qui exerce sa compétence en vertu du paragraphe 1 ou 2 de l'article 42 a été avisé, ou a appris de toute autre façon, que d'autres États Parties mènent une enquête ou ont engagé des poursuites ou une procédure judiciaire concernant le même acte, les autorités compétentes de ces États Parties se consultent, selon qu'il convient, pour coordonner leurs actions. On constate que cette disposition ne va pas plus loin que celle de la convention de l'OCDE. L.A. Low évoque la nécessité d'établir les critères, pour attribuer à un

cette question⁸⁰⁷.

L'IACAC dispose aussi que les Etats parties établissent leur compétence sur la base de nationalité sur les auteurs présumés des infractions de corruption, présents sur leurs territoires, mais qu'ils refusent à l'extradition⁸⁰⁸. Il est question du principe « *aut dedere aut judicare* »⁸⁰⁹.

L'IACAC prévoit clairement que l'énumération des bases de compétence au sein de la convention ne doit pas exclure d'autres bases de compétences adoptées par l'Etat⁸¹⁰. Ces dispositions doivent être interprétées à la lumière de l'article IV de la convention, qui exige qu'une infraction soit commise, ou porte ses effets, sur le territoire de l'Etat partie concerné.

La convention⁸¹¹ de l'Union européenne prévoit l'hypothèse selon laquelle l'auteur de l'infraction est un des ressortissants ou un des fonctionnaires de l'Etat concerné. Le texte demande aux Etats membres d'établir leur compétence dans le cas où l'auteur de l'acte visé est un ressortissant ou un fonctionnaire de l'Etat membre concerné (principe de la personnalité active). Le critère tiré de la qualité de l'auteur de l'infraction permet de déterminer la compétence indépendamment de la *lex loci delicti*⁸¹². Les Etats membres doivent alors engager des poursuites pour les infractions commises à l'étranger. Il en est de

Estat l'intérêt principal dans les poursuites d'une infraction présumée. De tels critères pourraient éviter des poursuites multiples au niveau international ; voir en ce sens L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption : the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 15.

⁸⁰⁷ La raison en est probablement que la concertation institutionnelle est une pratique très ordinaire au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

⁸⁰⁸ Voir en ce sens : G. STESSENS, « The international fight against corruption », *op.cit.*, p. 924, l'exercice de ce principe « *allows circumventing only the nationality exception, but not other reasons for which extradition may be refused (e.g. the political offence exception, lack of double criminality)* ».

⁸⁰⁹ L'article 5 (3) dispose que « chaque partie adopte les mesures nécessaires pour exercer sa compétence à l'égard des infractions auxquelles elle aura conféré ce caractère, conformément à la présente convention, lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire, et qu'il ne l'a pas extradé vers le territoire d'un autre pays au motif de la nationalité de cet auteur présumé ».

⁸¹⁰ L'article 5 (4).

⁸¹¹ L'article 7 (1) (b) de la convention, l'article 6 (1) (b) du premier protocole.

⁸¹² Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, *op.cit.*, p. 9, point 7.2 (b).

même pour les actes réalisés dans des pays tiers. Comme on le verra, cette hypothèse est très pertinente lorsqu'il est question des Etats membres qui n'extradent pas leurs ressortissants⁸¹³.

L'article 4 (2) de la convention de l'OCDE a trait à la compétence fondée sur la nationalité. Il est question du principe de la personnalité active. Au moment de la signature de la convention de l'OCDE, les pays de la *common law* ont été fort opposés à une disposition qui exigeait l'application du principe de nationalité, même si le nombre de pays opposés s'est depuis réduit de manière importante⁸¹⁴.

Les commentaires officiels de la convention de l'OCDE précisent que la compétence fondée sur la nationalité doit être exercée en conformité avec les principes généraux et les conditions applicables dans le droit de chaque Partie. Ces principes concernent, par exemple, la double incrimination, principe qui ne joue pas l'exercice de la compétence territoriale. Au moins un commentateur fait état des problèmes posés par la condition de la double incrimination. En effet, ce critère pourrait « *soulever des problèmes en pratique et empêcher les enquêtes et les poursuites* »⁸¹⁵. L'exemple de la Suède est pertinent. Selon le système juridique suédois, pour prouver que la condition de la double incrimination est satisfaite, il existe très souvent une obligation pour les procureurs suédois à recourir à l'entraide judiciaire : « *le témoignage d'un spécialiste du droit pénal de l'Etat étranger concerné ou la traduction des dispositions pertinentes de ce droit ne suffisent pas ; les procureurs essayent donc d'obtenir des autorités de l'Etat tiers une déclaration officielle selon laquelle les actes faisant l'objet de l'enquête sont incriminés dans cet Etat* »⁸¹⁶. Ainsi, c'est le manque de coopération d'un Etat tiers qui pourrait rendre l'instruction difficile.

Toutefois, selon la convention de l'OCDE, la condition de double incrimination doit être réputée satisfaite lorsque l'acte est illicite dans le territoire où il est commis,

⁸¹³ Cf., *infra*, chapitre 5.

⁸¹⁴ M. PIETH, « Article 4. Jurisdiction », *op.cit.*, p. 273 ; cet auteur cite en exemple le Danemark, la France, les Pays-Bas, l'Espagne, le Royaume-Uni et les Etats-Unis.

⁸¹⁵ P. NASTOU, *op.cit.*, p. 41.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 41.

même s'il a une qualification pénale différente dans ce territoire.

On note que l'article 4 (2) de la convention de l'OCDE dispose que chaque Partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger doit prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes. Pour les pays qui appliquent la compétence fondée sur la nationalité uniquement à certains types d'infractions, la référence dans les commentaires aux « *principes* » comprend les principes gouvernant le choix de ces infractions⁸¹⁷. Il est question ici d'équivalence fonctionnelle⁸¹⁸. On constate alors un aspect « *discriminatoire* »⁸¹⁹ au sein de cet article, comme dans le cas des textes de l'Union européenne. Un Etat partie qui dispose d'une législation peu sévère à l'égard de cette question aura peu d'effort à fournir pour être en conformité avec la convention. Un bon exemple de l'application de l'article 4 (2) de la convention de l'OCDE se trouve dans les modifications du FCPA de 1998 relative à la compétence fondée sur la nationalité.

Plutôt que de demander l'extradition des ressortissants si une partie n'applique pas la compétence basée sur la nationalité, la convention de l'OCDE exige que les nations qui ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites⁸²⁰. Cette possibilité de concertation pourrait permettre de résoudre un certain nombre de problèmes en matière de conflit de compétence entre les juridictions nationales.

Le dernier alinéa de l'article 4 de la convention de l'OCDE dispose que chaque Partie doit examiner « *si le fondement actuel de [leur] compétence est efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers ; si tel n'est pas le cas, elle prend les mesures correctrices appropriées* ». Il s'agit d'une disposition essentiellement

⁸¹⁷ Commentaire officiel n° 26.

⁸¹⁸ Pour la notion d'équivalence fonctionnelle, *cf. supra*, introduction générale.

⁸¹⁹ D. FLORE, *op.cit.*, p. 55.

⁸²⁰ Article 4 (3).

déclaratoire⁸²¹. Cette disposition de compromis a été acceptée par les Etats parties, qui n'ont pas accepté l'obligation du principe de la compétence personnelle. Le mécanisme de suivi du Groupe de travail sur la corruption de l'OCDE pourrait surveiller l'efficacité de la mise en œuvre de cette disposition⁸²².

L'article 17 (1) (b) de la convention pénale du Conseil de l'Europe a trait à la compétence extraterritoriale basée sur le principe de personnalité active, c'est-à-dire, la nationalité. Les rapports explicatifs⁸²³ de la convention pénale rappellent que lorsque le ressortissant d'un Etat contractant a commis une infraction à l'étranger, cet Etat est en principe compétent, surtout s'il n'extraite pas ses ressortissants. Le paragraphe précise en outre que la compétence doit être établie, non seulement si les ressortissants commettent l'une des infractions définies par la convention, mais aussi lorsque les fonctionnaires et membres des assemblées nationales du pays commettent une infraction de ce type.

L'article 17 (2) permet aux Etats d'émettre une réserve relative à la compétence juridictionnelle érigée dans le paragraphe 1 (b) et (c). On note cependant, l'application du principe «*aut dedere aut judicare*», prévu au paragraphe 3 qui oblige les Parties contractantes à établir leur compétence dans les affaires où l'extradition du délinquant présumé est refusée en raison de sa nationalité et si le délinquant est présent sur leur territoire.

Comme les autres textes internationaux, la CNUCC prévoit l'exercice de la compétence fondée sur la nationalité, sans la rendre obligatoire. La disposition de la CNUCC qui a trait à cette forme de compétence⁸²⁴ peut cependant faire objet d'une réserve relative à l'article 4 de la CNUCC qui a pour objet la protection de la souveraineté. La CNUCC prévoit que les États Parties exécutent leurs obligations au titre de la présente convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires

⁸²¹ D. FLORE, *op.cit.*, p. 55.

⁸²² M. PIETH, « Article 4. Jurisdiction », *op.cit.*, p. 287.

⁸²³ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>, § 80.

⁸²⁴ Article 42 (2).

intérieures d'autres États.⁸²⁵ Aucune disposition de la CNUCC n'habilite un État Partie à exercer sur le territoire d'un autre État une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre État par son droit interne⁸²⁶.

On note également que l'article 42 (3) et l'article 42 (4) de la CNUCC ont trait au principe *aut dedere aut judicare*.

La mise en œuvre de la compétence fondée sur la nationalité est plus délicate à réaliser que celle relative à la compétence territoriale. Il existe dans les dispositions des conventions un reflet des réticences des Etats à l'égard de l'exercice de la compétence juridictionnelle sur le territoire d'un autre Etat souverain. On constate aussi l'obstacle que peut présenter la double incrimination. Il en ressort alors que les Etats parties aux textes ne sont pas dans l'obligation d'instituer une compétence personnelle à l'encontre des infractions commise par une personne physique ou morale à l'étranger. On note cependant que l'application du principe « *aut dedere aut judicare* » est commune à chaque convention.

§ 3 – La compétence des juridictions nationales pour connaître les actes de corruption : une compétence *sui generis* à l'égard des agents publics internationaux

Il existe une base de compétence spécifique qui a trait à la compétence des juridictions nationales à l'égard des actes de corruption qui impliquent des agents publics internationaux⁸²⁷. Ainsi à l'article 7 (1) (c) et (d) de la convention de l'Union européenne et à l'article 17 (1) (c) de la convention pénale du Conseil de l'Europe, on retrouve l'énoncé de cette base de compétence. En effet, les agents publics internationaux sont employés par les institutions internationales et non par les Etats. Ces institutions internationales n'ont pas la compétence pour édicter des poursuites pénales à l'encontre des agents publics internationaux auteurs de corruption passive puisque ce domaine est

⁸²⁵ Article 4 (1).

⁸²⁶ Voir article 4 (2).

⁸²⁷ G. STESSENS, « The international fight against corruption », *op.cit.*, p. 924.

réservé aux Etats⁸²⁸. Ainsi, pour éviter un vide juridique, les Etats devraient élaborer des dispositions ouvrant la possibilité à ce genre de compétence.

Les textes communautaires⁸²⁹ prévoient cette situation lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un ressortissant de l'État membre concerné, qu'il soit fonctionnaire ou membre d'une institution des Communautés européennes (principe de la personnalité passive). Ce critère est particulièrement pertinent lorsqu'il est question d'un acte de corruption active commise à l'étranger par des personnes qui ne sont pas des ressortissants de l'État membre concerné⁸³⁰.

La convention de l'Union européenne prévoit également l'hypothèse où l'auteur de l'infraction est un fonctionnaire communautaire au service d'une institution des Communautés européennes ou d'un organisme créé conformément aux traités instituant les Communautés européennes et ayant son siège dans l'État membre concerné⁸³¹. L'utilité de ce critère de siège se trouve dans certaines hypothèses exceptionnelles qui ne rentrent pas dans le cadre d'autres règles de compétence. On peut donner comme exemple la situation où un acte de corruption est réalisé hors du territoire de la Communauté par un fonctionnaire communautaire qui n'est pas ressortissant d'un Etat membre⁸³².

La convention pénale du Conseil de l'Europe prévoit⁸³³ le cas où l'infraction implique l'un de ses agents publics ou membres de ses assemblées publiques nationales ou toute personne visée aux articles 9 à 11, qui est en même temps un de ses ressortissants. Il s'agit alors d'une compétence extraterritoriale basée sur les principes de personnalité active et de protection (des intérêts de l'État concerné). Ce paragraphe est différent du paragraphe précédent car ici la compétence repose sur le statut de la personne qui s'est

⁸²⁸ *Ibid.*, p. 924.

⁸²⁹ L'article 7 (1) (c) de la convention, l'article 6 (1) (c) du premier protocole.

⁸³⁰ Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, approuve par le Conseil le 3 décembre 1998, op.cit, p. 9, point 7.2.c).

⁸³¹ L'article 7 (1) (d) de la convention, l'article 6 (1) (d) du premier protocole.

⁸³² Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, approuve par le Conseil le 3 décembre 1998, op.cit, p. 9, point 7.2.d).

⁸³³ L'article 17 (1) (c).

laissée corrompre.

Lors de notre analyse de la définition de l'agent public étranger dans les textes, on a constaté que certains textes visent la corruption de tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique. A la lumière des compétences *sui generis* que l'on vient de citer, on peut poser la question du droit applicable dans le cas des fonctionnaires internationaux hormis ceux des institutions européennes. La réponse semble assez simple. En effet, puisque les autres textes internationaux (et le FCPA ont tendance à ne viser que les infractions de corruption d'active, il ne serait pas question de compétence juridictionnelle à l'égard du fonctionnaire international. Puisqu'il s'agit de l'incrimination seulement de l'auteur de la corruption active, il faudrait alors établir la compétence à l'égard de ce fait.

SECTION 3

LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES A L'EGARD DES FILIALES A L'ETRANGER

Il est bien connu que l'usage des filiales *offshore* permet de faciliter les actes de corruption. Malgré cela, les textes internationaux de lutte contre la corruption présentent des lacunes de compétence importantes à cet égard. On doit considérer dans quelle mesure ces entités, les filiales à l'étranger, seraient néanmoins visées par les textes. En ce sens, il convient d'abord de déterminer la nationalité de la personne morale (§ 1). En effet, des entreprises peuvent avoir des filiales détentrices d'une autre nationalité que celle de la société mère. Le silence des textes internationaux à cet égard est étonnant. Il nous importe d'analyser l'approche d'une de ces conventions, celle de l'OCDE, à la question des filiales. (§ 2). On se retournera vers le droit fédéral américain pour étudier sa manière d'aborder cette question et les solutions proposées (§3). Enfin, il est opportun de se poser la question de la portée extraterritoriale éventuelle de la nouvelle loi britannique relative aux filiales (§ 4).

§ 1 Les critères de rattachement de nationalité de la personne morale

Préciser le rattachement national dont relève juridiquement une entreprise est une « *opération préalable à la détermination de la loi qui lui est applicable comme à la détermination des droits dont elle a la jouissance* »⁸³⁴.

Les critères de rattachement d'une personne morale peuvent varier selon l'Etat concerné. Ces critères sont établis à la discrétion de l'Etat. Cette liberté à l'égard du rattachement a pour conséquence que « *les solutions retenues sont aussi diverses que pour la nationalité des individus* »⁸³⁵. Cependant, le rattachement des sociétés à un Etat et l'appartenance à la population de cet Etat ne peut pas être assimilé. En ce sens, on n'applique pas les règles du régime spécifique de la nationalité des personnes physiques au rattachement national des sociétés. En règle générale, « *le juge saisi rattache les sociétés étrangères par application de dispositions empruntées au droit du for. Par conséquent, c'est en vertu de règles françaises qu'un juge français dira de telle société qu'elle est belge et que telle autre est japonaise* »⁸³⁶.

Les critères peuvent avoir trait au siège social, au lieu d'incorporation ou à l'exercice du contrôle au sein de la personne morale. C'est ainsi que l'on regroupe en trois catégories les critères pertinents au rattachement national.

De manière générale, les pays anglo-saxons retiennent le critère de l'enregistrement ou « *incorporation* ». Cela représente certainement la solution la plus simple car il s'agit de rattacher une entreprise à l'Etat où l'enregistrement a eu lieu conformément à la législation locale. Les sociétés ainsi constituées « *acquièrent la nationalité sans qu'il y ait lieu de se préoccuper ni de la nationalité des fondateurs ou des associés, ni du siège social ou du siège d'exploitation, ni de la composition du capital social, ni même du contrôle*

⁸³⁴ N. CASTEL, G. de LA PRADELLE, « Les entreprises », in P. DAILLIER, G. de LA PRADELLE, H. GHERARI, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 68.

⁸³⁵ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 551.

⁸³⁶ N. CASTEL, G. de LA PRADELLE, *op.cit.*, p. 69 ; voir en ce sens *ibid.* : « *Ce genre de démarche est impensable s'agissant de nationalité des personnes physiques : les règles françaises en la matière déterminent exclusivement qui est Français et qui ne l'est pas : on ne peut leur faire dire qui est anglais ou mexicain* ».

financier »⁸³⁷. Le terme incorporation «subsiste de l'époque où l'on considérait cette personnalité comme l'effet du souverain qui, de la sorte, donnait « corps » sur son territoire à une personne nouvelle »⁸³⁸. L'affaire de la Barcelona Traction⁸³⁹ semble favorable au critère de l'enregistrement. Ce critère est le seul retenu par les Etats-Unis en ce qui concerne leurs entreprises⁸⁴⁰. On constate que ce critère est à la fois souple et simple. En effet, « il s'accorde au caractère contractuel de la société puisqu'il permet à ses fondateurs de choisir la loi à laquelle il souhaitent se soumettre »⁸⁴¹.

Certains systèmes déterminent le critère de rattachement par celui du siège social⁸⁴². Il s'agit ici de tout « un ensemble de systèmes qui, tout en exigeant des sociétés, qu'elles se constituent conformément à la loi du pays dont elles réclament la nationalité, subordonne l'octroi de celle-ci à des conditions de fait de nature économique »⁸⁴³. Il est question ici de pays où « l'incorporation est suspectée de fictivité, on lui préfère des critères qui traduisent l'enracinement véritable de l'entreprise »⁸⁴⁴. Cela est le cas de la France. Ces critères privilégient surtout l'intérêt pour l'économie nationale du pays dont il est question.

Un autre critère concerne la nationalité des personnes ou intérêts qui contrôlent effectivement la personne morale. C'est en ce sens que « la nationalité des personnes (à

⁸³⁷ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 100.

⁸³⁸ N. CASTEL, G. de LA PRADELLE, *op.cit.*, p. 70.

⁸³⁹ C.I.J., Rec. 1970 ; voir également P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 101 : « La Belgique prétendait en effet exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société constituée au Canada, mais dont les actionnaires étaient en très grande majorité belges, alors que le Canada ne paraissait pas vouloir exercer cette protection au titre d'Etat de nationalité ».

⁸⁴⁰ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 213 (1987).

⁸⁴¹ N. CASTEL, G. de LA PRADELLE, « Les entreprises », *op.cit.*, p. 71 ; voir en ce sens, N. CASTEL, « Etablissement des entreprises », in P. DAILLIER, G. de LA PRADELLE, H. GHERARI, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 823 : « Eventuellement justifiable à l'égard du conflit de lois, cette position l'est beaucoup moins vis-à-vis de la nationalité, dans la mesure où il peut ne pas paraître souhaitable d'en abandonner ainsi l'attribution à la seule volonté des associés. En outre, certains Etats, comme l'Angleterre, acceptent d'incorporer, et ainsi de protéger des sociétés non constituées sur leur territoire et donc régies par une loi tierce, comme ils admettent l'incorporation à l'étranger des sociétés créées sous l'empire de leur droit. »

⁸⁴² K. LOKEN, « The OECD anti-bribery convention: coverage of foreign subsidiaries », *George Washington International Law Review*, 2001, p. 331.

⁸⁴³ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 100.

⁸⁴⁴ N. CASTEL, G. de LA PRADELLE, *op.cit.*, p. 71.

l'origine personnes physiques) qui contrôlent une société grâce à leur participation dans le capital social, peut servir à déterminer la nationalité de ladite société »⁸⁴⁵. On peut ainsi « *pierce the corporate veil* » et supprimer en quelque sorte l'écran formé par l'entreprise. On trouve l'utilisation de ce critère lors de la Première Guerre mondiale où il avait pour objectif « *de permettre la mise sous séquestre des sociétés contrôlées en fait par des nationaux ennemis* »⁸⁴⁶. Il s'agit de la théorie du contrôle.

La question des règles du droit international public gouvernant l'opposabilité internationale de la nationalité conférée par un Etat à une personne morale a été analysée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la Barcelona Traction⁸⁴⁷. La C.I.J. a refusé d'appliquer la notion de contrôle pour caractériser les sociétés bénéficiaires de la protection diplomatique. Selon la CIJ : « *le droit international se fonde, encore que dans une mesure limitée, sur une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus. La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège [...]. Sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale* »⁸⁴⁸. L'interprétation de la Cour « *rejoint celle de nombreuses juridictions nationales, qui ne retiennent le critère de contrôle effectif que dans des circonstances exceptionnelles (temps de guerre, en particulier)* »⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 72.

⁸⁴⁶ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 101.

⁸⁴⁷ C.I.J., Rec. 1970 ; voir également P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 101 : « *La Belgique prétendait en effet exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société constituée au Canada, mais dont les actionnaires étaient en très grande majorité belges, alors que le Canada ne paraissait pas vouloir exercer cette protection au titre d'Etat de nationalité* ».

⁸⁴⁸ C.I.J., Rec. 1970, p. 43.

⁸⁴⁹ P. DAILLIER et al., *op.cit.*, p. 552 ; on note cependant, *ibid.*, que « *dans le cadre spécifique du contentieux de la protection de l'investissement, [...] le critère de contrôle a regagné une certaine importance en vertu des dispositions de certains traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements et de l'article 25 (2) (b) de la convention de Washington de 1965 qui prévoit, expressément, que les parties à un différend peuvent se mettre d'accord pour prendre en compte le « contrôle exercé sur [une société] par des intérêts étrangers. »* » ; voir également P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 101 : « *Cette solution, quoique conforme à la tendance générale des juridictions internes qui restreignent l'application du critère de contrôle à des situations exceptionnelles, a cependant été fréquemment critiquée en doctrine en raison des risques qu'elle fait naître de rattachement purement fictif de la société à un Etat déterminé* ».

Lorsqu'il est question de corruption internationale, il ne suffit pas cependant de constater la nationalité d'une personne morale, la nationalité étant déterminée selon les critères de rattachement appropriés. Ce qui importe aussi est de savoir s'il existe des filiales à l'étranger de la société mère qui jouissent d'un autre rattachement national. Lorsqu'une entreprise souhaite exercer son activité dans un pays étranger, elle s'établit de deux manières : « soit une société de droit interne décide de constituer des sociétés filiales étrangères, soit de mettre en place de simples établissements tels que les succursales, agences, bureaux ou usines sur le territoire d'autres Etats »⁸⁵⁰. La notion d'entreprise multinationale est alors très pertinente. On utilise le qualificatif d'«*entreprise multinationale* » dans deux situations. La première situation concerne l'organisation d'un groupe de sociétés implantées dans plusieurs pays. La deuxième situation est moins fréquente et concerne une entreprise qui a été créée sur le fondement d'un accord entre Etats ce qui peut être une véritable « *société internationale* »⁸⁵¹.

De manière générale, les sociétés multinationales bénéficiant « *d'une diversité d'implantation, notamment en raison de la création de filiales dans plusieurs pays, reliées à une société mère, sont amenés du fait de la disparité des législations nationales à jouer sur les différences existant d'un droit interne à l'autre pour choisir la loi la plus favorable à leurs activités* »⁸⁵². Il est dans l'intérêt de l'entreprise voulant s'implanter durablement dans un pays étranger d'y créer une filiale. Cela peut donner naissance à des groupes internationaux. Ces groupements de sociétés « *peuvent également se constituer sans participation des unes au capital des autres mais à partir des liens purement*

⁸⁵⁰ N. CASTEL, *op.cit.*, p. 821 ; voir *ibid.* : « *Dans le premier cas, l'établissement de l'entreprise donne naissance à de nouvelles personnes morales, distinctes de la société mère. Le second illustre la dissémination transnationale du patrimoine d'une seule et même entité juridique* ».

⁸⁵¹ N. CASTEL, G. de LA PRADELLE, *op.cit.*, p. 68 ; voir *ibid.* : « *Certains organismes interétatiques dotés de personnalité juridique sont constitués par voie d'accords entre Etats – de traités – dans un but d'intérêt général mais avec une activité semblable à celle de véritables entreprises. Il s'agit, en effet, d'organismes financiers comme la Société financière internationale (S.F.I.) ou de compagnies de transport aérien comme le Scandinavian Air Line System (S.A.S.) ou la société Air Afrique. Il est donc impossible de les rattacher à un Etat particulier et de leur attribuer une « nationalité » comme l'on fait pour les personnes morales ordinaires. Par ailleurs, la nature de leurs activités qui est, dans une certaine mesure, intéressée, empêche qu'on les assimile à des organisations internationales proprement dites ou, encore, à des O.N.G. Finalement, le terme par lequel on les désigne, résume leur double particularité : ce sont des « sociétés » parce qu'elles ont une activité économique ; mais elles sont « internationales » parce qu'elles ne dépendent d'aucun Etat en particulier* ».

⁸⁵² P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 102.

contractuel »⁸⁵³. Il s'agit bien évidemment de se procurer des avantages économiques significatifs. C'est la relation entre la société mère et la filiale à l'étranger est bien évidemment une problématique important dans la lutte contre la corruption d'agent public étranger. En effet, pour lutter efficacement contre la corruption, il serait nécessaire d'établir les compétences des juridictions nationales pertinentes à l'égard des paiements corrompus réalisés par ces filiales.

On n'approfondira pas ici la question de savoir si l'entreprise a été valablement créée et de préciser en ce sens les modalités de son fonctionnement. Cela constitue une autre problématique que celle du rattachement national « *dans la mesure où il n'y aurait pas à s'interroger sur la nationalité d'une société dont les conditions d'existence ne sont pas remplies* »⁸⁵⁴. On note cependant qu'il peut avoir de similitudes entre la question du rattachement et la question de la création de l'entreprise.

§ 2 - L'exemple de la convention de l'OCDE

Les textes internationaux ne visent pas directement la corruption réalisée à travers les filiales à l'étranger. On portera notre regard sur silence de l'un des textes en particulier, la convention de l'OCDE. La raison de ce choix se trouve dans les caractéristiques des Etats parties à la convention de l'OCDE (la plupart des grandes puissances économiques mondiales) et l'importance de sa mise en œuvre.

De manière générale, si la société mère rattachée à un Etat partie à la convention de l'OCDE possède une filiale qui est enregistrée (*incorporated*) ou autrement considérée comme rattachée à un Etat non partie à la convention, les dispositions de la convention viseraient les comportements corrompus de la filiale seulement lorsqu'il s'agit d'un acte qui a lieu – ou dont les effets ont lieu – sur le territoire d'un Etat partie de la convention. Il

⁸⁵³ N. CASTEL, G. de LA PRADELLE, « Les entreprises », *op.cit.*, p. 68.

⁸⁵⁴ N. CASTEL, « Etablissement des entreprises », *op.cit.*, p. 825 ; voir *ibid.* : « *Il serait facile de généraliser le laxisme dont peuvent faire preuve certains Etats en acceptant d'immatriculer, et partant, d'accorder la personnalité morale à des sociétés qui ne possèdent sur leur territoire qu'une simple ligne téléphonique, voire une simple boîte aux lettres. Le « forum shopping » que caractérise ces situations est sans doute contestable en soi, mais n'en demeure pas moins librement accepté par les ordres juridiques concernés. Par ailleurs, afin de pallier tout risque de fraude, la plupart des Etats où l'incorporation est couramment pratiquée en limite plus ou moins strictement les effets*

s'agit évidemment de l'exercice de la compétence territoriale, principe posé à l'article 4 (1) de la convention. Certains dirigeants⁸⁵⁵ de la filiale, responsables pour les actes corrompus, pourraient être visés directement dans l'hypothèse où ces derniers sont ressortissants d'un Etat partie à la convention qui reconnaît la compétence - basée sur la nationalité – de ses juridictions nationales. Il est question ici de la disposition de l'article 4 (2) de la convention de l'OCDE. Cependant, si l'acte de corruption a eu lieu sur le territoire d'un Etat non partie à la convention, et si les dirigeants de la filiale sont les ressortissants d'un autre pays non partie à la convention, alors les dispositions de la convention de l'OCDE ne viseraient certainement pas les agissements illicites de la filiale ou de ses responsables.

Au moins un commentateur suggère qu'il serait raisonnable d'interpréter la convention comme impliquant la responsabilité de la société mère pour les actes des leurs filiales sous une condition. La condition se rapporterait à la proximité du rapport entre la filiale et la société mère. Une proximité importante pousserait à penser que la filiale agit en tant qu'intermédiaire⁸⁵⁶. Il serait question de savoir si un lien de hiérarchie existe entre la société mère et la filiale. Il s'agit évidemment d'une hypothèse très différente de celle où la filiale agit de manière indépendante. On pourrait imaginer ces conditions satisfaites dans le cadre d'une domination de la filiale par la société mère⁸⁵⁷. Il faudrait savoir si en réalité la filiale est ou non indépendante de la société mère. En effet, il convient de révéler le vrai pouvoir de décision en œuvre et ainsi on pourra *pierce the corporate veil*⁸⁵⁸. On fait référence ici aux critères d'incrimination de la corruption indirecte⁸⁵⁹.

La société mère et ses dirigeants peuvent être tenus responsables lorsqu'ils sont impliqués d'une manière ou d'une autre dans l'infraction en tant que complices⁸⁶⁰, y compris du fait de l'autorisation donnée.

Lorsque la maison mère n'est pas au courant des pots-de-vin (ou peut faire valoir de

⁸⁵⁵ Pour l'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales, *cf.*, *supra*, chapitre 3.

⁸⁵⁶ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 129.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 129.

⁸⁵⁸ Soulever la voile, percer la construction juridique pour savoir comment fonctionnent en réalité les personnes morales en question ; voir en ce sens I. ZERBES, *op.cit.*, p. 130.

⁸⁵⁹ *Cf.*, *supra*, chapitre 2 ; M. LEVI, *op.cit.*, p. 39.

⁸⁶⁰ L'article 1 (2) de la convention de l'OCDE.

façon convaincante qu'elle ne l'est pas), l'Etat d'accueil de la société mère pourrait exercer sa compétence sur la base de la nationalité ou en fonction des faits de la cause et en s'appuyant sur l'existence (variable) de la responsabilité des personnes morales⁸⁶¹ pour manquement au devoir de contrôle⁸⁶².

§ 3 - Les solutions proposées par le FCPA à l'égard des filiales à l'étranger

En amont de la promulgation du FCPA en 1977, le *Congress* américain connaissait très bien l'utilisation par des entreprises américaines de leurs filiales comme d'un canal pour réaliser les paiements corrompus⁸⁶³. Le *Congress* avait initialement prévu de viser les filiales dont une entreprise américaine était le propriétaire ou qu'elle était en mesure de contrôler⁸⁶⁴. Le *Congress* avait estimé que c'était « *approprié d'étendre la portée du projet de loi aux filiales domiciliées hors des Etats-Unis en raison de l'usage important de telles entités comme canal pour des paiements douteux ou abusifs à l'étranger et autorisés par la société mère états-unienne* »⁸⁶⁵. En ce sens, le *Congress* souhaitait élargir la compétence des juridictions américaines à l'égard des filiales pour éviter une échappatoire juridique importante à travers laquelle des millions de dollars pourraient continuer à s'écouler⁸⁶⁶. Cette disposition n'a pas pourtant été étudiée par le Sénat américain pour des raisons de difficultés de compétence, mise en œuvre et diplomatie⁸⁶⁷.

Il a été souligné que la société mère resterait néanmoins responsable pour tout acte corrompu réalisé indirectement par le biais par exemple d'une filiale à l'étranger. En effet, le FCPA vise des actes corrompus envers « *quiconque, tout en sachant que l'argent, dans son entièreté ou en partie, ou la chose de valeur, dans son entièreté ou en partie, sera*

⁸⁶¹ Voir protocole II de l'Union européenne, art. 3 § 2 ; Conseil de l'Europe, art 18, § 2 ; voir également la section 7 de la nouvelle loi britannique le *Bribery Act* 2010.

⁸⁶² M. LEVI, *op.cit.*, p. 39.

⁸⁶³ H. LOWELL BROWN, « Parent-Subsidiary Liability Under the Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 19.

⁸⁶⁴ H.R. Rep. No. 95-640, at 11-12 (1977).

⁸⁶⁵ H.R. Rep. No. 95-640, at 11-12 (1977).

⁸⁶⁶ H.R. Conf. Rep. No. 95-640, at 12 (1977).

⁸⁶⁷ H.R. Rep. No. 95-831, p 14 (1977), voir également 1977 U.S.C.C.A.N. 4121, 4126.

offert ou offerte, donné ou donnée, ou promis ou promise directement ou indirectement à tout officiel étranger [...] »⁸⁶⁸. On est ici dans le cadre de la corruption indirecte, les paramètres ayant déjà été étudiés ci-dessus, cela ne fera pas l'objet de développements supplémentaires⁸⁶⁹. La responsabilité de la société mère pour les actes d'une filiale se mesure à l'aune de son implication et son contrôle de ladite filiale⁸⁷⁰. Ainsi la société mère pourrait être responsable pour un paiement réalisé par la filiale si ce paiement a été autorisé par la société mère⁸⁷¹.

Comme on a pu le constater⁸⁷², le FCPA tel que modifié en 1998 prévoit une responsabilité directe à l'encontre d'une filiale d'une entreprise américaine (ou son agent) si la filiale est un émetteur d'actions⁸⁷³ ou si la filiale réalise un acte aux fins de faciliter un acte corrompu sur le territoire américain⁸⁷⁴. Le FCPA vise également les employés des filiales étrangères si ces derniers sont des ressortissants américains. En ce sens, le FCPA s'applique aux ressortissants américains employés par des filiales étrangères alors que la filiale elle-même pourrait ne pas être assujettie aux dispositions anticorruption du FCPA. Pour ce dernier point, les dispositions de compétence alternative prévoient qu'il n'est pas nécessaire qu'il ait été fait usage des moyens et instruments du commerce international⁸⁷⁵. En dehors de ce cas de figure, la filiale pourrait être visée par le droit pénal du pays où elle

⁸⁶⁸ §§ 78 – 1 (a) (3), 78 – 2 (a) (3), 78 – 3 (a) (3).

⁸⁶⁹ Cf., *supra*, chapitre 2.

⁸⁷⁰ Les tribunaux américains ont basé la responsabilité de la société mère des actes des filiales sur les principes d'*agency*, voir en ce sens : United States v. Exxon Corp. & Exxon Shipping Co., No. A90-015-1CR, pp. 2-8 (D. Alaska Oct. 29, 1990) ; United States v. Johns-Manville, 231 F. Supp 690, 698 (E.D. Penn. 1963), H. LOWELL BROWN, « Parent-Subsidiary Liability Under the Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 36 ; voir en ce sens Pacific Can Co. v. Hewes, 95 F.2d 42, 46 (9th Cir. 1938) : « *where one corporation is controlled by another, the former acts not for itself but as directed by the latter, the same as an agent, and the principal is liable for the acts of its agent within the scope of the agent's authority* ».

⁸⁷¹ §§ 78 dd – 1 (a), 78 dd – 2 (a), 78_dd – 3 (a).

⁸⁷² Cf., *supra*, section 2.

⁸⁷³ § 78 dd – 1.

⁸⁷⁴ § 78 dd – 3.

⁸⁷⁵ § 78 dd-1(g)(2), - 2(i)(2), §§ 78 dd-1(g)(1), 2(i)(1) « *ait fait ou non usage du courrier postal ou d'un quelconque moyen ou instrument de commerce entre États pour faciliter une telle offre, cadeau, paiement, promesse ou autorisation* » ; D. FLORE, *op.cit.*, p. 41 ; H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, pp. 12 – 15.

est opère. Si ce pays n'incrimine pas ce genre de paiement, on pourrait imaginer que la filiale puisse être incriminée par le pays de l'agent public étranger corrompu⁸⁷⁶.

On notera que le FCPA, à travers les dispositions relatives aux normes comptables, a trouvé un moyen de viser certaines activités des filiales à l'étranger. En effet, en cas d'infraction, les « *émetteurs d'actions* » peuvent se trouver visés par les dispositions relatives aux normes comptables du FCPA. Au niveau des manquements comptables, la société mère peut être responsable pour l'acte de la filiale selon plusieurs hypothèses : la société mère détient au moins cinquante pour cent du pouvoir de vote dans la filiale⁸⁷⁷ ; si les paiements corrompus sont enregistrés explicitement sur les livres comptables de la filiale, il serait présumé que la société mère avait connaissance des paiements ; même si la société mère n'est pas un émetteur de valeurs (et donc pas visés par le volet comptabilité du FCPA), si l'influence de la société mère sur la filiale est tellement importante que les deux entités semblent indivisibles, alors on pourrait invoquer la responsabilité directe de la société mère⁸⁷⁸.

En ce sens, les dispositions relatives aux normes comptables du FCPA ont rendu possible les poursuites à l'encontre des filiales étrangères des sociétés américaines portées devant les tribunaux américains⁸⁷⁹. On peut prendre pour exemple les poursuites à l'encontre de la société *Montedison* sous les dispositions comptables du FCPA. Dans l'affaire *Montedison*⁸⁸⁰, la SEC⁸⁸¹ a poursuivi une société italienne (émetteur d'actions

⁸⁷⁶ K. LOKEN, *op.cit.*, p. 333.

⁸⁷⁷ H.R. Conf. Rep. No. 100-576, *op.cit.*, p 917.

⁸⁷⁸ Voir le principe de *l'alter ego* dans le droit anglo-saxon.

⁸⁷⁹ Par exemple U.S. Syncor Taiwan, Inc., No. 02 – CR – 1244 – ALL (C.D. Ca.).

⁸⁸⁰ *SEC v. Montedison*, S.p A., Civil Action, No. 1 :96CV02631 (H.H.G.) (D.D.C.Nov.21, 1996) ; on note que la jurisprudence américaine à ce sujet est importante, on pourrait faire référence ici aux affaires suivantes : *Baker Hughes*, SEC Securities Exchange Act of 1934 Release No. 44784, Accounting and Auditing Enforcement Release No. 1444, Findings and Order in the matter of Baker Hughes Incorporated, September 12, 2001 ; *IBM Argentina*, SEC Securities Exchange Act of 1934 Release No. 43761, Accounting and Auditing Enforcement, Release No. 1355, Findings and Order in the matter of IBM Corporation, December 21, 2000 ; SEC Litigation Release No. 16839, IBM Settlement, December 21, 2000 ; *ABB*, SEC Litigation Release No 18775, Accounting and Auditing Enforcement Release No. 2049, ABB Settlement, July 6, 2004 ; *Diagnostics Products Corporation* (DPC), SEC Securities Exchange Act of 1934 Release No. 51724, Accounting and Auditing Enforcement, Release No. 2249, Findings and Order in the matter of DPC Corporation, May 20, 2005.

selon le droit américain) dont le siège social se trouvait à Milan pour des actes d'une filiale de *Montedison*, domiciliée en Suisse.

*Montedison*⁸⁸² a été condamné à payer une amende civile de trois cent mille dollars. Ce fut une des premières affaires de corruption intentées à l'encontre d'une société étrangère qui était un « émetteur d'actions ». Les paiements corrompus ont été versés par une société italienne, aux agents publics italiens par le biais des filiales offshore⁸⁸³. Cette affaire démontre bien évidemment la responsabilité de la société mère pour les actes illicites de ses filiales, mais elle illustre aussi la portée extraterritoriale du FCPA, même s'il s'agit en occurrence des dispositions comptables et non l'infraction de la corruption proprement dite de l'agent public étranger objet de la présente recherche. La justice américaine aurait eu beaucoup plus de difficulté selon le droit international, à justifier la compétence de ses juridictions relative aux actes de corruption interne en Italie.

L'exercice de cette compétence extraterritoriale par les Etats-Unis apparaît être fondée sur la théorie que les agissements de *Montedison*, bien que réalisés complètement en dehors des Etats-Unis, ont eu néanmoins un effet important au sein du territoire des Etats-Unis (par exemple les rapports ou informations inexacts donnés aux investisseurs américains).

§ 4 - La portée extraterritoriale de la nouvelle loi britannique contre la corruption de 2010

Le *Bribery Act* 2010, nouvelle loi du Royaume-Uni contre la corruption est entrée en vigueur le 1 juillet 2011. Il convient de rappeler que la portée extraterritoriale de cette loi est potentiellement très ample. En effet, la section 7 qui vise la prévention de la

⁸⁸¹ La SEC est l'institution en charge de veiller à la bonne application des règles qui régissent le marché boursier des Etats-Unis (règles d'admission, fonctionnement du marché et des intervenants, suivi de l'information communiquée au marché...). La SEC est l'équivalent aux Etats-Unis de l'AMF en France.

⁸⁸² Pour une analyse plus approfondie de l'affaire *Montedison*, voir : H. LOWELL BROWN, « The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery », *op.cit.*, pp. 440 – 456.

⁸⁸³ <http://fcpa.shearman.com/?s=matter&mode=form&id=68>.

corruption contient un libellé très large. La nouvelle loi apportera un élargissement considérable à l'approche britannique traditionnelle et cette disposition aura des conséquences importantes pour la question de la compétence extraterritoriale. On peut même dire dès maintenant que la section 7⁸⁸⁴ de la loi britannique va potentiellement plus loin que le FCPA dans sa portée extraterritoriale. Cet article crée une nouvelle infraction qui a trait au manque de surveillance et à la prévention de la corruption par une personne morale.

La section 7 s'applique à toute « *organisation commerciale pertinente* ». Les dispositions de cette loi ont pour conséquence qu'elle s'applique aussi à pratiquement toute société multinationale⁸⁸⁵, car la majorité des ces sociétés pratiquent leurs activités commerciales d'une certaine façon sur le territoire britannique.

Pour qu'une personne morale (*corporation* ou *partnership*) commette une des infractions visée à la section 7, une personne qui est « *associée* » à la personne morale doit avoir violé la section 1 ou 6 (qui concerne la corruption d'un agent public étranger) de la loi. Cette catégorie de personnes comprend des personnes ou entités prestataires⁸⁸⁶ de services pour ou de la part de la personne morale. Cela inclut les employés, agents ou filiales⁸⁸⁷. Jusqu'à la preuve du contraire, il y a une présomption que les employés de la personne morale appartiennent à cette catégorie⁸⁸⁸. Le texte de 2010 permet une interprétation très large du lien entre cette personne ou entité et la personne morale⁸⁸⁹. Il reste évidemment des interrogations quant aux conséquences juridiques de ces dispositions sur les filiales à l'étranger. En effet, la section 7 pourrait concerner toutes les filiales d'une société multinationale⁸⁹⁰.

Pour conclure, il reste à savoir si les activités de la filiale d'une société mère qui est une « *organisation commerciale pertinente* » pourraient engager la responsabilité de la

⁸⁸⁴ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7>.

⁸⁸⁵ F. J. WARIN, C. FALCONER, M. S. DIAMANT, *op.cit.*, p. 28.

⁸⁸⁶ Article 8 (1).

⁸⁸⁷ Article 8 (3).

⁸⁸⁸ Article 8 (5).

⁸⁸⁹ Article 8 (2) et 8 (4).

⁸⁹⁰ F. J. WARIN, C. FALCONER, M. S. DIAMANT, *op.cit.*, pp. 29 – 30.

filiale ou de la société mère sous la section 7 de cette loi. Dans le cas où l'on pourrait qualifier une filiale comme faisant partie⁸⁹¹ (*alter ego*) de la société mère, la portée de la loi britannique aurait des effets extraterritoriaux extrêmement importants.

SECTION 4

LA TENTATION DE L'AMERICANISATION DU DROIT INTERNATIONAL : L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT*

Les Etats-Unis, à travers l'application de réglementations anti-trust ou les mesures de contrôle des exportations, font preuve d'une forte volonté d'exportation juridique. La lutte contre la corruption est aussi une manifestation concrète de cette politique. En ce sens, la présente recherche focalise tout particulièrement sur le droit américain car la volonté extraterritoriale du FCPA semble être traduite par l'internationalisation de la lutte contre la corruption. Cette exportation juridique est concrétisée d'une part par la mise en œuvre étendue du FCPA et d'autre part par la signature de conventions internationales sur la base du FCPA.

Le 28 juin 2010, *Technip*, une société française⁸⁹² a accepté de payer trois cent trente huit millions de dollars au gouvernement des Etats-Unis afin de régler les poursuites à son encontre sous la loi fédérale américaine, le *Foreign Corrupt Practices Act*. Ces faits⁸⁹³ reflètent une tendance allant vers un élargissement de l'extraterritorialité du FCPA dans l'incrimination des sociétés étrangères ayant des liens tangentiels avec les Etats-Unis. Ainsi, en premier lieu on étudiera l'approche du droit états-unien à la question de la compétence extraterritoriale (§ 1). Dans un deuxième temps, il conviendrait d'analyser l'élargissement extraterritorial du FCPA à la suite des modifications de cette loi en 1998. Pour élargir la compétence des juridictions nationales américaines en matière des infractions des personnes physiques et entités étrangères, le *Congress* américain s'est

⁸⁹¹ Voir la notion de *l'alter ego* ci-dessus cette section.

⁸⁹² Technip est considérée comme un « émetteur d'actions » selon le droit américain.

⁸⁹³ Plus tôt en 2010, le géant des télécommunications – Alcatel - a annoncé un accord de \$ 137.4 millions avec les autorités des Etats-Unis afin de régler des poursuites selon la même loi.

appuyé sur le principe de territorialité (§ 3). En élargissant la compétence des mêmes juridictions pour viser les actes des ressortissants ou entités américains à l'étranger le Congress américain s'est appuyé sur le principe de nationalité (§ 2).

§ 1 – La volonté états-unienne d'exportation juridique

A - L'approche du droit américain en matière de juridiction extraterritoriale

Il est dans l'intérêt de la présente recherche de relever trois points importants relatifs à l'approche du droit états-unien en matière de compétence extraterritoriale. Premièrement, le droit américain opère une présomption contre la compétence extraterritoriale (1). Deuxièmement, il existe certains infléchissements à ce principe, surtout en matière économique (2). En dernier lieu, on notera que le *Restatement* du droit américain⁸⁹⁴ dispose que l'exercice de cette forme de compétence doit être *raisonnable* (3).

1 - Une présomption contre la compétence extraterritoriale

Le droit américain opère une présomption contre la juridiction extraterritoriale⁸⁹⁵. Cette présomption a été retenue par les tribunaux américains depuis l'affaire *American Banana v. United Fruit*⁸⁹⁶ devant la Cour suprême états-unienne en 1909. L'approche des juridictions états-uniennes est la suivante : « *all legislation is prima facie territorial* »⁸⁹⁷.

⁸⁹⁴ Dans le droit américain, les *Restatements* sont un ensemble de traités sur des sujets juridiques qui visent à informer les juges et les avocats au sujet des principes généraux du droit commun. Il y a eu trois séries de redressements à ce jour, tous publiés par l'Institut de droit américain, une organisation de juristes universitaires et praticiens fondée en 1923.

⁸⁹⁵ Le *Restatement* du droit américain précise les critères d'exercice de la compétence normative : § 402. *Bases of jurisdiction to prescribe Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to (1) (a) conduct that, wholly or in substantial part, takes place within its territory; (b) the status of persons, or interests in things, present within its territory; (c) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory; (2) the activities, interests, status, or relations of its nationals outside as well as within its territory; and (3) certain conduct outside its territory by persons not its nationals that is directed against the security of the state or against a limited class of other state interests.*

⁸⁹⁶ *American Banana v. United Fruit*, 213 U.S. 347, 357 (1909).

⁸⁹⁷ *Foley Bros. v. Filardo*, 366 U.S. 281, 285 (1949).

Pour les tribunaux américains, le *Congress* érigerait les lois qui concernent principalement les affaires domestiques et que le *Congress* n'entendrait pas, en principe, enfreindre les principes juridiques d'autres nations⁸⁹⁸. On trouve un écho de pareille analyse dans la jurisprudence internationale dans l'affaire du Lotus : « *la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat* »⁸⁹⁹.

2 - Une présomption nécessairement infléchie

Sous certaines conditions, le *Congress* américain serait cependant compétent pour ériger des lois à portée extraterritoriale. La jurisprudence américaine estime que le *Congress* devrait alors clairement signaler toute visée extraterritoriale d'une loi⁹⁰⁰. Néanmoins, pour au moins un commentateur juridique, le *Congress* ne précise pas assez clairement son intention concernant la portée extraterritoriale d'une loi⁹⁰¹. Cela serait dans la pratique les tribunaux américains qui détermineraient la portée éventuelle d'une loi. En général, le *Congress* américain serait disposé à ériger des lois à portée extraterritoriale dans le cadre d'un besoin spécifique d'accomplir un objectif « *discrete* »⁹⁰². Le domaine où la portée extraterritoriale des lois américaines est le plus utilisé est surtout le domaine économique, par exemple en matière d'antitrust et des valeurs mobilières.

3 - Un exercice *raisonnable* de la compétence extraterritoriale des juridictions nationales

Le *Restatement of Foreign Relations Law* précise qu'il y a cinq bases pour « *prescribe law* ». Il s'agit de la compétence personnelle, active⁹⁰³ et passive,⁹⁰⁴ la compétence universelle⁹⁰⁵, la compétence de protection⁹⁰⁶ et la compétence territoriale⁹⁰⁷

⁸⁹⁸ W. ESTEY, *op.cit.*, p. 177.

⁸⁹⁹ Affaire du Lotus, C.P.J.I. série A N° 10.

⁹⁰⁰ *Equal Employment Opportunity Comm'n v. Arab-American Oil Co.*, 499 U.S. 244 (1991).

⁹⁰¹ W. ESTEY, *op.cit.*, p. 177.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 178.

⁹⁰³ § 402(2).

⁹⁰⁴ § 402.

⁹⁰⁵ § 404.

(plus largement la doctrine de l'effet). L'exercice de cette compétence doit être *raisonnable*. En effet, le droit américain dispose au paragraphe 403 du *Restatement of Foreign relations Law* qu'un Etat « *may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another State when the exercise of such jurisdiction is unreasonable.* » Le *Restatement* précise les éléments permettant de déterminer ce caractère raisonnable⁹⁰⁸. Selon Madame le Professeur Stern, on peut y voir cependant « *une prise de considération de facteurs politiques qui n'ont plus grand-chose à voir avec la détermination juridique du contenu du « rattachement raisonnable » par le droit international public* »⁹⁰⁹.

B - La possibilité d'exportation juridique ouverte par le FCPA

1 - Une motivation d'ordre éthique

A la suite des révélations dans le sillage de l'affaire du *Watergate*, une enquête de 1976 par la SEC avait révélé au grand jour l'importance des paiements corrompus réalisés

⁹⁰⁶ § 402(3).

⁹⁰⁷ § 402(1)(c).

⁹⁰⁸ *Restatement (third) of foreign relations* § 403. Limitations on jurisdiction to prescribe (1) Even when one of the bases for jurisdiction under § 402 is present, a state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable. (2) Whether exercise of jurisdiction over a person or activity is unreasonable is determined by evaluating all relevant factors, including, where appropriate: (a) the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory; (b) the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect; (c) the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted. (d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation; (e) the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system; (f) the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system; (g) the extent to which another state may have an interest in regulating the activity; and (h) the likelihood of conflict with regulation by another state. (3) When it would not be unreasonable for each of two states to exercise jurisdiction over a person or activity, but the prescriptions by the two states are in conflict, each state has an obligation to evaluate its own as well as the other state's interest in exercising jurisdiction, in light of all the relevant factors, including those set out in Subsection (2); a state should defer to the other state if that state's interest is clearly greater.

⁹⁰⁹ B. STERN, *op.cit.*, p. 9.

par les entreprises américaines lors des marchés à l'étranger. En 1977, dans le sillage des ces révélations, le FCPA a été promulgué. *A priori*, cette législation a été motivée par une volonté du *Congress* américain de relancer la confiance dans les entreprises américaines dont la réputation a été endommagée par ces révélations. Le *Congress* américain estimait que la corruption avait un effet néfaste sur la réputation des entreprises américaines. Cette législation est, d'une certaine manière un reflet de l'approche moraliste de l'administration du Président J. Carter⁹¹⁰.

D'un point de vue de politique étrangère, la législature américaine avait la conviction que la corruption par des entreprises américaines pouvait créer des problèmes sérieux pour les Etats-Unis. En ce sens, le *Congress* était de l'avis que ces paiements pourraient embarrasser les gouvernements 'amis', réduire l'estime des ressortissants étrangers pour les Etats-Unis, et renforcer l'idée que les entreprises américaines exercent une influence corrompue sur le fonctionnement politique de pays tiers⁹¹¹.

2 - Une motivation d'ordre économique

Il y a vingt-cinq ans, Mme le Professeur Stern posait déjà le principe de la volonté d'exportation juridique des Etats-Unis : « *sous la pression de l'internationalisation croissante de l'économie, les Etats – en particulier les plus puissants du point de vue économique comme les Etats-Unis [ont] tendance à méconnaître de plus en plus souvent et gravement [l]es critères de compétence étatique, pour adopter des normes extraterritoriales par lesquelles ils prétendent régenter des situations économiques qui échappent à leur emprise juridique, mais qu'ils estiment concerner leurs intérêts économiques ou politiques* »⁹¹².

L'extraterritorialité du FCPA semble alors faire partie d'une politique américaine

⁹¹⁰ C. J. DUNCAN, *op.cit.*, p. 11.

⁹¹¹ Business Accounting and Foreign Trade Simplification Act: Hearings on S. 430 Before the Subcomm. on Int'l Fin. and Monetary Policy and the Subcomm. on Sec. of the Comm. on Banking, Hous., and Urban Affairs, 99th Cong., 2d Sess. 20-21 (1986); H.R. Rep. No. 95-640, at 5 (1977).

⁹¹² B. STERN, *op.cit.*, p. 11 ; voir également, P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 113 : « soit qu'ils veuillent appliquer de façon cohérente et efficace leur législation économique (notamment, les lois anti-trust), soit qu'ils prennent délibérément des mesures d'application extérieure, inspirées par des mobiles de politique étrangère ».

plus large d'exportation de législation économique. Il s'agit du besoin essentiel pour les Etats développés qui exportent beaucoup de capital – par exemple les Etats-Unis et les autres pays de l'OCDE – de protéger leurs investissements et contrôler au mieux ces échanges à l'étranger. En affirmant que le FCPA avait produit un effet anticoncurrentiel envers ses propres entreprises, les Etats-Unis ont en ce sens exercé une forte pression internationale pour que soit conclu une convention internationale de lutte contre la corruption dans le sens du FCPA. Avec l'entrée en vigueur de la convention de l'OCDE, les Etats-Unis ont réussi à « niveler le terrain de jeu »⁹¹³. A la lecture des conventions internationales de lutte contre la corruption en vigueur, on peut parler d'une internationalisation des normes américaines qui témoignent certainement de leur volonté de maîtriser ces échanges commerciaux.

3 - Un danger d'impérialisme économique et moral

On souligne que les pays qui accueillent ces investissements étrangers ont une volonté de faire respecter leur souveraineté territoriale et économique. Ces pays « *désirent assurer l'application de leurs lois sur l'ensemble des activités, nationale ou étrangères, menées à l'intérieur de leur zone de juridiction* »⁹¹⁴. On constate que de nombreuses nations trouvent les dispositions extraterritoriales du FCPA intrusives et peu respectueuses. D'ailleurs, certains commentateurs suggèrent une volonté américaine d'impérialisme moral et d'ethnocentrisme.⁹¹⁵ Certaines nations, tel que l'Indonésie, ont une vision très négative de l'application extraterritoriale de ce genre de disposition⁹¹⁶. Pour le cas de l'Indonésie, on constate une culture forte du don et d'octroie de « cadeaux » lors des transactions.

La question peut légitimement se poser quant aux éventuelles « lois de blocage » par les Etats « victimes ». En effet, l'exemple de la volonté extraterritoriale américaine dans le domaine de l'anti-trust démontre la promulgation de ce genre de norme par d'autres Etats afin de se protéger à l'encontre des mesures qui peuvent être perçues comme des

⁹¹³ Cf., *supra*, introduction générale.

⁹¹⁴ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 107.

⁹¹⁵ S. R. SALBU, « Battling global corruption in the new millennium », *Law and Policy in International Business Fall*, 1999, pp. 48 – 78.

⁹¹⁶ C. J. DUNCAN, *op.cit.*, pp. 7 – 10.

atteintes à la souveraineté.

§ 2 – La loi du 12 novembre 1998 : l’extension du champ d’application du Foreign Corrupt Practices Act par le principe de nationalité

La question de l’extension du champ d’application du FCPA a des répercussions importantes pour ce qui concerne les filiales à l’étranger des sociétés américaines. Cette question sera traitée ci-après⁹¹⁷. Cependant il est intéressant de présenter ici les éléments essentiels de l’extension du FCPA sans développer leur impact sur de telles filiales.

Avant 1998, les ressortissants et entités américaines étaient visés par le FCPA seulement dans le cas où ils avaient utilisé « *de manière malhonnête* » le courrier postal ou tout moyen ou instrument de commerce entre États pour faciliter un acte illicite. Le droit américain utilise la notion de « *nexus* » territorial pour décrire ce lien territorial. Cela constituait un frein à l’exercice de la compétence des juridictions américaines.

Conformément au mandat de la convention de l’OCDE, les modifications du FCPA en 1998 ont élargi la compétence des juridictions nationales américaines relative aux actes réalisés par des ressortissants et entités américains à l’extérieur du territoire américain.

Cette compétence extraterritoriale est fondée sur le principe de personnalité active : en ce sens pourront être poursuivies les personnes de nationalité américaine et les entreprises de droit américain qui auront accompli « *de manière malhonnête* » tout acte hors du territoire des Etats-Unis, « *aux fins de faciliter* » un acte visé par les dispositions pertinentes du FCPA. Selon la disposition dite « *compétence alternative* » il n’est pas exigé par la loi qu’il ait été fait usage des moyens et instruments du commerce international⁹¹⁸. Le besoin du lien territorial est ainsi supprimé⁹¹⁹. Cela suggère, en effet,

⁹¹⁷ Cf., *infra*, ce chapitre, section 4.

⁹¹⁸ § 78 dd-1(g)(2), - 2(i)(2), §§ 78 dd-1(g)(1), 2(i)(1) « *ait fait ou non usage du courrier postal ou d’un quelconque moyen ou instrument de commerce entre États pour faciliter une telle offre, cadeau, paiement, promesse ou autorisation* » ; D. FLORE, *op.cit.*, p. 41 ; H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government’s Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, p. 11.

que le FCPA peut viser les agents et les employés des entreprises américaines et les ressortissants américains à l'étranger qui ont très peu de contact avec les Etats-Unis⁹²⁰.

§ 3 – La loi du 12 novembre 1998 : l'extension du champ d'application du Foreign Corrupt Practices Act par le principe de territorialité

A - Le FCPA avant 1998

Au moment de la promulgation du FCPA et les premières modifications en 1988, le *Congress* américain n'a pas laissé la possibilité aux juridictions nationales américaines d'exercer leur compétence à l'égard des personnes physique ou morales non américaines. Malgré le témoignage important concernant l'usage des filiales *offshore*⁹²¹ aux fins de réaliser les paiements corrompus à l'étranger, et l'usage des intermédiaires, le *Congress* avait néanmoins décidé de ne pas viser ces catégories de personnes. Ainsi, si la personne étrangère n'était pas considérée comme un « *émetteur d'action* » selon le droit américain, et s'il n'y avait pas d'autre base de compétence, alors cette personne ne rentrait pas dans le champ d'application du FCPA⁹²².

Lors des négociations en amont de la promulgation du FCPA, la définition d'entreprise nationale avait compris une définition qui comprenait les filiales à l'étranger⁹²³. Cependant, le Sénat américain n'a pas retenu cette définition⁹²⁴. Le *Congress* avait fait part au Sénat de ses hésitations en reconnaissant les conflits possible au niveau du droit international et *comity*⁹²⁵ qui pourrait avoir lieu en cas de l'exercice de la compétence

⁹¹⁹ Voir B. CRUTCHFIELD GEORGE, K. A. LACEY, J. BIRMELE, « On the threshold of the Adoption of Global Antibribery Legislation : A Critical Analysis of Current Domestic and International Efforts Toward the Reduction of Business Corruption », *op.cit.*, p. 12.

⁹²⁰ M. MARIS, E. SINGER, *op.cit.*, p. 586.

⁹²¹ Cf., *infra*, ce chapitre, section 4.

⁹²² H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, pp. 303 et seq.

⁹²³ H.R. Rep. No. 95-640, p 4 (1977).

⁹²⁴ S. Rep. No. 95 – 114, p 3 (1977).

⁹²⁵ Courtoisie envers l'ordre juridique étranger qui présente des points de rattachement suffisant avec l'affaire ; voir l'adage en latin « *comitas gentium* » , courtoisie entre nations, notion analogue de

des juridictions américaines à l'égard des ressortissants étrangers à l'extérieur du territoire américain.

B - Les modifications du FCPA relative au principe de territorialité

Les modifications du FCPA ont créé une extension extraterritoriale⁹²⁶ de la compétence des tribunaux américains aux personnes autres que des personnes et entités américaines⁹²⁷. En ce sens, les modifications de 1998 disposent que les provisions anticorruption du FCPA s'appliquent aux ressortissants étrangers qui utilisent « *de manière malhonnête les services postaux ou tout autre moyen ou instrument de commerce entre États aux fins de faciliter une offre, un versement, une promesse de paiement ou une autorisation de paiement de tout argent, ou offre, cadeau, promesse de donner, ou autorisation de donner toute chose de valeur à [...]* »⁹²⁸. Il existe alors une exigence de lien territorial avec les Etats-Unis. Les actes comprennent, mais ne se limitent pas, à l'utilisation des services postaux ou au commerce entre Etats⁹²⁹.

Cette extension extraterritoriale du FCPA est significative. Avant les modifications de 1998, seuls les entreprises américaines ou ressortissants américains pouvaient être visés pour un acte corrompu par un « *foreign business partner* ». Dès 1998, le même « *foreign business partner* » peut se trouver directement responsable selon le FCPA⁹³⁰. L'extension juridique du FCPA aux ressortissants étrangers s'ouvre alors à pratiquement tout contact avec les Etats-Unis, même lorsque ce contact, ce lieu, est très tenu⁹³¹. Par exemple, un homme d'affaire indonésien et son entreprise indonésienne sont dorénavant

courtoisie internationale ; La courtoisie internationale peut être définie de la manière suivante : « *ensemble de pratiques et de préceptes observés dans les rapports internationaux, et déterminés, non par le sentiment de respecter une obligation juridique, mais par des considérations de convenance et d'égards mutuels conformes aux exigences d'une bienséance réciproquement pratiquée. La courtoisie se caractérise ainsi par l'absence d'un sentiment d'obligation juridique,* » J. SALMON, *op.cit.*, p. 282.

⁹²⁶ C. J. DUNCAN, *op.cit.*, pp. 7 – 10.

⁹²⁷ 15 U.S.C. § 78dd-3.

⁹²⁸ § 78 dd – 2 (3).

⁹²⁹ 15 U.S.C. § 78dd-3(a).

⁹³⁰ C. J. DUNCAN, *op.cit.*, pp. 7 - 10.

⁹³¹ H. LOWELL BROWN, « Extraterritorial Jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act : Does the Government's Reach now exceed its grasp ? », *op.cit.*, pp. 358 – 359.

potentiellement visés par le FCPA pour un paiement corrompu à un fonctionnaire indonésien, qui a eu lieu en Indonésie, si une partie des fonds était en provenance des Etats-Unis⁹³².

CONCLUSION

L'étude des titres de compétence des juridictions nationales pour connaître les affaires de corruption d'agent public étranger fournit un premier exemple important de la manière dont l'efficacité de la lutte contre la corruption d'agent public étranger est tributaire de la coordination de celle-ci entre les Etats parties aux conventions internationales. Cela est très clair au vu de la « *pluralité des chefs de compétence prévus par les textes* »⁹³³. En effet, les juridictions de plusieurs Etats parties peuvent être compétentes pour connaître la même infraction de corruption d'agent public étranger, ce qui nécessiterait une coordination voire une concertation interétatique au vu de l'efficacité des poursuites.

On remarque que la problématique de la compétence se pose tout particulièrement en matière d'actes de corruption réalisés par les filiales à l'étranger. Cela représente un véritable chantier futur pour la lutte contre la corruption. Cette question est, en effet, peu abordée par les textes internationaux ou de manière peu satisfaisante. On peut imaginer que la volonté des Etats domiciles des sociétés mères de mettre en péril l'activité économique des filiales ne soit pas importante. Cependant, dans la mesure où ces entités puissent se livrer à des actes corrompus pour le compte de la société mère, il serait logique de rendre les juridictions nationales de la société mère compétentes pour connaître de tels faits.

En dernier lieu, on note que seuls les Etats-Unis connaissent une mise en œuvre extraterritoriale en matière de lutte contre la corruption que l'on peut désigner d'agressive. Ces derniers se livrent ainsi à une lutte contre la corruption loin de son territoire. Si au vu des certaines affaires récentes on peut y voir une efficacité relativement importante de la

⁹³² C. J. DUNCAN, *op.cit.*, p. 9.

⁹³³ Y. RADI, *op.cit.*, p. 200.

politique étatsunienne en la matière, l’interrogation reste ouverte quant à la motivation principale qui conduit la première puissance économique mondiale à procéder ainsi.

CHAPITRE 5

LA COOPERATION JUDICIAIRE INTERETATIQUE

La justice pénale - à l'exception de la question de l'extradition - a été longtemps considérée d'un point de vu exclusivement national. La facilitation de l'assistance ou de l'entraide juridique envers un autre Etat n'était pas considérée comme obligatoire. Les lois pénales étaient alors le reflet d'un monde où les infractions pénales et leurs effets se faisaient sentir surtout au sein du territoire de l'Etat concerné⁹³⁴. Cette situation a pourtant largement évolué et comme le souligne l'Appel de Genève ; lutter véritablement contre la corruption internationale nécessite un dispositif de coopération judiciaire efficace. Toute exception ou exclusion à la coopération juridique interétatique efficace serait synonyme d'une lacune dans le dispositif international juridique de lutte contre la corruption.

Avant d'aborder la question spécifique de la coopération internationale dans la lutte contre la corruption, il convient d'étudier la question de la coopération judiciaire interétatique dans le contexte du droit international. Il sera question de mettre en lumière les raisons de l'évolution de la coopération pénale internationale (Section 1). On analysera ensuite l'approche des textes internationaux de lutte contre la corruption et l'efficacité de ces derniers (Section 2).

⁹³⁴ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, « Articles 9, 10 and 11. International Co-operation », in M. PIETH *et al.*, *The OECD convention on Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 409.

SECTION I

L'EVOLUTION HISTORICO INSTITUTIONNELLE DE LA COOPERATION PENALE INTERNATIONALE

Lutter véritablement contre la corruption internationale nécessite un dispositif de coopération judiciaire efficace. La présente recherche analysera l'approche des textes internationaux et l'efficacité de ces derniers. Mais avant d'aborder la question spécifique de la coopération internationale dans la lutte contre la corruption, il convient d'étudier la question de la coopération judiciaire dans le contexte du droit international. Il est surtout question de mettre en lumière les raisons de l'évolution de la coopération pénale internationale. Le droit international pénal a dû faire face aux nombreux changements dans l'évolution des infractions. En effet, le caractère international de certaines infractions a nécessité une accélération de cette coopération entre les Etats (§1). La coopération judiciaire accrue a aussi été le résultat de certains changements dans la conscience collective. Ainsi, on verra que la gravité de certains crimes exige une coopération judiciaire spécifique (§2).

§ 1 – L'accélération de la coopération entre les Etats dans le domaine du droit international pénal

L'entraide judiciaire peut être défini comme la « *coopération que deux ou plusieurs Etats peuvent s'accorder conventionnellement ou au cas par cas en matière principalement administrative, civile, commerciale, pénale, sociale, fiscale ou judiciaire pour la transmission, la reconnaissance réciproque et/ou l'exécution d'actes juridiques et de jugements étrangers, pour la transmission d'informations (y compris des données informatiques), pour le transfert de personnes arrêtées (extradition, entraide pénale, transfèrement de détenus), pour l'exécution de missions d'enquête, de commissions*

*rogatoires, de recherches de personnes disparus etc. »*⁹³⁵.

La justice pénale, à l'exception de la question de l'extradition, a été longtemps considérée d'un point de vu exclusivement national⁹³⁶. La facilitation de l'assistance ou de l'entraide juridique envers un autre Etat n'était pas considérée comme obligatoire. Les lois pénales étaient alors le reflet d'un monde où les infractions pénales et leurs effets se faisaient sentir surtout au sein du territoire de l'Etat concerné⁹³⁷.

La mise en œuvre efficace de la coopération judiciaire interétatique doit faire face à de nombreux obstacles. Lorsqu'il est question de réaliser des opérations juridiques ou matérielles sur le territoire d'un autre Etat et qu'un Etat requérant ne peut les y mener lui-même, « il ne peut appartenir qu'à l'Etat étranger, s'il y consent ou s'il s'y est engagé, d'user de sa compétence territoriale pour donner effet à un droit qui n'est pas le sien »⁹³⁸. Même en présence d'une forte volonté de certains Etats d'organiser cette coopération selon certains principes fondamentaux protecteurs des droits de l'individu le « *renforcement de la coopération judiciaire s'est évidemment heurté dans bien des cas au principe de la souveraineté* »⁹³⁹.

Aujourd'hui, on peut constater une accélération de l'évolution historico - institutionnelle de la coopération entre les Etats dans le domaine du droit international pénal. Le droit international pénal a dû faire face à de multitudes de changements. Le mondé a été témoin de progrès technologiques très importants, des flux migratoires de taille, d'une évolution des frontières au sein de l'Europe, d'une augmentation dans le déplacement de personnes et de la sophistication accrue des outils de communication moderne. Les activités humaines et la libéralisation d'échanges et d'économies se sont mondialisées. Cette libéralisation serait la source d'un changement moral « *qui pousserait chaque acteur économique à user de n'importe quel moyen pour obtenir de nouveaux contrats, y compris [par] la corruption. Le seul responsable de la délinquescence des*

⁹³⁵ J. SALMON, *op.cit.*, p. 432.

⁹³⁶ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 409.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 409.

⁹³⁸ J. COMBACAU, S. SUR, *op.cit.*, p. 361.

⁹³⁹ W. BOURDON, « La coopération judiciaire interétatique », in H. ASCENSIO *et al.*, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 921.

mœurs économiques serait un nouvel ordre mondial dont le marché serait le seul principe régulateur »⁹⁴⁰. On constate par voie de conséquence l'émergence d'« une délinquance présentant un caractère international qui a requis nécessairement une coopération internationale accrue de tous les responsables de l'ordre public »⁹⁴¹.

Il est alors difficilement envisageable pour les Etats de ne pas prendre en considération les lois pénales des Etats étrangers. La nature transnationale des infractions pénales modernes, leur complexité et l'organisation efficace de leurs auteurs exigent des instruments juridiques appropriés capables de surmonter les obstacles de la souveraineté et les divergences entre les systèmes juridiques⁹⁴². La coopération de l'Etat étranger à la mise en œuvre du droit national est nécessaire car il est impossible « *pour l'Etat normateur de mettre en œuvre sa compétence exécutoire sur le territoire étranger* »⁹⁴³.

Dans le domaine de l'entraide judiciaire, il n'y a pas de règle de droit international général. En effet c'est toujours « *par voie d'accord que les Etats définissent les conditions dans lesquelles un Etat prête son concours à l'autre pour la réalisation de l'ordre juridique de ce dernier* »⁹⁴⁴. En matière civile, on se réfère notamment à la convention de

⁹⁴⁰ P. JANOT, *op.cit.*, p. 431.

⁹⁴¹ W. BOURDON, *op. cit.*, p. 921 ; voir *ibid.* : « *Cette mondialisation du crime est souvent aujourd'hui synonyme d'une sophistication accrue des moyens employés par la grande délinquance internationale pour rester impunie et/ou pour rendre parfois totalement opaques et indécelables les armoirs tirés de leurs activités criminelles. Plus précisément, l'internationalisation par exemple du trafic des stupéfiants et la criminalité en « col blanc » sont souvent synonymes d'une difficulté supplémentaire pour les Etats d'identifier les responsables ainsi que de confisquer les richesses nées de cette criminalité compté tenu du caractère sans cesse de plus en plus complexe des techniques de blanchiment. C'est cette internationalisation qui a été à l'origine de la mise en place de systèmes d'entraide et de coopération à l'échelon régional et au premier chef, bien entendu, particulièrement dans le cadre de la construction de l'Union européenne* ».

⁹⁴² A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 409.

⁹⁴³ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 115 ; voir *ibid.* : « *deux arrêts rendus par la Cour de cassation française en 1990 en ainsi confirmé, entre autres, que les effets extraterritoriaux de la loi pénale étrangère sont repoussés, ce qui veut dire, notamment, qu'un Etat étranger ne peut obtenir la réalisation sur le territoire d'un autre Etat d'une poursuite et d'une sanction pénale dont il n'a pu assurer la réalisation sur son propre territoire* ». (Civ. 2 mai 1990 1990, République du Guatemala c/SINCAFC et autres, et 29 mai 1990, Etat d'Haïti et autres c/J.C. Duvalier et autres, JDI, I, p. 133, et commentaire J. Dehaussy, Le statut de l'Etat étranger demandeur sur le for français ; droit international coutumier et droit interne, mêmes références, p. 109 – 129 ; voir également : J. COMBACAU, S. SUR, *op.cit.*, p. 361 : les auteurs donnent notamment l'exemple de la signification de documents judiciaires et l'obtention de preuves judiciaires, dans l'ordre pénal comme dans l'ordre civil.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 115.

Vienne du 24 avril 1963 sur la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires. Pour ce qui est de l’entraide judiciaire proprement dite, cela est organisé par les Etats par le biais des conventions bilatérales ou multilatérales. Il existe en pratique deux types de conventions. Certains d’entre elles ont trait aux mesures de coopération répressive qui n’exigent pas le transfert de la personne visée sur le territoire de l’Etat du lieu de l’infraction. D’autres organisent l’extradition, mécanisme qui « désigne au contraire la remise par les autorités de l’Etat sur le territoire duquel se trouve l’individu poursuivi par les autorités d’un autre Etat »⁹⁴⁵.

§ 2 – L’entraide interétatique influencée par la gravité de certains crimes

De manière progressive, les Etats ont admis que la répression des crimes internationaux⁹⁴⁶ « impliquait nécessairement un niveau de coopération « indexé » sur l’indignation universelle provoquée par ces crimes »⁹⁴⁷. Dans ce contexte, la consolidation accrue de la coopération juridique internationale est le fruit des exigences de la société civile qui a exigé une lutte efficace allant dans ce sens.

Au cœur de cette évolution se trouve les instruments concernant spécifiquement les crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité. Il est question ici, depuis le début du siècle, d’une évolution dans les consciences collectives. En effet, le droit international pénal a largement pris en compte la problématique de l’extradition des criminels de guerre et au-delà de la coopération entre les Etats. En ce sens, le caractère grave de certains crimes devrait entraîner une entraide spécifique de la part des Etats. A ce titre on fera référence dans un premier temps au Traité de Versailles qui « avait prévu que les criminels de guerre allemands seraient livrés aux puissances alliées afin d’être jugés par leurs

⁹⁴⁵ *Ibid*, p 115 ; cf. *infra*, chapitre 6.

⁹⁴⁶ Le crime de droit international est défini in J. SALMON, *op.cit.*, p. 432, comme « tout fait individuel qualifié d’infraction internationale pénale par le droit international coutumier ou conventionnel, par exemple, la piraterie, l’esclavage, le crime de guerre, le crime contre l’humanité, le trafic de stupéfiants, la capture d’aéronefs ».

⁹⁴⁷ W. BOURDON, *op.cit.*, p. 922.

*tribunaux militaires et ce, en vertu de son article 227 »*⁹⁴⁸.

Un régime d'infractions graves⁹⁴⁹ est défini par les quatre conventions de Genève⁹⁵⁰. Ces textes visent notamment l'homicide intentionnel, les tortures, les traitements inhumains, les transferts illégaux de population, l'atteinte aux droits de la défense, la prise d'otages et les attaques contre la population civile.

On soulignera les deux résolutions qui ont été adoptées par l'Assemblée générale des Nations unies recommandant aux Etats de prendre toute mesure nécessaire pour assurer le transfert immédiat des coupables dans les pays où les crimes avaient été commis⁹⁵¹. De plus, le 3 décembre 1973, l'Assemblée générale des Nations Unies votait une résolution⁹⁵² relative au principe de la coopération internationale concernant le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crime de guerre ou de crimes contre l'humanité. Bien que cette résolution ne revête pas un caractère obligatoire, elle a néanmoins « *consacré le principe suivant lequel les Etats, s'agissant des crimes internationaux, avaient les uns envers les autres, des obligations particulières* »⁹⁵³. On notera que plusieurs accord sont dotés de dispositions qui « *implicitement ou expressément réitèrent, confirment cette obligation spécifique des Etats de lutter contre l'impunité* »⁹⁵⁴.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 922 ; voir *ibid.*, dans le même sens, « pendant la seconde guerre mondiale, les Alliés ont réitéré à plusieurs reprises leur volonté de voir châtier les responsables « jusqu'aux extrémités de la Terre » et de les « renvoyer dans les pays où les forfaits abominables ont été perpétrés ». (*Déclaration de Moscou 30 octobre 1943, confirmée par l'Acte de Londres du 8 août 1945, art. 4*) ».

⁹⁴⁹ Voir à ce sujet : J. COMBACAU, S. SUR, *op.cit.*, p. 676.

⁹⁵⁰ On fait référence ici aux traités internationaux dans le domaine du droit international humanitaire. Ces textes définissent les règles de protection des personnes en cas de conflit armé, notamment les soldats, les blessés et les prisonniers de guerre, les civils et leurs biens. Il s'agit des quatre conventions signées le 12 août 1949. Il existe deux protocoles qui datent du 8 juin 1977 et un troisième protocole du 8 décembre 2005.

⁹⁵¹ Résolution n° 3 du 13 février 1945 sur l'extradition et le châtiment des criminels de guerre.

⁹⁵² N° 3074.

⁹⁵³ W. BOURDON, *op.cit.*, p. 923.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p 923 ; voir *ibid.* : on relèvera notamment les dispositions suivantes : aux termes de l'article VIII de la convention du 9 décembre 1948 relative à la prévention et à la répression du crime de génocide, les parties s'obligent à s'accorder l'extradition conformément à leur législation et aux traités en vigueur ; aux termes des articles 49, 50, 129, 146 respectivement de la première, deuxième, troisième et quatrième convention de Genève du 12 août 1949, il est fait obligation aux Etats parties de remettre à l'Etat la requérant la personne suspecte de crimes de guerre comme

Les possibilités d'une « répression directe des individus est longtemps demeurée virtuelle après les tribunaux de Nuremberg⁹⁵⁵ et de Tokyo⁹⁵⁶ »⁹⁵⁷. La répression directe des individus peut relever de la compétence des juridictions nationales⁹⁵⁸. La question de la répression directe des individus a trait aussi de la création de juridictions pénales internationales. Dans un premier temps, on relèvera la création par le Conseil de sécurité des Nations unies de deux tribunaux pénaux internationaux spéciaux. Il s'agit des tribunaux compétents à l'égard des crimes commis dans l'ex-Yugoslavie (T.P.I.Y) et lors de l'affaire du Rwanda (T.P.I.R.). On souligne en ce sens la coopération qui doit être apportée au T.P.I.Y. et le T.P.I.R. par tous les Etats membres de l'ONU⁹⁵⁹. En effet, les résolutions pertinentes adoptées par le Conseil de sécurité de l'ONU relatives à ces deux tribunaux internationaux ad hoc, rappellent les obligations de ces Etats. Cette obligation est aussi une conséquence de l'article 25 de la Charte des Nations Unies.

En dernier lieu, on souligne l'institution de la Cour pénale internationale (CPI) par la convention de Rome du 17 juillet 1998⁹⁶⁰. Il est question de la coopération que doivent apporter à la CPI, les Etats parties au Statut⁹⁶¹ de cette cour. Cette coopération « consiste notamment pour les Etats à rechercher les personnes accusées, les arrêter, les transférer au TPI ou à la CPI, réunir et transmettre les éléments de preuve, transférer les témoins,

alternative à la poursuite ; l'article 8 du protocole additionnel I aux conventions de Genève du 10 juin 1977 réitère l'obligation des Etats de coopérer en matière d'extradition lorsque les circonstances le permettent ; l'article 3 de la convention sur l'imprécisabilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, qui n'a pas été ratifiée par la France, en son article 3, fait obligation aux Etats signataires d'adopter toutes les mesures de droit interne nécessaires pour permettre l'extradition des personnes visées conformément au droit international.

⁹⁵⁵ Tribunal militaire constitué entre Alliés par l'Accord de Londres du 8 août pour juger les responsables des crimes contre la paix et des crimes de guerre commis durant la Seconde Guerre mondiale en Europe.

⁹⁵⁶ Etabli le 19 janvier 1946 par le Commandement en chef des troupes d'occupation au Japon.

⁹⁵⁷ J. COMBACAU, S. SUR, *op.cit.*, p. 677.

⁹⁵⁸ Voir en ce sens : *ibid.*, p. 677 : « Certains traités prévoient la compétence de l'ensemble des parties pour réprimer les auteurs de crimes internationalement définis, comme le génocide (convention de 1948). Mais peu d'Etats acceptent le principe d'une compétence universelle pour connaître directement de ce type de crimes, où et par qui ils sont commis ».

⁹⁵⁹ Articles 29/28.

⁹⁶⁰ <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/rome%20statute?lan=fr-FR>.

⁹⁶¹ Articles 86-102.

accueillir le Procureur sur leur territoire aux fins de pouvoir interroger des personnes ou inspecter des lieux publics »⁹⁶². Le chapitre 9 du Statut concerne la coopération internationale et assistance juridique. En effet, selon l'article 86 de la convention « *conformément aux dispositions du présent Statut, les États Parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence* ».

On note que certains pays importants ne participent pas à la convention de Rome. Cela est notamment le cas de la Chine, l'Inde, la Russie ou encore les Etats-Unis. Cette convention a été ratifiée par la France après révision constitutionnelle. Les Etats-Unis, eux, ont « *engagé un combat juridique pour soustraire leurs nationaux à sa juridiction, en concluant des accords bilatéraux avec les Etats parties qui s'y prétaient, accords dont la légalité internationale est en débat* »⁹⁶³.

Pour les questions d'entraide, les Etats auront « *in fine le dernier mot et qu'en cas de défaiances graves à leurs obligation de coopérer avec la Cour, le prononcé de sanctions à leur encontre restera très théorique* »⁹⁶⁴. On fait référence ici à l'article 87 (7) qui dispose que « *si un État Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent Statut, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent Statut, la Cour peut en prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie* ». A ce sujet, l'utilisation de l'embargo peut être particulièrement inefficace pour cause notamment des agissements d'un nombre d'organisations internationales de droit de l'homme et son usage mal adapté. En ce sens « *l'embargo, en raison de ses conséquences généralement catastrophiques sur les populations civiles, n'apparaît plus comme la sanction la plus adaptée pour contraindre un Etat à coopérer y compris s'agissant de la poursuite des personnes suspectées d'avoir commis des crimes internationaux* »⁹⁶⁵.

On comprend ainsi la profonde évolution qui a eu lieu en matière de la coopération

⁹⁶² J. SALMON, *op.cit.*, p. 432.

⁹⁶³ J. COMBACAU, S. SUR, *op.cit.*, p. 678.

⁹⁶⁴ W. BOURDON, *op.cit.*, p. 924.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 924.

judiciaire interétatique pendant le dernier siècle. On va maintenant procéder à une analyse spécifique de l'importance de cette coopération en matière de corruption internationale et l'efficacité des dispositions des textes pertinents.

SECTION 2

L'ANALYSE JURIDIQUE DES TEXTES INTERNATIONAUX DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION EN MATIERE D'ENTRAIDE JUDICIAIRE

La coopération judiciaire interétatique est indispensable dès que l'auteur de l'infraction traverse une frontière. La corruption de l'agent public étranger - infraction caractère international - n'en fait pas d'exception (§ 1). Une vue perspective et comparative permettra de voir l'approche hétérogène des textes internationaux à ce sujet (§ 2).

§ 1 – La coopération judiciaire interétatique dans le contexte de la lutte contre la corruption internationale

La nature internationale des actes de corruption souligne la nécessité d'une coopération judiciaire interétatique efficace (A). Cela est rappelé par l'Appel de Genève du 1 octobre 1996. Il convient alors de juxtaposer certains éléments de la lutte contre la corruption aux principes d'entraide judiciaire du droit international (B).

A- Nécessité de la coopération judiciaire interétatique en matière de corruption internationale

Au moins un commentateur juridique a noté que l'un « *des plus grands torts de la justice est d'être encore organisée de manière nationale. C'est un peu comme l'armée* »⁹⁶⁶.

⁹⁶⁶ B. BERTOSSA, *in* D. ROBERT, *op.cit.*, p. 108 ; voir également, *ibid.* : « *C'est le dernier carré des forces que les Etats peuvent garder sous leur coupe. Pour ce qui est de la libre circulation des marchandises, il n'y pas de problèmes, mais la libre circulation des informations judiciaires n'a même jamais été envisagée* ».

En effet, l'Appel de Genève du 1 octobre 1996 signale la nécessité de la coopération judiciaire pour lutter efficacement contre la corruption⁹⁶⁷. Cet appel « *avait pour objectif d'exhorter publiquement les gouvernements et les parlements à donner enfin aux juges des moyens adaptés pour lutter contre la criminalité organisée et la corruption au niveau international* »⁹⁶⁸.

Avant l'adoption des textes internationaux en matière de lutte contre la corruption, ces actes s'étaient d'autant plus répandus que les juridictions nationales, limitées par les règles de compétence territoriale, ne pouvaient pas connaître certains actes⁹⁶⁹. C'est en ce sens que les Etats parties aux textes internationaux doivent incriminer les pratiques de corruption de manière efficace et coordonnée, et donc dissuasive. La coopération judiciaire doit permettre les Etats « *d'identifier les mouvements de capitaux suspects et prouver les faits de corruption* »⁹⁷⁰. La coopération judiciaire interétatique est indispensable dès que l'auteur de l'infraction traverse une frontière. A l'image d'autres infractions devenues internationales, la corruption s'est transformée. L'efficacité des enquêtes et des poursuites des cas de corruption internationaux exigent une réelle volonté de coopération judiciaire et des textes dotés de ces mécanismes. Les progrès à ce niveau au sein de l'Union européenne sont tout particulièrement à mettre en exergue⁹⁷¹.

B – Principes juridiques d'entraide judiciaire en matière de lutte contre corruption internationale

De façon générale, ce sont les principes liés dans un premier temps au mécanisme

⁹⁶⁷ Voir à ce sujet : D. Robert, *op.cit.*, p. 331.

⁹⁶⁸ J. DE MAILLARD, *op.cit.*, p. 77 ; voir également *ibid.* : « *Ces magistrats avaient pris conscience d'une part de l'inquiétante évolution des formes de criminalité transnationales, d'autre part du défi qu'elles représentent pour les économies mondiales et les régimes démocratiques, et enfin de l'indigence des moyens dont les systèmes judiciaires sont dotés pour y faire face* ».

⁹⁶⁹ L'histoire du système politique des relations internationales démontre que la coopération judiciaire est plus difficile pour des raisons politiques de défense de la souveraineté que dans le cadre d'un Etat fédéral.

⁹⁷⁰ M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 11.

⁹⁷¹ Cf., *infra*, le mandat d'arrêt européen.

juridique de l’extradition⁹⁷² qui s’appliquent en matière d’entraide judiciaire⁹⁷³. On fait référence ici au principe *pacta sunt servanda* (1), le principe de la double incrimination (2), la règle de la spécialité de l’extradition, (3) et le principe de réciprocité (4). On note que certains faits et certains auteurs des faits ne sont pas généralement concernés par les dispositions l’extradition ou par l’entraide judiciaire (5).

1 - L’adage latin *pacta sunt servanda* prévoit une soumission au droit international

C’est un principe fondamental du droit international public selon lequel les traités lient les Etats parties et doivent être exécutés de bonne foi. Les accords dans le domaine de la coopération internationale sont ainsi subordonnés à ce principe⁹⁷⁴. En matière de coopération internationale, les « *faits* » de l’infraction ne devraient pas être remis en cause par l’Etat requis puisque l’Etat requérant est présumé agir de bonne foi.

2 – Le principe de la double incrimination

Comme on l’a constaté précédemment⁹⁷⁵, le principe de la double incrimination concerne le « *critère d’application des conventions d’extradition en matière pénale selon lequel, pour donner lieu à extradition, le fait visé par les conventions doit être punissables par les lois pénales de l’Etat requérant et de l’Etat requis* »⁹⁷⁶. Il peut aussi être un « *critère d’application de certaines compétences personnelles à caractère extraterritorial en vigueur dans un Etat selon lequel l’infraction commise sur le territoire d’un autre Etat n’est punissable par le premier Etat que si elle est sanctionnée par le droit des deux Etats* »⁹⁷⁷. Il est question alors d’un fait visé, surtout en matière d’extradition, qui constitue une infraction dans le droit des deux Etats concernés et y est passible de peines similaires,

⁹⁷² Cf., *supra*, chapitre 6.

⁹⁷³ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 417.

⁹⁷⁴ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 418.

⁹⁷⁵ Cf., *supra*. Chapitre 4.

⁹⁷⁶ J. SALMON, *op.cit.*, p. 336.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 336.

« supérieurs à un seuil minimum fixé, en général, à au moins un an d'emprisonnement afin d'exclure les délits mineurs [cas bagatelle] de la procédure d'extradition en raison, notamment, du coût de celle-ci »⁹⁷⁸.

Par le passé, le principe de la double incrimination a notamment freiné les enquêtes et l'entraide internationale en matière de corruption. Cela a été le cas par exemple lors des enquêtes à grande échelle conduites par les autorités italiennes concernant la corruption d'agents publics nationaux. Ces mêmes autorités italiennes ont connu certaines difficultés avec les autorités suisses, notamment parce que ces faits concernaient les agents publics italiens et non suisses⁹⁷⁹. On souligne que le principe de la double incrimination peut s'appliquer *in abstracto*,⁹⁸⁰ c'est-à-dire l'Etat requis n'est pas tenu à se prononcer sur la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction, mais doit seulement vérifier si le comportement constitue une infraction selon son propre droit national. Dans le cadre de la lutte contre la corruption de l'agent public étranger, la transposition en droit interne de cette infraction par chaque Etat partie satisferait aux conditions de la double incrimination. Au moins un commentateur souligne que les rédacteurs de certains instruments ne mentionnent pas le principe de la double incrimination⁹⁸¹. On note cependant que notamment l'IACAC⁹⁸², la convention de l'OCDE⁹⁸³ et la CNUCC font expressément référence au principe de la double incrimination.

⁹⁷⁸ M. POUTIERS, « L'extradition des auteurs d'infractions internationales », in H. ASCENSIO *et al.*, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 945 ; on note que le principe de la double incrimination est consacrée au sein de plusieurs conventions internationales, par exemple : Article 2 (1) de la convention européenne de 1957 ; Article 3 (1) de la convention interaméricaine de Caracas de 1981.

⁹⁷⁹ Voir G. STESENS, *The international fight against corruption*, *op.cit.*, p. 41.

⁹⁸⁰ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p 419 ; voir en ce sens A. HUET, R. KOERING-JOULON, *Droit pénal international*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, p. 404 : « la double incrimination constatée, il n'appartient pas à l'Etat requis ou à l'Etat d'exécution de connaître de la réalité des charges pesant sur la personne réclamée ou ayant entraîné sa condamnation ».

⁹⁸¹ Voir G. STESENS, « The international fight against corruption » *op.cit.*, p. 41 : on cite à cet égard la convention pénale du Conseil de l'Europe et la convention corruption de l'Union européenne.

⁹⁸² Article 8 de l'IACAC.

⁹⁸³ Article 9 (2) de la convention de l'OCDE.

3 - La pratique de l'extradition a donné naissance à la règle de la spécialité de l'extradition

Il s'agit d'une protection de l'individu. En effet, on ne peut pas poursuivre – sans l'accord de l'Etat requis - l'auteur présumé d'une infraction pour des faits autres que ceux qui ont justifié son extradition. Cette règle est « *fondée sur le respect de la volonté de l'Etat requis, qui a accédé à la demande d'extradition pour une demande bien précise et pas nécessairement pour une autre* »⁹⁸⁴. Il ne faut pas confondre cela avec le principe de spécialité. Le principe de spécialité est le principe en vertu duquel « *les droits et les devoirs d'une organisation internationale sont restreints aux buts et aux fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son traité constitutif et développés dans la pratique* »⁹⁸⁵.

4 - La pratique de la coopération internationale connaît le principe de réciprocité

En droit international général, il est question d'un principe « *selon lequel un sujet du droit international peut revendiquer le bénéfice de prestations équivalentes à celles d'autres sujets de droit et n'est pas tenu à des obligations différentes de celles de ces derniers* »⁹⁸⁶. En droit international pénal, et spécialement en matière de coopération judiciaire interétatique, on connaît un principe de réciprocité bien spécifique. En ce sens, les Etats peuvent accorder une assistance à un Etat requérant avec lequel il n'a pas conclu d'accord préalable. Cela implique néanmoins une obligation à celui qui reçoit l'assistance judiciaire dans la mesure où il doit répondre favorablement en matière d'assistance à un Etat qui lui a déjà fournir ce genre d'assistance. Ce genre de réciprocité pourrait s'appliquer dans les affaires d'extradition, où par exemple un Etat refuse d'extrader ses ressortissants. En ce sens, l'Etat requis pourrait modifier sa position – et alors permettre l'extradition de ses ressortissants - sous condition que l'Etat requérant en fasse autant. En l'absence de traité, le principe de réciprocité est normalement incorporé dans les

⁹⁸⁴ M. POUTIERS, *op.cit.*, p. 944 ; voir à ce titre l'article 14 de la convention européenne de 1957, l'article 13 de la convention de Caracas de 1981 et l'article 14 du Traité type sur l'extradition de 1990.

⁹⁸⁵ J. SALMON, *op.cit.*, p. 1047.

⁹⁸⁶ J. SALMON, *op.cit.*, p. 933.

dispositions de droit interne et cela est surtout le cas en Europe⁹⁸⁷.

5 – Les exceptions ou exclusions à l’entraide judiciaire

Certains faits et certains auteurs des faits ne sont pas généralement concernés par les dispositions d’extradition ou par l’entraide judiciaire. On fait référence ici aux motifs légaux de refus d’entraide. Concernant le statut de l’auteur des faits, il est parfois question de la nationalité de l’auteur des faits puisque de nombreux Etats n’extradent pas leurs ressortissants⁹⁸⁸. Les délais de prescription⁹⁸⁹ peuvent présenter un obstacle pour l’extradition. Cependant, les délais de prescription ne constituent pas habituellement un obstacle quant à l’assistance judiciaire par l’Etat requis⁹⁹⁰. La classification de certaines infractions comme «*politiques*»⁹⁹¹ ou «*militaires*» est également souvent considérée comme un motif valable de refus pour l’extradition. De plus, les infractions fiscales sont souvent exclues des accords internationaux d’entraide. On note que l’exception pour les infractions fiscales n’est pas mentionnée dans les textes internationaux de lutte contre la corruption. Selon G. Stessens, cette exception pourrait néanmoins être relevée en faisant référence à d’autres textes⁹⁹². Les rapports explicatifs à la convention de l’Union européenne dispose clairement qu’il n’a pas été considéré nécessaire d’insérer dans la convention corruption la même disposition qui figure à l’article 5 (3) de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Selon cette

⁹⁸⁷ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 421 ; voir en ce sens M. POUTIERS, *op.cit.*, p. 936 : « *en dehors de toute convention, les Etats ont parfois négocié de simples déclarations de réciprocité. En l’absence de traité, chaque demande d’extradition nécessite un accord particulier entre les deux Etats en cause. L’Etat requis examine alors librement l’opportunité de faire suite à la requête dont il est saisi, le droit international ne lui imposant pas de donner une réponse positive. Cette liberté peut cependant être restreinte par la loi interne de l’Etat requis comme en France, où le régime de l’extradition relève de la loi du 1er mars 1927* ».

⁹⁸⁸ Dans quel cas on pourrait faire référence au principe *aut dedere, aut judicare*, voir chapitre 6.

⁹⁸⁹ Selon J. SALMON, *op.cit.*, p. 870, il est ici question d’un « *mode d’extinction par non-usage d’un droit pendant une durée et sous des conditions fixées par le droit* ».

⁹⁹⁰ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 422.

⁹⁹¹ Voir à ce titre l’article 17 de l’IACAC : « *Aux fins des articles XIII, XIV, XV et XVI de la présente convention, le fait que les biens obtenus ou découlant d’un acte de corruption aient été destinés à des fins politiques, ou le fait qu’il soit allégué qu’un acte de corruption ait été commis pour des motifs ou à des fins politiques, ne suffisent pas, en soi, à faire de cet acte une infraction politique ou une infraction de droit commun connexe à une infraction politique* ».

⁹⁹² G. STESSENS, « *The international fight against corruption* », *op.cit.*, p. 41 ; à ce titre, voir 1959 European Mutual Assistance convention.

disposition il est interdit de refuser l’extradition au seul motif que l’infraction est de nature fiscale. Selon ces rapports explicatifs à la convention corruption de l’Union européenne, « *contrairement à ce qui est le cas pour les infractions à la protection des intérêts financiers de la Communauté, une telle exception est sans objet dans le cas des infractions de corruption* »⁹⁹³.

La plupart des Etats reconnaissent le principe qu’une personne ne doit pas être poursuivie deux fois pour les mêmes faits. Il s’agit du principe connu selon son adage latin *non bis in idem*. L’application de ce principe peut dépendre de la gravité des faits. Si les accords internationaux reconnaissent que ce principe peut être un moyen de défense à l’encontre des poursuites, il n’existe pas de règle claire en droit international qui empêcherait un Etat de poursuivre des faits qui ont déjà fait l’objet de poursuites dans un autre Etat⁹⁹⁴. La convention de l’OCDE par exemple ne propose pas de solution précise à cette question car à l’article 4 (3) elle propose seulement la possibilité de concertation lorsque les juridictions nationales de plus d’un Etat partie ont compétence pour poursuivre les faits de corruption.

Au moins deux commentateurs soulignent qu’il peut y avoir au sein de certains accords sur la coopération internationale, des dispositions ouvrant la possibilité de réserves relative aux critères des articles 5⁹⁹⁵ et 6⁹⁹⁶ de la convention de sauvegarde des Droits de l’homme et des Libertés fondamentales⁹⁹⁷. Il s’agit généralement du respect des droits de la

⁹⁹³ Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l’Union européenne, *op.cit.*, § 8 ; à ce sujet voir G. STESSENS, « The international fight against corruption », *op.cit.*, p. 41 : l’auteur souligne que cette disposition n’est pas convaincante dans la mesure où il n’y aurait aucune logique de la part de celui qui reçoit le pot-de-vin de déclarer aux percepteurs d’impôt.

⁹⁹⁴ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 423.

⁹⁹⁵ Droit à la liberté et à la sûreté.

⁹⁹⁶ Droit à un procès équitable.

⁹⁹⁷ <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/005.htm> ; voir à ce sujet : A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 423 ; à ce sujet voir P. DAILLIER et al., *op.cit.*, p. 571 à propos de l’extradition : « *La CEDH s'est, pour sa part, appuyée sur l'article 5 de la convention de Rome pour contrôler le respect de l'exigence d'une procédure équitable en matière d'extradition (arrêt n° 4/1985, 21 oct. 1986, Sanchez-Reisse), y compris en cas d'« extradition déguisée » (aff/ 8/1985, 18 déc. 1986, Bozano). Mais elle retient de la notion de respect des « voies légales » prévu par l'article 5 une conception très souple (voir la décision de la Grande Chambre rendu le 12 mai 2005 dans l'affaire Öcalan c. Turquie, par. 83-99)* ».

défense. On peut ici citer l'article 696-4, 7° du Code de procédure pénale français qui exclut l'extradition de droit commun « lorsque la personne réclamée serait jugée dans l'Etat requérant par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection de la défense ». On fait référence également ici à la convention européenne et la plupart de conventions bilatérales. Cela représente un exemple intéressant des approches hétérogènes des Etats quant à leurs intérêts fondamentaux.

Un dernier exemple est l'exception relative aux critères d'ordre public. On retrouve ce fondement pour refuser la coopération internationale par exemple au sein de la convention pénale du Conseil de l'Europe. En effet, à l'article 26 (2), la convention pénale précise que l'entraide au sens de l'article 26 (1) « peut être refusée si la Partie requise considère que le fait d'accéder à la demande serait de nature à porter atteinte à ses intérêts fondamentaux, à la souveraineté nationale, à la sécurité nationale ou à l'ordre public »⁹⁹⁸. Un refus d'entraide pour raisons de la sécurité nationale est un sujet d'actualité. On peut faire référence ici à l'affaire « Al Yamamah »⁹⁹⁹. Il s'agit d'un contrat d'armement extrêmement lucratif qui liait la société d'armements britannique *BAE Systems* à l'Arabie Saoudite. Malgré les divulgations de corruption, les poursuites de cette affaire – au moins en ce qui concerne les autorités britanniques - ont été arrêtées pour des raisons de sécurité nationale.

En conclusion on relèvera que lorsqu'il est question d'exceptions ou d'exclusions d'entraide judiciaire, on ne peut pas s'empêcher d'y voir autant de lacunes dans le dispositif international de lutte contre la corruption. Ces exceptions font partis des points à améliorer. La présente recherche présentera, au sein du chapitre 8, certaines propositions d'amélioration du dispositif de lutte contre la corruption des agents public étrangers.

⁹⁹⁸ Voir en ce sens les rapports explicatifs :

<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 125 : « Les motifs de rejet de ces demandes peuvent être fondés sur l'atteinte à la souveraineté de l'Etat, la sécurité, l'ordre public et autres intérêts fondamentaux de la Partie requise. L'expression «intérêts fondamentaux de l'Etat» peut être interprétée comme donnant la possibilité à la Partie requise de refuser entraide judiciaire dans les cas où des principes fondamentaux de son système judiciaire sont en jeu, lorsque des considérations relatives à la protection des Droits de l'Homme doivent prévaloir et, de manière générale, lorsque la Partie requise a des raisons valables pour considérer que les poursuites pénales engagées par la Partie requérante ont été dénaturées ou détournées à des fins autres que celles de lutter contre la corruption ».

⁹⁹⁹ Cf., *supra*, introduction générale.

§ 2 - La vue perspective et comparative des textes internationaux en matière d'entraide judiciaire dans le cas de corruption internationale

Tous les textes de lutte contre la corruption internationale prévoient des dispositions relatives à la coopération internationale. Cependant, on remarque une certaine hétérogénéité d'approche. Les textes visent généralement une coopération la plus large possible (A). Certains textes prévoient un échange d'information dite spontané (B). Chaque texte – hormis la convention de l'Union européenne - a trait à l'établissement d'autorités nationales centrales chargées de la lutte contre la corruption internationale (C). La convention pénale du Conseil de l'Europe précise les modalités de correspondance directe entre les autorités nationales (D). Certains textes prévoient quelle suite doit être donnée à la demande d'assistance (E). Il existe au sein de certains textes, des critères relatifs au refus de coopération (F).

A - Modalités de coopération

1 - L'IACAC : l'assistance mutuelle la plus étendue

L'IACAC comprend les dispositions obligatoires qui ont pour but la coopération et l'assistance d'autres Etats parties dans les poursuites relatives à la corruption nationale et à l'étranger. Certaines dispositions témoignent d'une approche générale, par exemple ; l'article 14 prévoit que les parties doivent encourager «*les échanges d'expériences dans le cadre d'accords et de rencontres entre les institutions et les organes compétents* »¹⁰⁰⁰. D'autres articles, tels que les provisions sur l'extradition, sont spécifiques et très importantes à la mise en œuvre efficace.

L'IACAC dispose que les Etats parties coopèrent entre elles pour s'assurer de la mise en œuvre des mesures anticorruption de chaque Etat partie. En ce sens, les parties coopèrent entre elles en s'accordant l'assistance mutuelle la plus étendue, conformément à leurs lois et aux traités applicables pour toutes requêtes émanant des autorités qui, selon leur droit interne, sont habilitées à enquêter ou engager des poursuites sur les actes de

¹⁰⁰⁰ Article 14 (2).

corruption décrits dans la convention. Les Etats parties s'engagent aussi à entamer les poursuites relatives à ces actes aux fins de l'obtention de preuves et de l'application de mesures nécessaires pour faciliter les procédures et formalités rapportant à l'enquête ou aux poursuites concernant les actes de corruption¹⁰⁰¹. L'IACAC renvoie à des traités et lois existants pour définir le contenu des obligations des Etats parties, plutôt que de les élargir, comme le fait la disposition de l'IACAC relative l'extradition. L'IACAC n'élargit ni la nature ni la portée de l'assistance mutuelle, ni exige des Etats parties de promulguer d'autres lois de transposition.

Les Etats-Unis – Etat partie à l'IACAC - sont notamment parties à plusieurs traités bilatéraux relatifs à l'assistance mutuelle dans le domaine pénal, plusieurs de ces traités sont signés avec les pays de l'OEA qui ont également signé l'IACAC¹⁰⁰².

2 - La convention de l'Union européenne : coopérer de façon effective

La convention de l'Union européenne a pour objet de permettre la poursuite des cas de corruption interne et des cas de corruption impliquant des fonctionnaires communautaires ou des fonctionnaires d'autres États membres. Les rapports explicatifs soulignent que cette dernière catégorie de cas est de loin la partie la plus innovatrice de la convention et comporte nécessairement des éléments de transnationalité¹⁰⁰³. En effet, eu égard à la complexité particulière des enquêtes transfrontières en la matière, la coopération revêt une importance capitale.

La convention de l'Union européenne prévoit que si une procédure relative à une infraction instituée conformément aux obligations découlant des articles 2, 3 et 4 de la convention concerne au moins deux États membres, ceux-ci coopèrent de façon effective à l'enquête, aux poursuites judiciaires et à l'exécution de la sanction prononcée au moyen, par exemple, de l'entraide judiciaire, de l'extradition, du transfert des poursuites ou de

¹⁰⁰¹ Voir article 14 (1).

¹⁰⁰² L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 290.

¹⁰⁰³ *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15 décembre 1998, § 9.

l'exécution des jugements prononcés dans un autre État membre.¹⁰⁰⁴ On note que l'expression *par exemple* a pour objet de tenir compte de la situation des États membres qui ne sont pas parties aux conventions européennes pertinentes sur la coopération en matière pénale¹⁰⁰⁵. On constate que les conventions pertinentes qui s'appliquent actuellement entre les Etats membres ne sont pas affectées par la présente convention.

De plus, la convention de l'Union européenne dispose¹⁰⁰⁶ que lorsqu'une infraction relève de la compétence de plus d'un État membre et que n'importe lequel de ces États peut valablement engager des poursuites sur la base des mêmes faits, les États membres concernés coopèrent pour décider lequel d'entre eux poursuivra le ou les auteurs de l'infraction avec pour objectif de centraliser, si possible, les poursuites dans un seul État membre. Les Etats membres doivent alors coopérer entre eux dans l'enquête dans les cas de corruption et dans les instances où plus d'un Etat avait compétence sur l'incrimination afin de déterminer quel Etat doit lancer des poursuites¹⁰⁰⁷. Les rapports explicatifs¹⁰⁰⁸ précisent que les États membres pourront régler ce type de conflits de compétence en prenant, par exemple, pour critère l'importance de la corruption commise sur leur propre territoire, l'endroit où les avantages en question ont été fournis, l'endroit où les suspects ont été arrêtés, leur nationalité ou les poursuites antérieures.

3 - La convention de l'OCDE : une aide juridique prompte et efficace

La convention de l'OCDE a trait à la coopération internationale dans la lutte contre la corruption. Cette convention ne comprend pas d'innovation en matière de coopération

¹⁰⁰⁴ Article 9 (1).

¹⁰⁰⁵ *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15 décembre 1998, § 9 ; voir *ibid.* : les formes de coopération énumérées à titre d'exemples sont les suivantes: entraide judiciaire en matière pénale, extradition, transfert des poursuites et exécution des jugements prononcés dans un autre État membre, ce qui permet de choisir dans chaque cas les moyens de coopération qui conviennent le mieux.

¹⁰⁰⁶ Article 9 (2).

¹⁰⁰⁷ H. LOWELL BROWN, « The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery », *op.cit.*, pp. 516 – 517.

¹⁰⁰⁸ *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15 décembre 1998, § 9.

internationale, elle se réfère simplement aux textes en vigueur en la matière.

L'article XIII de la Recommandation du Conseil de l'OCDE visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales¹⁰⁰⁹ prévoient certaines mesures à prendre en matière de coopération internationale pour lutter efficacement contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, en conformité avec leurs principes de compétence et autres principes juridiques fondamentaux.

En vertu de l'article 9 (1) de la convention de l'OCDE, chaque pays participant doit, dans toute la mesure autorisée par ses lois et les traités et arrangements pertinents, fournir une aide juridique prompte et efficace aux autres pays participants dans le cadre de l'instruction et du jugement des affaires pénales découlant des infractions auxquelles s'applique la convention et des actions de nature non pénale entrant dans le champ d'application de la convention intentées par un pays participant contre une personne morale. Ces dispositions peuvent être invoquées par les Parties, à l'appui d'une demande d'entraide judiciaire ou d'extradition, même en l'absence d'autre traité applicable.

Le terme « *prompte* » est particulièrement intéressant. Le temps que peut prendre les demandes d'entraide peut effectivement réduire l'efficacité de la coopération internationale¹⁰¹⁰. En effet, il existe plusieurs façons de retarder la réalisation des demandes d'entraide.

L'article 9 (1) vise également les poursuites à l'encontre des personnes morales. On rappelle que la convention de l'OCDE n'impose pas d'obligation à l'égard de la responsabilité purement pénale des personnes morales¹⁰¹¹. Selon le droit interne de l'Etat partie en question, les sanctions à l'égard de la personne morale peuvent être pénales, administratives ou civiles mais doivent être « *efficaces, proportionnées et dissuasives.* » La convention de l'OCDE et la convention pénale du Conseil de l'Europe prévoient des

¹⁰⁰⁹ Adoptée par le Conseil le 26 novembre 2009,
<http://www.oecd.org/dataoecd/31/53/44229684.pdf>.

¹⁰¹⁰ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 426.

¹⁰¹¹ Cf., *supra*, première partie, chapitre 3.

sanctions non pénales à l'égard des personnes morales¹⁰¹². L'Etat partie requis doit alors fournir une entraide judiciaire dans les cas où l'Etat requérant prend des mesures à l'encontre d'une personne morale dans le cadre de l'infraction de la corruption de l'agent public étranger même si les poursuites sont de nature civile ou administrative¹⁰¹³. Cependant, le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption a identifié la problématique suivante : l'hypothèse d'un Etat partie à la convention de l'OCDE, alors qu'il ne prévoit pas la responsabilité pénale des personnes morales et ne prévoit pas non plus une entraide judiciaire en matière de poursuites civiles ou administratives à l'égard d'une personne morale. Cela constitue un vide juridique par un manque de législation de transposition. Cette question est une priorité du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption.

L'entraide judiciaire prévue selon l'article 9 (1) de la convention de l'OCDE comprend la transportation de personnes, même ceux en détention, vers le territoire du pays qui fait la demande, afin d'apporter leur aide dans des enquêtes ou procédures. Cette transportation exige cependant le consentement de la personne. Les Etats parties qui souhaitent utiliser ce mécanisme devrait également prendre des mesures leur permettant, en tant que Parties requérantes, d'assurer le maintien en détention de la personne transférée et le retour de celle-ci sans qu'une procédure d'extradition soit nécessaire¹⁰¹⁴.

Comme on le verra plus loin¹⁰¹⁵, la convention de l'OCDE ne prévoit pas l'échange d'informations dites « *spontanées* », c'est-à-dire un échange d'information qui ne nécessite pas la formulation d'une demande préalable aux fins de transmission d'information pouvant aider la Partie destinataire à réaliser une enquête ou à engager des poursuites concernant des infractions pénales pertinentes. Plusieurs d'autres textes prévoient des

¹⁰¹² Article 3 (2) de la convention de l'OCDE et article 19 (2) de la convention pénale du Conseil de l'Europe.

¹⁰¹³ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 427 : dans l'hypothèse où la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas prévu par l'Etat partie, il existe néanmoins plusieurs possibilités d'entraide, voir à ce sujet *ibid.*, p. 428.

¹⁰¹⁴ Voir ici les commentaires officiels de la convention de l'OCDE § 31 : <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

¹⁰¹⁵ Cf., *infra*, ce chapitre, section 2.

dispositions affairant à cette question¹⁰¹⁶.

La condition de la double incrimination, susceptible d'être exigé par certains Etats, tant pour donner suite à une demande d'entraide judiciaire qu'à une demande d'extradition, est considérée comme acquise dès lors qu'elle concerne une infraction visée par la convention, et sans que des Etats parties n'exigent une qualification identique des faits¹⁰¹⁷. Les rédacteurs de la convention souhaitaient éviter les formes de double incrimination strictes. En effet, l'article 9 (2) a trait à la question de l'identité des normes dans le cadre de la double incrimination. Les Etats parties à la convention de l'OCDE, « *dont les lois sont très diverses puisqu'elles vont de lois contre la corruption d'agents en général à des lois visant spécifiquement la corruption d'agents publics étrangers, devraient pouvoir coopérer pleinement dans le cadre de la présente convention pour les affaires dont les faits relèvent des infractions visées dans cette convention* »¹⁰¹⁸. On note que les dispositions de l'article 9 ne s'appliquent pas entre un Etat partie et un Etat non partie à la convention de l'OCDE.

4 - La convention pénale du Conseil de l'Europe : la coopération internationale la plus large possible

La convention pénale du Conseil de l'Europe met en place un système de coopération internationale et d'entraide judiciaire entre les États parties.

Les délibérations en amont de la signature de la convention pénale ont étudié la problématique concernant l'inclusion, au sein du texte, d'un « *chapitre autonome, important et assez détaillé recouvrant plusieurs thèmes qui relèvent du domaine de la coopération internationale en matière pénale, ou s'il devrait simplement renvoyer aux traités multilatéraux ou bilatéraux qui existent dans ce domaine*1019. Un tel chapitre serait particulièrement utile dans le sens où il pourrait être la base juridique à la coopération pour faire face aux obstacles pouvant être rencontrés afin d'obtenir la

¹⁰¹⁶ Article 28 de la convention pénale du Conseil de l'Europe et Article 46 (4) de la CNUCC.

¹⁰¹⁷ P. CAVALERIE, *op.cit.*, p. 622.

¹⁰¹⁸ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

¹⁰¹⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 119.

coopération nécessaire à la poursuite des infractions en matière de corruption. On fait référence ici aux difficultés soulevées au sein de l'Appel de Genève. Son utilité a également été soulignée dans le sens où il est question d'une « *convention ouverte et que certaines des Parties contractantes ne seraient pas – dans certains cas ne pourraient pas-être Parties aux traités du Conseil de l'Europe relatifs à la coopération internationale en matière pénale et ne seraient pas parties à des traités bilatéraux dans ce domaine avec la plupart des autres Parties contractantes* »¹⁰²⁰. Ainsi, sans dispositions conventionnelles relative à la coopération, la coopération serait plus compliquée lorsqu'il était question d'Etats parties non membres du Conseil de l'Europe. Les rédacteurs de la convention pénale ont retenu ce besoin d'un chapitre indépendant sur la coopération qui a donné naissance au chapitre IV intitulé « *coopération internationale* ».

Le but de l'article 25 – article introductif du chapitre IV - est de « *concilier le respect des traités ou accords de coopération internationale en matière pénale avec la nécessité d'instaurer un fondement juridique spécifique à la coopération prévue par la présente convention* »¹⁰²¹. Ainsi, l'article 25 de la convention pénale dispose que « *les Parties coopèrent, conformément aux dispositions des instruments internationaux*¹⁰²² *pertinents sur la coopération internationale en matière pénale ou aux arrangements établis sur la base des législations uniformes ou réciproques et à leur droit national, dans la mesure la plus large possible les unes avec les autres, aux fins d'investigations et de procédures concernant les infractions pénales relevant du champ d'application de la*

¹⁰²⁰ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 119.

¹⁰²¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 120.

¹⁰²² Voir en ce sens <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 120 : « *Elle vise, bien entendu, les conventions ci-après du Conseil de l'Europe : la convention d'extradition (STE n° 24) et ses protocoles additionnels (STE nos 86 et 98), la convention d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n° 30) et son protocole (STE n° 99), la convention pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition (STE n° 51), la convention sur la valeur internationale des jugements répressifs (STE n° 70), la convention sur la transmission des procédures répressives (STE n° 73), la convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE n° 112), la convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141). Elle concerne aussi les accords multilatéraux conclus au sein d'autres organisations supranationales ou internationales, ainsi que les accords bilatéraux conclus par les Parties. La référence aux instruments internationaux de coopération internationale en matière pénale ne se limite pas aux instruments en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la présente convention mais concerne aussi les instruments qui pourraient être adoptés à l'avenir*.

présente convention »¹⁰²³.

La convention pénale prévoit¹⁰²⁴ clairement que dans l'hypothèse où aucun instrument international ou arrangement parmi ceux cité à l'article 25 (1) n'est en vigueur entre les Parties, les articles 26 à 31 du chapitre IV s'appliquent. En l'absence d'instruments internationaux, les Etats parties peuvent appliquer leur propre législation.

Les articles 26 à 31 du chapitre IV de la convention pénale s'appliquent également lorsqu'ils sont « *plus favorables* » que les dispositions contenues dans les instruments internationaux ou arrangements visés à l'article 25 (1)¹⁰²⁵. L'expression « *plus favorable* » vise la coopération internationale. Le sens de cette expression est que ces dispositions doivent s'appliquer si, de ce fait, est offert une forme de coopération que, sans cela, il n'aurait pas été possible d'offrir. Cet article pose alors « *une dérogation au caractère supplétif* »¹⁰²⁶ du chapitre IV, en disposant que malgré l'existence d'instruments ou arrangements internationaux en vigueur, les articles 26 à 31 s'appliquent lorsqu'ils sont plus favorables. On ne trouve pas d'équivalent à ce caractère supplétif au sein de la convention de l'OCDE, la convention de l'Union européenne ou l'IACAC. Cependant, l'article 46 (6) de la CNUCC dispose que les dispositions de l'article 46 sur la coopération internationale « *n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire* ». A noter également que l'article 46 (7) de la CNUCC dispose que les paragraphes 9 à 29 de l'article 46 « *sont applicables aux demandes faites conformément au présent article si les États Parties en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire* ».

¹⁰²³ Voir <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 121 : « Selon le paragraphe 1, la coopération peut aussi être fondée sur des «arrangements établis sur la base de législations uniformes ou réciproques». Il s'agit, entre autres, du système de coopération mis en place entre les pays nordiques, qu'admettent aussi la convention européenne d'extradition (STE n° 24, article 28, paragraphe 3) et la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n° 30, article 26, paragraphe 4). Bien entendu, la coopération peut aussi être accordée en vertu du droit national des Parties ».

¹⁰²⁴ Article 25 (2).

¹⁰²⁵ Article 25 (3).

¹⁰²⁶ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 574.

L'article 26¹⁰²⁷ de la convention pénale disposent que les Parties s'accordent l'entraide la plus large possible pour traiter sans délai des requêtes émanant des autorités qui sont habilitées, en vertu de leurs lois nationales, à enquêter sur ou à poursuivre les infractions pénales relevant du champ d'application de la convention pénale. Cette disposition traduit dans le domaine spécifique de l'entraide judiciaire l'obligation de coopérer dans la mesure la plus large possible, qui figure à l'article 25, paragraphe 1¹⁰²⁸. Les rapports explicatifs précisent que les demandes d'entraide judiciaire n'ont pas besoin d'être limitées à la collecte de preuves dans des affaires de corruption; elles pourraient concerner d'autres aspects, tels que les notifications, la restitution des produits du crime ou la transmission de dossiers. Cette disposition comprend une condition supplémentaire en exigeant que la demande soit traitée «*sans délai*». De manière générale, les actes qui ont besoin d'être accomplis en dehors du territoire de l'Etat où se déroule l'enquête exigent de longs délais, ce qui constitue un obstacle au bon déroulement de l'enquête et peut même compromettre celle-ci¹⁰²⁹.

5 - La convention des Nations unies : la coopération la plus vaste possible

On trouve au chapitre IV de la CNUCC les conditions de la coopération internationale dans la lutte contre la corruption. Les États parties à cette convention doivent s'accorder l'entraide judiciaire la plus vaste possible. L'approche de la CNUCC est d'établir un dispositif de coopération internationale relatif aux enquêtes et de la mise en œuvre. Pour parvenir à ces objectifs, la CNUCC souhaite supprimer les obstacles tels que le secret bancaire¹⁰³⁰ et les exigences de la double incrimination. La plupart des dispositions du Chapitre IV sont *self-executing*. En ce sens, elles se différencient des dispositions relatives à l'incrimination des comportements corrompus car elles ne requièrent pas de loi de transposition par les Etats parties.

L'article 43 (1) précise que les Etats parties coopèrent en matière pénale, conformément aux articles 44 à 50 de la CNUCC, lorsqu'il y a lieu et conformément à leur

¹⁰²⁷ <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/173.htm>.

¹⁰²⁸ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 124.

¹⁰²⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 124.

¹⁰³⁰ Cf., *infra*, chapitre 6.

système juridique interne les États Parties envisagent de se prêter mutuellement assistance dans les enquêtes et les procédures concernant des affaires civiles et administratives relatives à la corruption.

L'article 46 qui a trait à l'entraide judiciaire, comprend pas moins de trente articles. On constate alors la volonté onusienne de préciser toutes les possibilités en termes d'entraide judiciaire dans la lutte contre la corruption.

L'article 46 (1) pose le principe, d'une manière semblable aux autres textes internationaux, que les États Parties doivent s'accorder mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la CNUCC. Les provisions de l'article 46 notamment sont très détaillées.

La CNUCC dispose que chaque fois que le principe de la double incrimination est considérée comme une condition, elle est « *réputée remplie, que la législation de l'État Partie requis qualifie ou désigne ou non l'infraction de la même manière que l'État Partie requérant, si l'acte constituant l'infraction pour laquelle l'assistance est demandée est une infraction pénale en vertu de la législation des deux États Parties* »¹⁰³¹. Cela correspond à l'approche de l'OCDE consacrée à l'article 9 (2) de la convention.

L'article 46 (3) énumère les fins selon lesquelles l'entraide judiciaire peut être demandée¹⁰³².

Comme on l'a constaté lorsque nous avons comparés des dérogations à caractère

¹⁰³¹ Article 43 (2).

¹⁰³² Recueillir des témoignages ou des dépositions; signifier des actes judiciaires; effectuer des perquisitions et des saisies, ainsi que des gels; examiner des objets et visiter des lieux; fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts; fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents, y compris des documents administratifs, bancaires, financiers ou commerciaux et des documents de société; identifier ou localiser des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve; faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État Partie requérant; fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État Partie requis; identifier, geler et localiser le produit du crime, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente convention; recouvrer des avoirs, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente convention.

supplétif, l'article 46 (6) de la CNUCC prévoit que les dispositions de l'article 46 sur la coopération internationale « *n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire* ». A noter également que l'article 46 (7) de la CNUCC dispose que « *les paragraphes 9 à 29 du présent article sont applicables aux demandes faites conformément au présent article si les États Parties en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire* ».

Les articles 46 (10), (11) et (12) comprennent des dispositions approfondies relatives au transfert des personnes détenues.

L'article 46 (14) concerne la forme des demandes d'entraide. Il précise que les demandes d'entraide doivent être adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État Partie requis, dans des conditions permettant audit État Partie d'en établir l'authenticité. L'article 46 (15) concerne le contenu de ces demandes, c'est-à-dire les informations qu'elles comprennent¹⁰³³.

Le texte des Nations unies prévoit la possibilité pour l'Etat requis de demander « *un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément à son droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution* »¹⁰³⁴.

Chaque demande d'entraide doit être exécutée conformément au droit interne de l'État Partie à la CNUCC requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas au droit interne de l'État Partie requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande¹⁰³⁵.

¹⁰³³ « *a) La désignation de l'autorité dont émane la demande; b) L'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée; c) Un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires; d) Une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État Partie requérant souhaite voir appliquée ;e) Si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée; et f) Le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandés* ».

¹⁰³⁴ Article 46 (16).

¹⁰³⁵ Article 46 (17).

L'article 46 (18) concerne les possibilités de faire entendre des témoins par vidéoconférence. L'article 46 (19) prévoit les modalités d'usage par l'Etat requérant des éléments de preuve fournis par l'Etat requis. Il est envisageable que l'Etat partie requérant puisse exiger de l'Etat partie requis de garder le secret sur la demande et sa teneur¹⁰³⁶.

L'article 46 (28) fournit des précisions quant aux frais encourus lors de la demande. Ces frais sont en principe à la charge de l'Etat requis, sauf en cas de dépenses importantes ou extraordinaires où il peut être question d'une consultation en vue de fixer un accord sur les frais.

Certains éléments relatifs à l'envoi des copies des dossiers, documents ou renseignements administratifs sont prévus à l'article 46 (29). Cela concerne autant les documents auxquels le public a accès que les documents auxquels le public n'a pas accès.

La dernière disposition de l'article 46¹⁰³⁷ prévoit la possibilité pour les Etats parties de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs de l'article 46, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.

L'article 47 prévoit pour les Etats d'envisager la possibilité de se transférer mutuellement les procédures relatives à la poursuite d'une infraction établie conformément à la CNUCC dans les cas où « *ce transfert est jugé nécessaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et, en particulier lorsque plusieurs juridictions sont concernées, en vue de centraliser les poursuites* ». Cela va un pas plus loin que les provisions très générale et les dispositions permissives de l'article 42 (5) où si un Etat partie à la CNUCC qui exerce sa compétence en vertu du paragraphe 42 (1) ou (2) « *a été avisé, ou a appris de toute autre façon, que d'autres États Parties mènent une enquête ou ont engagé des poursuites ou une procédure judiciaire concernant le même acte, les autorités compétentes de ces États Parties se consultent, selon qu'il convient, pour*

¹⁰³⁶ Article 46 (20) : « sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État Partie requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'Etat Partie requérant ».

¹⁰³⁷ L'article 46 (30).

coordonner leurs actions ». Cela représente potentiellement une disposition très utile¹⁰³⁸.

L’article 48 appelle une coopération entre les services de détection et de répression. La CNUCC prévoit les moyens de mise en œuvre de cette coopération. L’article 49¹⁰³⁹ a établi la possibilité d’enquêtes conjointes et l’article 50¹⁰⁴⁰ a trait aux techniques d’enquête spéciale.

L’expérience jusqu’à présent avec les autres conventions internationales a démontré que les dispositions relatives à la coopération sont, potentiellement, les outils les plus significatifs de ces textes, surtout lorsqu’il s’agit de la corruption d’agent public étranger. La raison pour cela est que les preuves relatives à une infraction se trouvent, presque par définition, sous la compétence des juridictions nationales de plusieurs Etat¹⁰⁴¹. Les dispositions de la CNUCC en ce sens pourraient avoir un effet profond, non seulement à cause de leur profondeur et largeur, mais de façon plus importante, à cause de leur potentiel à créer un réseau de mise en œuvre global, voire universel¹⁰⁴². Plus les pays sont nombreux à ratifier, plus ce réseau aura de l’envergure.

B - Dispositions relatives à l’échange d’information

L’IACAC, la convention de l’Union européenne et la convention de l’OCDE¹⁰⁴³ restent silencieuses sur la question de l’échange d’informations dites « *spontanées* », c’est-à-dire une échange d’information qui ne nécessite pas la formulation d’une demande

¹⁰³⁸ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption : the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 15.

¹⁰³⁹ Par le biais notamment des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux en vertu desquels, pour les affaires qui font l’objet d’enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires dans un ou plusieurs États, les autorités compétentes concernées peuvent établir des instances d’enquête conjointes.

¹⁰⁴⁰ Par exemple la surveillance électronique ou d’autres formes de surveillance et les opérations d’infiltation et pour que les preuves recueillies au moyen de ces techniques soient admissibles devant ses tribunaux.

¹⁰⁴¹ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption: the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 19.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 19.

¹⁰⁴³ On note cependant que la Recommandation révisée de l’OCDE consacre une disposition à cette question (section VII (i)).

préalable aux fins de transmission d'information pouvant aider la Partie destinataire à réaliser une enquête ou à engager des poursuites concernant des infractions pénales pertinentes. Cependant, la convention pénale du Conseil de l'Europe et la CNUCC consacrent des dispositions à cette question.

La convention pénale du Conseil de l'Europe dispose à l'article 28 que sans préjudice aux propres investigations ou procédures d'un Etat partie, cet Etat peut, sans demande préalable, communiquer à un autre Etat partie des informations factuelles si elle considère que la divulgation de ces informations puissent aider l'Etat partie bénéficiaire à entamer ou à effectuer des investigations ou des poursuites concernant les infractions établies en vertu de la convention pénale ou est susceptible d'entraîner une requête de cet Etat partie au sens du chapitre IV. Les rapports explicatifs de la convention pénale du Conseil de l'Europe expliquent le sens de cette disposition. Il arrive en effet que « *compte tenu du caractère transnational de nombreuses infractions de corruption, qu'une autorité enquêtant sur une infraction de corruption sur son territoire découvre des informations indiquant qu'une infraction a pu être commise sur le territoire d'un autre Etat* »¹⁰⁴⁴.

L'article 46 (4)¹⁰⁴⁵ de la CNUCC prévoit une disposition similaire à l'article 28 de la convention pénale. La convention pénale et la CNUCC suppriment alors le besoin de demande préalable aux fins de transmission d'information pouvant aider la Partie destinataire à réaliser une enquête ou à engager des poursuites concernant des infractions pénales pertinentes. Ce genre de communication spontanée n'empêchera pas l'Etat partie qui les communique, dans le cas où il est compétence, de réaliser une enquête ou d'engager des poursuites relatives aux faits divulgués.

¹⁰⁴⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, § 131 : voir en ce sens *ibid.* : Cette disposition, qui s'inspire de l'article 10 de la convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141).

¹⁰⁴⁵ « *Sans préjudice du droit interne, les autorités compétentes d'un État Partie peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant des affaires pénales à une autorité compétente d'un autre État Partie, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes et des poursuites pénales, ou amener ce dernier État Partie à formuler une demande en vertu de la présente convention* ».

C - L'établissement d'autorités nationales centrales chargées de la lutte contre la corruption internationale

Tous les textes internationaux de lutte contre la corruption, à l'exception de la convention de l'Union européenne, demandent aux États Parties d'établir ou de nommer une autorité centrale chargée de l'envoi et de la réception des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale. Cela constitue un moyen d'assurer convenablement et rapidement la transmission de ce genre de demande.

L'IACAC dispose qu'aux fins de l'entraide et de la coopération internationale visée par la convention, chaque Partie peut désigner une autorité centrale, ou peut utiliser les autorités centrales envisagées dans les traités applicables ou dans d'autres accords¹⁰⁴⁶. Les autorités centrales sont chargées de formuler et de recevoir les demandes de coopération et d'assistance visées dans la présente convention¹⁰⁴⁷. Les autorités centrales engagent des communications directes entre elles aux effets de l'IACAC.

La convention de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes et des fonctionnaires des autres États membres ne prévoit pas de disposition spécifique sur la désignation d'une autorité centrale.

L'article 11 de la convention de l'OCDE prévoit qu'aux fins de la concertation prévue à l'article 4 (3), de l'entraide judiciaire prévue à l'article 9 et de l'extradition prévue à l'article 10, chaque Etat partie notifie au Secrétaire général de l'OCDE une autorité ou des autorités, chargées de l'envoi et de la réception des demandes, qui joueront le rôle d'interlocuteur pour cet Etat partie pour ces matières, sans préjudice d'autres arrangements entre les Etats parties. Cependant, cette convention ne prévoit pas de disposition relative à la communication directe entre autorités centrales ou autorités judiciaires de l'Etat requérant et de l'Etat requis.

L'article 29 de la convention pénale du Conseil de l'Europe concerne la question

¹⁰⁴⁶ Voir l'article 18 (1).

¹⁰⁴⁷ Voir l'article 18 (2).

d'une autorité centrale. Les Etats parties à la convention pénale désignent une autorité centrale ou, au besoin, plusieurs autorités centrales, chargée(s) d'envoyer les demandes formulées en vertu du chapitre IV de la convention, d'y répondre, de les exécuter ou de les transmettre aux autorités qui ont compétence pour les exécuter¹⁰⁴⁸.

Les rapports explicatifs à la convention pénale¹⁰⁴⁹ précisent que la mise en place d'autorités centrales chargées d'envoyer les demandes et d'y répondre est une caractéristique commune des instruments modernes de coopération internationale en matière pénale. Il est question d'un moyen permettant d'assurer correctement et rapidement la transmission de ces demandes. Lorsqu'il est question des Etats fédéraux ou confédéraux, les autorités compétentes des Etats, des cantons ou des entités qui constituent la Fédération sont parfois mieux à même de traiter rapidement les demandes de coopération qui émanent d'autres Parties. On note que la possibilité de désigner «plusieurs autorités centrales» vise cette question particulière. Cette disposition n'oblige pas les Etats parties à désigner une autorité centrale spécifique aux fins de la coopération internationale contre les infractions établies en vertu de la présente convention. Elles pourraient désigner des autorités qui existent déjà et qui ont une compétence générale en matière de coopération internationale.

Chaque Etat partie est invité à fournir au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe des détails pertinents concernant la ou les autorité(s) centrale(s) désignée(s) en vertu de l'article 29 (1). Dans le respect de l'article 40, le Secrétaire Général mettra ces informations à la disposition des autres Parties contractantes.

L'article 46 (13) de la CNUCC prévoit que «*chaque Etat partie désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et, soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution*». Cette disposition est analogue aux dispositions pertinentes de la convention pénale du Conseil de l'Europe. La seule différence concerne «*la transmission directe entre autorités judiciaires de l'État requis et de l'État requérant qui n'est pas prévue, y compris lorsque l'exécution de la demande d'entraide ne nécessite pas de mesures coercitives et le*

¹⁰⁴⁸ Voir l'article 29 (1).

¹⁰⁴⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, § 132.

cas où l'autorité judiciaire saisie n'est pas compétente et qu'elle reçoit la demande, alors elle la transmet à l'autorité compétente »¹⁰⁵⁰.

On constate une approche similaire entre la convention pénale du Conseil de l'Europe et la CNUCC au niveau de la nomination d'une autorité centrale. Il est même prévu par les deux textes d'établir plusieurs autorités centrales dans ce que la convention pénale désigne comme des Etats fédéraux et la CNUCC par « *région ou territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent* ». Les deux textes prévoient la possibilité de transmettre les demandes d'assistance par l'intermédiaire d'Interpol, l'Organisation internationale de police criminelle. Cependant, l'article 30 (3) de la convention pénale dispose que les demandes peuvent être présentées à Interpol, en toutes circonstances, même s'il n'y a pas d'urgence, alors que l'article 46 (13) de la CNUCC circonscrit la transmission des demandes d'entraide à Interpol en cas d'urgence et si les Etats Parties en conviennent.

D - Correspondance directe

L'article 30 de la convention pénale du Conseil de l'Europe pose le principe de la communication directe entre les autorités centrales. En cas d'urgence¹⁰⁵¹, ces demandes d'entraide peuvent être envoyées de façon directe par les juges et les procureurs de l'Etat requérant à leurs homologues de l'Etat requis. C'est le juge ou le procureur qui envoie la demande qui apprécie la nature urgente de la demande. On note aussi que les demandes d'entraide peuvent être transmises par le biais d'Interpol¹⁰⁵². Ces demandes peuvent être transmises directement, même lorsqu'il n'y a pas d'urgence, si l'autorité de l'Etat requis est en mesure de satisfaire à la demande sans recourir à des mesures coercitives¹⁰⁵³. Les rapports explicatifs à la convention pénale précisent que les autorités de l'Etat requis qui reçoivent une demande qui échappe à leur domaine de compétence ont, en vertu de l'article

¹⁰⁵⁰ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 585.

¹⁰⁵¹ Article 30 (2).

¹⁰⁵² Article 30 (3).

¹⁰⁵³ Article 30 (5).

30 (4) une « *double obligation* »¹⁰⁵⁴. Il y a d'une part l'obligation de transmettre la demande à l'autorité compétente de l'Etat requis. D'autre part, l'Etat requis doit informer les autorités de l'Etat requérant de la transmission qui a été effectuée.

Puisque la communication directe entre autorités judiciaires peut créer des retards et obstacles relatifs à la mise en œuvre de la coopération requise, la convention pénale prévoit la possibilité pour un Etat partie d'informer les autres Etats parties, par le biais du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que, dans l'optique d'efficacité, les communications directes doivent être adressées à l'autorité centrale.

La convention de l'Union européenne est muette sur la question des autorités centrales. La convention de l'OCDE ne contient pas de dispositions comme l'article 30 de la convention pénale du Conseil de l'Europe qui pose le principe de la communication directe entre les autorités centrales et autorités judiciaires. L'IACAC prévoit que « *les autorités centrales engagent des communications directes entre elles aux effets de la présente convention* »¹⁰⁵⁵.

E - Information des suites données à la demande d'assistance

L'IACAC et la convention de l'Union européenne ne disposent pas d'obligation d'informer sur les suites à donner à la demande d'assistance.

La convention de l'OCDE prévoit à l'article 9 (1) que « *la Partie requise informe la Partie requérante, sans retard, de tout élément ou document additionnels qu'il est nécessaire de présenter à l'appui de la demande d'entraide et, sur demande, des suites données à cette demande d'entraide* ». Comme on le verra, cette disposition se distingue de l'article 30 de la convention pénale du Conseil de l'Europe « *puisqu'elle demande à l'Etat requérant d'informer de tout élément ou documents additionnels qu'il est nécessaire de présenter à la demande d'assistance. De plus, la Partie requise devra informer des suites données à cette demande, c'est-à-dire les résultats* »¹⁰⁵⁶. Cette dissimilitude entre les deux

¹⁰⁵⁴ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, § 134.

¹⁰⁵⁵ Article 18 (3).

¹⁰⁵⁶ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 588.

textes s'agit du fait que l'information sur les suites de la demande d'assistance se fait seulement si la Partie requérante fait une telle demande alors que dans la convention pénale cette information est obligatoire.

L'article 31 de la convention pénale du Conseil de l'Europe concerne la question des suites données aux demandes d'entraide judiciaire. Il s'agit de « *l'obligation pour la Partie requise d'informer la Partie requérante du résultat des mesures prises à la suite de la demande de coopération internationale* »¹⁰⁵⁷. Cet article prévoit que l'Etat partie requise informe sans délai la Partie requérante de la suite donnée aussitôt à une demande formulée en vertu du présent chapitre et du résultat définitif de la suite donnée à la demande. La Partie requise informe également sans délai la Partie requérante de toutes circonstances rendant impossible l'exécution des mesures sollicitées ou risquant de la retarder considérablement.

La CNUCC consacre l'obligation d'informer à l'article 46 (24). Selon cette disposition, l'Etat partie requérant a la possibilité de présenter des demandes dites « *raisonnables* »¹⁰⁵⁸ d'informations sur l'état d'avancement des mesures prises par l'Etat partie requis pour faire droit à sa demande. Dans le cadre des ces demandes raisonnables de la part de Etat partie requérant, l'Etat partie requis formulera une réponse quant aux progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Si l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'Etat partie requérant en informe promptement l'Etat partie requis.

F - Les critères relatifs au refus de coopération

En matière de coopération internationale, certains textes de lutte contre la corruption prévoient des possibilités de refus de coopération. L'IACAC, la convention de l'Union européenne et la convention de l'OCDE ne prévoient pas de motifs de refus d'entraide. Cela représente un point important, surtout en vue des nombreuses possibilités de refus d'entraide fourni par la convention pénale du Conseil de l'Europe et la CNUCC.

Le paragraphe 2 de l'article 26 ouvre la possibilité de refuser des demandes

¹⁰⁵⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, § 135.

¹⁰⁵⁸ Article 46 (24).

d'entraide judiciaire formulée en application de la convention pénale du Conseil de l'Europe. Ces demandes peuvent être motivées sur le fondement de l'atteinte à la souveraineté de l'Etat, la sécurité, l'ordre public et autres intérêts fondamentaux de la Partie requise¹⁰⁵⁹.

L'article 46 (21) de la CNUCC dispose que l'entraide judiciaire peut être refusée si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions de l'article 46, si l'État Partie à la CNUCC requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels; au cas où le droit interne de l'État Partie requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence; au cas où il serait contraire au système juridique de l'État Partie requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande. On constate alors les hypothèses nombreuses de refus. Cela peut bien évidemment constituer un obstacle très important à l'efficacité de la lutte contre la corruption.

La CNUCC dispose que, sous certaines conditions, les Etats parties peuvent invoquer l'absence de double incrimination pour refuser de fournir une aide en application de l'article 46¹⁰⁶⁰. Cependant, l'article 46 (9) (b) précise que l'Etat partie requis, « lorsque cela est compatible avec les concepts fondamentaux de son système juridique, accorde l'aide demandée si elle n'implique pas de mesures coercitives ». Si la demande porte sur des « questions mineures »¹⁰⁶¹ ou des questions pour lesquelles la coopération ou l'aide demandée peut être obtenue sur le fondement d'autres dispositions de la CNUCC, alors cette aide peut être refusée. Le texte de la CNUCC ne précise pas ce qu'il faut entendre par la notion de « questions mineures ».

¹⁰⁵⁹ Voir en ce sens, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> : § 125 : « L'expression “intérêts fondamentaux de l'Etat” peut être interprétée comme donnant la possibilité à la Partie requise de refuser entraide judiciaire dans les cas où des principes fondamentaux de son système judiciaire sont en jeu, lorsque des considérations relatives à la protection des Droits de l'Homme doivent prévaloir et, de manière générale, lorsque la Partie requise a des raisons valables pour considérer que les poursuites pénales engagées par la Partie requérante ont été dénaturées ou détournées à des fins autres que celles de lutter contre la corruption ».

¹⁰⁶⁰ L'article 46 (9) (b).

¹⁰⁶¹ L'article 46 (9) (b).

CONCLUSION

La corruption qui est devenue un phénomène qui traverse les frontières, appelle une réponse internationale. Cela ne peut pas se réaliser sans une coopération judiciaire interétatique efficace. On remarque, surtout au sein des textes du Conseil de l'Europe et des Nations unies, de nombreuses dispositions ayant trait à la coopération internationale. Malgré ces dispositions très approfondies, il reste à connaître l'efficacité réelle de ces dernières, au-delà de la portée purement déclaratoire. De plus, certains motifs de refus d'entraide soulèvent des interrogations quant à la réelle volonté des Etats de coopérer sur chaque aspect de la lutte contre la corruption. Ce sont autant de doutes quant à l'efficacité du dispositif juridique international.

CHAPITRE 6

L'INDISPENSABLE TRANSFERT DES PERSONNES ARRETEES ET DES BIENS SAISIS

Notre objectif ici est de connaître les conséquences juridiques de la qualification d'un comportement ou d'un fait en tant que corruption et on pense notamment au transfert des biens et des personnes. Dans cette optique, il semble opportun d'étudier l'efficacité des mesures de coopération élaborée à cet effet. On analysera en ce sens l'efficacité de la coopération interétatique judiciaire en matière de l'extradition qui est une condition cruciale pour la réussite de la lutte contre la corruption internationale (Section 1). Sera ensuite étudiée la question du la confiscation, la saisie, le gel et le transfert des avoirs en matière de corruption internationale qui fait l'objet notamment des dispositions innovatrices au sein de la convention des Nations unies contre la corruption (Section 2).

SECTION 1

UN ACTE JURIDIQUE ESSENTIEL : L'EXTRADITION EN CAS DE CORRUPTION INTERNATIONALE

Toutes les conventions de lutte contre la corruption internationale ont trait au mécanisme juridique de l'extradition. Il convient de mettre en lumière l'approche du droit international général à cette question (§ 1). On pourra alors mieux appréhender les dispositions conventionnelles en matière de corruption internationale concernant cette remise d'individu pour qu'il soit jugé par l'État requérant ou pour qu'il exécute la peine à laquelle il a été condamné (§ 2).

§ 1 - Le droit international en matière de l'extradition

Avant d'aborder les dispositions des conventions de lutte contre la corruption en matière d'extradition, il convient d'étudier les principes généraux de droit international dans ce domaine. Ainsi, on analysera les caractéristiques de ce mécanisme juridique très ancien (A). La compréhension de la mise en œuvre (B) de l'extradition exige certaines précisions quant à la situation de l'individu et la nature de l'infraction. Il est également question de certaines règles de procédure. En dernier lieu, on étudiera le principe connu sous l'adage latin « *aut dedere aut judicare* » (C), c'est-à-dire « *ou bien livrer, ou bien juger* ».

A – Les caractéristiques du mécanisme juridique de l'extradition

L'extradition est un « *mécanisme juridique par lequel un Etat (Etat requis) livre une personne qui se trouve sur son territoire à un autre Etat (Etat requérant) qui la*

réclame aux fins de poursuites ou d'exécution de peine »¹⁰⁶². La notion d'extradition n'est pas souvent définie par le droit positif¹⁰⁶³. L'extradition est pourtant un mécanisme juridique d'entraide très ancien. En effet, on trouve la trace des cas d'extradition à Karnac, dans l'Egypte antique « où l'on a découvert gravé sur un mur le traité de paix de Kadesh conclu en 1269 avant J.C. entre Ramsès II, Pharaon, et Hattousil III, Prince des Hitties, dans lequel figure ce qui fut, peut être, la première clause d'extradition »¹⁰⁶⁴. L'extradition nous intéresse tout particulièrement car elle démontre très clairement la façon dont les Etats mettent en œuvre les procédures de coopération « pour pallier les inconvénients résultant de l'exclusivité de la compétence territoriale sans y porter atteinte »¹⁰⁶⁵. En effet, « il s'agit d'un instrument très efficace de collaboration répressive internationale au point que l'on parle [parfois] d'entraide « majeure »¹⁰⁶⁶.

En matière d'extradition, il est question d'une collaboration entre deux Etats. Cette collaboration a lieu au niveau gouvernemental. Elle est, historiquement « entourée de garanties procédurales destinées à protéger l'individu, à respecter l'ordre public de l'Etat requis et à éviter des ingérences dans les affaires intérieures des autres Etats »¹⁰⁶⁷. La requête d'extradition et sa réponse, sont des actes diplomatiques interétatiques. En ce sens,

¹⁰⁶² J. SALMON, *op.cit.*, p. 489.

¹⁰⁶³ Cf., l'article 1 de la loi de Haïti de 1912 : « *L'extradition est l'acte par lequel un Etat livre à un autre, sur sa demande, un individu prévenu d'avoir commis telle infraction déterminée par la loi ou les traités, ou condamné pour l'avoir commise sur le territoire de l'Etat qui réclame afin de la faire juger par l'autorité compétente ou lui faire subir sa peine.* » ; le Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 à Rome prévoit la définition suivante à l'article 102 (b) : « *On entend par 'extradition' le fait pour un Etat de livrer une personne à un autre Etat en application d'un traité, d'une convention ou de la législation nationale.* » A noter que ce texte distingue la notion d'« extradition » de la notion de « remise ».

¹⁰⁶⁴ M. POUTIERS, *op.cit.*, p. 933 ; voir *ibid.* : De nos jours, on constate que « *parmi les auteurs d'infractions internationales, seuls les individus (gouvernants, supérieurs hiérarchiques, exécutants et individus en tant que personnes privées), sont susceptibles d'être extradés, dans les limites spécifiques à l'extradition elle-même et au statut de ces individus, notamment aux problèmes posés par l'immunité.* » M. Poutiers (*ibid.*) souligne que « *selon le Statut de la Cour pénale internationale, la seule différence qui oppose l'extradition à la remise est la qualité du requérant, un Etat pour l'extradition, la Cour pour la remise, ainsi que la source de l'obligation, un traité, une convention ou une loi nationale pour l'extradition, le Statut de la Cour pour la remise.* »

¹⁰⁶⁵ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 571.

¹⁰⁶⁶ A. HUET, R. KOERING-JOULON, *op.cit.*, p. 397.

¹⁰⁶⁷ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 570 ; selon ces auteurs « *la procédure de l'extradition fait l'objet depuis quelques années de controverses aiguës, en raison du nombre croissant de conventions tendant à limiter la portée du principe traditionnel excluant l'extradition lorsque la demande est fondée sur des motifs politiques (lutte contre le terrorisme international et le trafic des stupéfiants, répression des mouvements sécessionnistes, tensions internes dans les Etats à régime autoritaire) et de la multiplication des demandes d'asile politique.* »

« l'acte d'extradition est donc un acte de gouvernement souverain et non un acte de pouvoir judiciaire »¹⁰⁶⁸. On distingue alors l'extradition d'autres formes de coopération judiciaire interétatique.

L'extradition concerne le droit interne mais surtout le droit international. Le régime de l'extradition est souvent prévu par « la combinaison de la législation nationale, de traités bilatéraux précisant les hypothèses où l'extradition est possible, éventuellement de conventions multilatérales générales »¹⁰⁶⁹. On fera notamment référence à la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957¹⁰⁷⁰ qui « définit un régime complet de coopération entre les Etats membres du Conseil de l'Europe»,¹⁰⁷¹ la convention européenne sur la répression du terrorisme du 27 janvier 1977¹⁰⁷² ou encore la convention de Caracas du 25 février 1981¹⁰⁷³ dans le cadre de l'OEA. On fera référence également à l'article 8 de la convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970¹⁰⁷⁴, bien qu'il ne s'agisse pas d'un texte régissant exclusivement les questions d'extradition.

En droit interne, la plupart des Etats ont adopté une loi régissant l'extradition et protégeant les droits des individus susceptibles d'être extradés¹⁰⁷⁵. Cependant, « ces lois ne sauraient toutefois entrer en contradiction avec les règles internationales en la matière,

¹⁰⁶⁸ M. POUTIERS, *op.cit.*, p. 934 ; voir *ibid.* : « Ce n'est qu'après que la demande d'extradition a été reçue par le gouvernement de l'Etat requis que ce dernier la transmet à ses juridictions nationales compétentes qui se prononcent alors sur la validité de la demande ».

¹⁰⁶⁹ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 570 ; les auteurs soulignent que par la résolution 45/116 du 14 décembre 1990, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté un « traité-type d'extradition » dont les Etats sont invités à s'inspirer.

¹⁰⁷⁰ <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/024.htm>.

¹⁰⁷¹ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 116 ; voir *ibid.* : Ce régime est « conditionné par le fait que les infractions motivant la demande d'extradition formulée par un Etat parie à l'égard d'un autre soit punies par les lois des deux Etats d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'au moins un an, condition que la France a pour sa part élevée à deux ans, afin d'en réservrer l'application aux cas d'une suffisante gravité. En revanche est demandée pour l'exécution d'un jugement, il suffit que le maximum de la peine encourue soit d'au moins un an et que la sanction prononcée soit d'une durée minimale de quatre ans ».

¹⁰⁷² <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/090.htm>.

¹⁰⁷³ <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-47.html>.

¹⁰⁷⁴ <http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/Conv2-french.pdf>.

¹⁰⁷⁵ Voir à ce sujet : P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 116 : en effet, il peut relever du droit interne, « comme, en France, la loi du 10 mars 1927 dont l'interprétation et l'application ont d'ailleurs connu une importante évolution dans la jurisprudence des juridictions administratives et judiciaires ».

qui s'imposent à chacun des Etats »¹⁰⁷⁶.

A cette notion d'extradition dite « *classique* » ont été ajoutées des procédures équivalentes plus souples, dénommées « *procédures de remise* »¹⁰⁷⁷. On fait référence ici à la remise d'une personne à la Cour pénale internationale¹⁰⁷⁸ et surtout la remise d'une personne à un Etat membre au sein de l'Union européenne, l'Etat « *d'émission* », par un autre Etat membre de la même Union, l'Etat « *d'exécution* ». Dans la section 2, on étudiera la décision cadre¹⁰⁷⁹ adopté par le Conseil le 13 juin 2002, c'est-à-dire le mandat d'arrêt européen.

B – La mise en œuvre de l'extradition

Dans la mesure où nous avons déjà procédé à une analyse de certains principes de la mise en œuvre de la coopération judiciaire interétatique - principes souvent eux-mêmes issus du mécanisme juridique de l'extradition - on n'approfondira pas ici cette question.¹⁰⁸⁰ Il convient néanmoins de rappeler certains points que l'on peut considérer comme prioritaires en matière d'extradition. Par le biais des dispositions conventionnelles que l'on vient d'évoquer ci-dessus, « *les Etats parties s'engagent chaque fois qu'ils en sont requis à livrer la personne en cause, sous réserve de conditions tenant à la situation de l'individu et à la nature de l'infraction* »¹⁰⁸¹. On analysera ainsi les questions relatives à la situation de l'individu (i), la nature de l'infraction (ii) et les questions de procédures pertinentes (iii).

1 - La situation de l'individu

Pour ce qui est de la situation de l'individu, « *peuvent être extradées toutes personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Etat requis, quelle que soit leur nationalité* ;

¹⁰⁷⁶ M. POUTIERS, *op.cit.*, p. 935.

¹⁰⁷⁷ A. HUET, R. KOERING-JOULON, *op.cit.*, p. 397.

¹⁰⁷⁸ Statut de la Cour, article 89 et 91, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf.

¹⁰⁷⁹ 2002/584/GAI,

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33167_fr.htm.

¹⁰⁸⁰ Cf., *supra*, chapitre 5.

¹⁰⁸¹ J. COMBACAU, S. SUR, *op.cit.*, p. 364.

celle de l'Etat requérant, celle d'un Etat tiers, ou même la leur »¹⁰⁸². Cependant, selon le droit international, aucun Etat n'est obligé d'extrader ses propres ressortissants si cette obligation n'est pas précisée au sein d'une convention¹⁰⁸³. Si cette règle « *serait atténuée par le jeu de la compétence personnelle active* »¹⁰⁸⁴ la règle de la non extradition des nationaux est très critiquée par la doctrine.

2 - La nature de l'infraction

La question de la nature de l'infraction exige certaines clarifications. M. le Professeur Combacau et M. le Professeur Sur citent ainsi plusieurs éléments pertinents¹⁰⁸⁵.

Premièrement, c'est la gravité de l'infraction qui justifie ou non le transfert de la personne. Le mécanisme juridique de l'extradition ou de la remise est « *lourd et coûteux pour les Etats concernés, et coercitif pour la personne qui en est l'objet, il est logique qu'on le réserve aux infractions relativement graves* »¹⁰⁸⁶.

Les questions d'extradition concernent notamment le principe de la double incrimination. En ce sens, l'extradition va seulement être accordée si les mêmes faits sont considérés comme des infractions selon le droit de l'Etat requis et que ces faits soient passibles de peines comparables. Selon au moins deux commentateurs, ce principe est relativement facile à comprendre : premièrement « *l'exigence d'une qualification pénale par la loi de l'Etat requérant apparaît s'imposer au nom du bon sens* » et deuxièmement « *il est légitime que l'Etat requis ou l'Etat d'exécution ne veuille pas livrer un individu pour un comportement que son système juridique ne pénalise pas ; en outre, il n'est pas d'entraide répressive sans un minimum de langage commun ni sans une définition*

¹⁰⁸² J. COMBACAU, S. SUR, *op.cit.*, p. 364.

¹⁰⁸³ Voir à ce titre : l'article 6 (1) (a) et (b) de la convention européenne sur l'extradition du 13 décembre 1957.

¹⁰⁸⁴ A. HUET, R. KOERING-JOULON, *op.cit.*, p. 398, il serait question d'une « *solidarité mal placée* » ; pour une analyse de la question du statut de réfugié voir *ibid.* notamment au titre de l'article 33 (1) de la convention de Genève du 28 juillet 1951 selon lequel « *Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ». ; pour une analyse de la compétence personnelle active, *cf.*, *supra*, chapitre 4.

¹⁰⁸⁵ J. COMBACAU, S. SUR, *op.cit.*, p. 364.

¹⁰⁸⁶ A. HUET, R. KOERING-JOULON, *op.cit.*, p. 409.

commune du but poursuivi »¹⁰⁸⁷. On peut faire référence ici à l'article 2 (1) de la convention européenne de 1957. Lorsqu'il est question des infractions internationalement définies,¹⁰⁸⁸ « *le refus d'extradition fondé sur le non respect du principe de la double incrimination ne saurait être admis. En effet, les Etats sont liés soit par la définition coutumière donnée à certaines de ces infractions, soit par les traités auxquels ils sont parties* »¹⁰⁸⁹. Pour satisfaire aux exigences de la double incrimination, la sanction pénale doit généralement avoir été prévue en amont selon la règle *nulla poena sine lege*.

Depuis peu de temps, le principe de la double incrimination connaît une exception importante. Il s'agit des 32 catégories ou listes d'infractions du mandat d'arrêt européen. En effet, un tel mandat est exécuté sans contrôle de la double incrimination des faits reprochés lorsque les agissements considérés sont, aux termes de la loi de l'Etat membre d'émission, punis d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée similaire et entrent dans l'une des catégories d'infractions suivantes¹⁰⁹⁰. Il s'agit notamment du terrorisme, la traite des êtres humains, l'exploitation sexuelle des enfants, le trafic illicite d'armes, de munitions, d'explosifs, l'homicide, le viol ou tous crimes et délits contre l'humanité, la corruption, la fraude, le blanchiment des produits du crime et l'émission de fausse monnaie.

Troisièmement, une demande d'extradition peut être refusée par l'Etat requis si ce dernier poursuit lui-même les faits visés. Il s'agit notamment du principe *aut dedere aut*

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 402.

¹⁰⁸⁸ Le crime de droit international est défini in J. SALMON, *op.cit.*, p. 432 comme « *tout fait individuel qualifié d'infraction internationale pénale par le droit international coutumier ou conventionnel, par exemple, la piraterie, l'esclavage, le crime de guerre, le crime contre l'humanité, le trafic de stupéfiants, la capture d'aéronefs* ».

¹⁰⁸⁹ M. POUTIERS, *op.cit.*, p. 945 ; l'auteur précise que « *les Etats, de plus, doivent avoir intégré ces infractions dans leur ordre interne et avoir prévu les sanctions pénales applicables* », voir en ce sens :l'article 5 de la convention pour la prévention et le répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 ; les articles 49, 50, 129 ; et 146 respectivement des Ière, IIème, IIIème et IVème conventions de Genève de 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux).

¹⁰⁹⁰ Voir à ce titre Article 695-23 du Code de procédure pénale français, créé par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 17 JORF 10 mars 2004.

*judicare*¹⁰⁹¹.

En dernier lieu, certains délits font l'objet d'un refus d'extrader. On souligne notamment l'hypothèse des infractions politiques. Par le passé, le mécanisme d'extradition « fut élaboré pour pouvoir poursuivre les ennemis politiques réfugiés à l'étranger »¹⁰⁹². Cette situation a nettement évolué car le droit international reconnaît que l'extradition, en principe, « ne sera accordée que si le délit invoqué par l'Etat invoqué par l'Etat requérant n'est pas politique [et] si la demande n'a pas été faite dans un but politique »¹⁰⁹³. Cette interdiction n'est pas cependant absolue.

En matière de faits s'inscrivant dans un contexte politique, on doit distinguer deux situations « d'une part, celle de la véritable délinquance politique, par son objet ou par sa motivation ; d'autre part, celle de l'individu qui, officiellement réclamé pour une infraction de droit commun, l'est en fait pour des raisons politiques inavouées par l'Etat requérant »¹⁰⁹⁴. Pour la première hypothèse on pourra faire référence à l'article 3 de la convention européenne de 1957. La deuxième hypothèse est celle d'un « véritable détournement de procédure qu'est confronté l'Etat requis, l'Etat requérant réclamant l'auteur présumé d'une infraction de droit commun pour des raisons politiques ; déjouant ses plans, l'Etat requis va lui opposer un refus »¹⁰⁹⁵.

Plusieurs conventions interdisent l'extradition dans l'hypothèse où l'infraction est de nature militaire. Certaines conventions prévoient un motif de refus d'extradition en matière fiscale (taxes, impôts, douane et change). On doit également citer le refus d'extrader pour les délits qui font l'objet de certaines peines, par exemple la peine de mort. On note aussi que les considérations humanitaires ou personnelles -l'âge, l'état de santé -

¹⁰⁹¹ Cf., *infra*, ce paragraphe – B.

¹⁰⁹² M. POUTIERS, *op.cit.*, p. 941 ; cet auteur souligne que « la Révolution française et ses répercussions au XIXème siècle apporteront des modifications fondamentales en matière d'extradition ».

¹⁰⁹³ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 571.

¹⁰⁹⁴ A. HUET, R. KOERING-JOULON, *op.cit.*, p. 404 ; selon ces auteurs, « sont assurément des infractions politiques toute les atteintes à la sûreté de l'Etat ou plus largement toutes les infractions « qui portent atteinte à l'ordre politique, qui sont dirigées contre la constitution du gouvernement et contre la souveraineté, qui troublent l'ordre établi par les lois fondamentales de l'Etat et la distribution des pouvoirs » [Grenoble, 13 janv. 1947, JCP, 1947, II, 3664, note Magnol] ».

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 407.

peuvent être prises en compte dans les motifs de refus de l’extradition. L’extradition doit être refusée par l’Etat requis dans l’hypothèse où il constate « *une volonté discriminatoire de la part de l’Etat requérant à l’égard de la personne faisant l’objet de la procédure* »¹⁰⁹⁶. L’extradition peut être refusée « *si la peine prononcée dans l’Etat requérant ou d’émission est insusceptible d’exécution à raison d’un obstacle de fond, tel que la prescription, l’amnistie, la grâce, le sursis* »¹⁰⁹⁷.

Puisque nous avons déjà étudié le principe de réciprocité¹⁰⁹⁸ en matière de coopération judiciaire interétatique, on n’approfondira pas cette question ici. Il convient néanmoins de rappeler que par le biais de déclarations de réciprocité, les Etats peuvent procéder à l’extradition même dans l’absence de dispositions conventionnelles.

3 - Les questions de procédure pénale

Lors de la mise en œuvre de l’extradition, il peut survenir que l’auteur d’une infraction fasse l’objet de plusieurs poursuites pour des faits identiques. L’hypothèse d’un cas de conflit entre les demandes d’extradition est fréquente. En effet « *si l’Etat requérant doit être internationalement compétent pour juger la personne réclamée ou lui faire purger sa peine, encore faut-il que cette compétence ne se heurte pas à celle revendiquée par l’Etat requis ou d’exécution* »¹⁰⁹⁹. Cela peut concerner un conflit entre au moins deux demandes d’extradition relatives au même individu ou un conflit relative à une demande d’extradition et une demande de remise devant une juridiction internationale.

Certaines conditions relatives à la procédure d’extradition ont été étudiées au sein du chapitre 5 de la présente recherche. Premièrement, il s’agit de la reconnaissance par la plupart des Etats du principe qu’une personne ne doit pas être poursuivie deux fois pour les

¹⁰⁹⁶ M. POUTIERS, *op.cit.*, p. 940 ; voir *ibid.*, p. 939 « *la protection des droits fondamentaux concerne les situations dans lesquelles la personne pour laquelle une mesure d’extradition est envisagée risquerait une violation grave de ses droits, comme d’être torturé ou de subir un traitement inhumain ou dégradant.* » Selon le même auteur « *alors que la convention européenne des droits de l’homme ne régit pas expressément l’extradition, la Cour européenne a élaboré une jurisprudence en la matière, par ricochet (C.E.D.H., arrêt Soering, 7 juillet 1989, Série A n° 161) pour faire bénéficier les individus faisant l’objet d’une procédure d’extradition de l’interdiction absolue contenue en l’article 3 de la convention* ».

¹⁰⁹⁷ A. HUET, R. KOERING-JOULON, *op.cit.*, p. 414.

¹⁰⁹⁸ Cf., *supra*, chapitre 5.

¹⁰⁹⁹ A. HUET, R. KOERING-JOULON, *op.cit.*, p. 414.

mêmes faits. Il s'agit du principe connu selon son adage latin *non bis in idem*. Deuxièmement, il peut être question du respect des droits de la défense¹¹⁰⁰. Compte tenu de certains aspects très spécifiques à la procédure pénale proprement dite on n'abordera pas ici les questions touchant à la prescription de l'action publique, l'amnistie avant jugement, le classement sans suite ou cessation des poursuites dans l'Etat requis ou d'exécution, les poursuites en cours dans l'Etat requis ou d'exécution pour les mêmes faits et le défaut de plainte ou d'avis officiel.

C - *Aut dedere, aut judicare*

Selon le droit international, l'Etat n'est pas obligé – hormis le cas d'une disposition conventionnelle expresse – d'extrader ses ressortissants. Plusieurs conventions prévoient en leur sein le principe « *aut dedere aut judicare* ». La traduction de l'adage de locution latine serait « *ou bien livrer, ou bien juger* ». Il s'agit de l' « *obligation imposée à l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime de l'extrader (aut dedere) ou de le juger (aut judicare). Destinée à éviter l'impunité, elle constitue une partie essentielle du système de compétence et de coopération étatiques en matière pénale* »¹¹⁰¹.

Une disposition conventionnelle qui prévoit une obligation d'extrader des nationaux ferait l'objet d'une opposition très importante de la plupart des droits continentaux européens¹¹⁰². Le principe « *aut dedere aut judicare* » constitue alors une solution dans le sens où si la demande d'extradition est refusée sur la base de nationalité, l'Etat requis doit alors juger la personne concernée. Il est néanmoins difficile dans la pratique de poursuivre une personne pour une infraction réalisée en dehors de la compétence territoriales des autorités juridiques, en l'occurrence celles de l'Etat requis. Selon le *Nordic Extradition Act* de 1975, le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède prévoient l'extradition d'un ressortissant d'un autre pays nordique à condition que ce ressortissant a été résidant de l'Etat requérant pendant au moins deux ans précédent la

¹¹⁰⁰ Cf., *supra*, chapitre 5, section 2.

¹¹⁰¹ J. SALMON, *op.cit.*, p. 109.

¹¹⁰² A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 433.

réalisation de l'infraction¹¹⁰³. L'article 7 de la convention de l'Union européenne relative à l'extradition dispose qu'un Etat membre ne doit pas refuser l'extradition sur la base de nationalité. Cependant, la convention prévoit une réserve à cette disposition. Le mandat d'arrêt européen prévoit que les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne peuvent et doivent être remis aux autorités judiciaires d'autres Etats membres selon les conditions prévues au sein des instruments communautaires.

Une grande partie de la doctrine « *pousse à la consécration du principe [aut dedere aut judicare] hors de tout cadre conventionnel, du moins à propos des actes de terrorisme d'une gravité si considérable qu'ils sont considérés comme portant atteinte aux intérêts de la communauté internationale dans son ensemble* »¹¹⁰⁴. On souligne que l'affaire de Lockerbie démontre très clairement la problématique qui peut être posée par le refus par un Etat d'extrader ses ressortissants. On peut faire référence ici au vote du Conseil de Sécurité de l'ONU à l'unanimité de la résolution 731 du 21 janvier 1992 « *par laquelle il enjoignait à la Libye de livrer deux de ses agents accusés d'avoir commis un attentat à la bombe de la PanAm qui explosa en vol au-dessus de Lockerbie en Ecosse en 1988. La même résolution demande instamment à la Libye de coopérer à l'enquête sur un autre attentat contre un appareil d'UTA, dans lequel furent également impliqués des agents libyens* »¹¹⁰⁵.

On verra ci-dessous que les textes internationaux de lutte contre la corruption consacrent systématiquement le principe « *aut dedere aut judicare* » en leur sein.

§ 2 - Les textes internationaux de lutte contre la corruption, base juridique de l'extradition

Tous les textes internationaux de lutte contre la corruption ont trait à la question de

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 434.

¹¹⁰⁴ P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 117 ; voir en ce sens : Résolution de l'Institut de Droit International à sa session d'Oxford en 1983.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 118 ; selon ces mêmes auteurs : « *Toujours en matière pénale, on constate notamment que la convention des Nations Unies du 20 décembre 1988 contre le trafic de stupéfiants et de substances psychotropes ou la convention du 4 décembre 1989 sur le mercenariat, mais aussi le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que la Commission du Droit international a adopté en première lecture, prévoient un système de « juridiction universelle » fondé sur le principe « ou réprimer ou extrader »* ».

l'extradition. Au sein de chaque texte, on y retrouve une approche assez semblable (A). D'une part, lorsqu'il existe un traité d'extradition entre les Etats parties à une convention de lutte contre la corruption, les infractions relevant du champ d'application de la convention sont réputées être des infractions pouvant donnant lieu à extradition. D'autre part les dispositions conventionnelles prévoient la possibilité pour les Etats parties de considérer – en l'absence de traité d'extradition - les textes comme base légale pour l'extradition. Il convient également d'analyser les motifs de refus d'extradition consacrés par les textes de lutte contre la corruption (B).

A- L'approche générale des conventions internationales de lutte contre la corruption en matière d'extradition

L'IACAC prévoit les dispositions relatives à l'extradition à l'article 13. Cet article s'applique aux infractions auxquelles les Etats parties ont conféré ce caractère conformément à l'IACAC. Chacune des infractions auxquelles s'applique l'article 13 est d'emblée incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les Etats parties en tant qu'infraction pour laquelle l'auteur peut être extradé. Les Etats parties s'engagent à inclure dans tout traité d'extradition qu'elles concluront entre elles ces infractions pour lesquelles l'auteur peut être extradé¹¹⁰⁶. Si un Etat partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un Etat partie avec laquelle il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer l'IACAC comme base légale de l'extradition pour toutes les infractions auxquelles s'applique l'IACAC¹¹⁰⁷.

Les Etats parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent aux infractions auxquelles s'applique l'article 13 le caractère d'infraction pour lesquelles l'auteur peut être extradé d'un Etat partie à l'autre¹¹⁰⁸. Cela constitue le

¹¹⁰⁶ Article 13 (2) ; voir en ce sens L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 253 : La convention peut servir de Traité sur l'extradition de nature *self-executing* parmi les Etats parties qui n'ont pas conclu de traité sur l'extradition entre elles, ou pour lesquelles l'extradition n'est pas sous condition de l'existence d'un de ces traités.

¹¹⁰⁷ Article 13 (3).

¹¹⁰⁸ Article 13 (4).

seul engagement de *soft law*¹¹⁰⁹ de l'IACAC dans ces dispositions relatives à l'extradition. Selon cette hypothèse, les Etats parties peuvent, même si ce n'est pas une condition, considérer l'IACAC elle-même comme un traité d'extradition relatif aux infractions visées par la convention¹¹¹⁰.

Les règles qui figurent à l'article 8 de la convention de l'Union européenne visent à compléter, pour les infractions impliquant les fonctionnaires communautaires et les fonctionnaires des États membres, les dispositions relatives à l'extradition des ressortissants des États membres qui sont déjà en vigueur entre les États membres et qui résultent de conventions d'extradition bilatérales ou multilatérales. L'article 8 ne prévoit pas de conditions préalables concernant la procédure engagée par l'État membre requis. L'Etat membre requérant n'a pas à présenter de demande pour que l'État membre requis engage les poursuites.

Bien que la présente recherche n'approfondira pas les questions de droit communautaire en la matière, il convient néanmoins de mettre en lumière la décision cadre¹¹¹¹ adopté par le Conseil le 13 juin 2002. Cette décision cadre concerne la procédure du « mandat d'arrêt européen ». Dans l'hypothèse où l'Etat membre d'émission et l'Etat membre d'exécution ont l'un et l'autre transposé cette décision cadre, la procédure de remise est plus simple et plus vite qu'en droit commun dans le sens où est elle totalement judiciarisée. Cette procédure judiciarisée est en principe plus efficace pour deux raisons. En premier lieu, puisque la demande formulée s'adresse directement de l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission à celle de l'Etat membre d'exécution, la procédure évite la voie diplomatique et ne s'encombre pas de la demande préalable d'arrestation provisoire de la

¹¹⁰⁹ Voir à ce titre J. SALMON, *op.cit.*, p. 1039 : « *Expression anglaise, employée parfois comme telle par certains auteurs francophones et par laquelle ils entendent désigner des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes. [...] Considérée comme processus à finalité normative, une règle de soft law serait cependant susceptible, pour les défenseurs de cette expression, d'aboutir par l'accumulation convergente des prétentions normatives, à la constitution d'une norme nouvelle ayant un caractère juridiquement obligatoire* ».

¹¹¹⁰ L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 286.

¹¹¹¹ 2002/584/GAI, JO L 190 du 18 juillet 2002 ; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:fr:NOT>.

personne recherchée. Deuxièmement, l'examen de cette demande est « *exclusivement l'œuvre de l'autorité judiciaire est c'est à elle seule, et non plus à un gouvernement, qu'il appartient de décider si la personne réclamée doit ou non être remise à l'autorité judiciaire de l'Etat membre d'émission* »¹¹¹². Ce mandat d'arrêt européen « *se caractérise par la remise de la personne faite par l'État d'exécution à l'État d'émission et se substitue à la procédure classique de l'extradition qui comprend une phase politique et administrative et une phase judiciaire* »¹¹¹³.

Quant à la convention de l'OCDE, selon son article 10, la corruption d'un agent public étranger est réputée constituer une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu du droit des Etats parties et des conventions d'extradition entre celles-ci. Dans l'hypothèse où un Etat partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'une convention d'extradition reçoit une demande d'extradition de la part d'un autre Etat partie avec laquelle elle n'a pas de convention d'extradition, cet Etat partie peut considérer la convention de l'OCDE comme base juridique pour l'extradition en ce qui concerne l'infraction¹¹¹⁴ de corruption d'un agent public étranger. Sur ce point, les commentaires officiels de la convention de l'OCDE apportent des précisions. Selon ces commentaires, un pays qui exige une convention d'extradition pour extrader ses ressortissants, mais pas pour extrader des étrangers, peut considérer la convention de l'OCDE comme base pour l'extradition de ses ressortissants¹¹¹⁵. Dans certains pays – et l'on pense notamment aux Etats-Unis – l'extradition n'aura lieu que dans la présence d'une convention d'extradition¹¹¹⁶. L'article 10 (2) de la convention de l'OCDE est alors particulièrement utile.

L'article 27 de la convention pénale du Conseil de l'Europe concerne l'extradition.

¹¹¹² A. HUET, R. KOERING-JOULON, *op.cit.*, p. 471 ; voir en ce sens, P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 116 : « *l'autorité judiciaire de chaque Etat membre est ainsi requise de faire droit à la demande d'extradition formulée par l'autorité judiciaire d'un autre Etat membre, ceci afin d'éviter l'intervention de l'Exécutif d'un pays ou de l'autre dans le cours de la procédure, en se fondant sur la confiance réciproque entre Etats membres* ».

¹¹¹³ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 537.

¹¹¹⁴ Article 10 (2) ; voir également : H. LOWELL BROWN, « *The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery* », *op.cit.*, pp. 505 – 507.

¹¹¹⁵ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>, p.18.

¹¹¹⁶ Voir en ce sens A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 432.

Les paragraphes 1 et 3 de cet article prévoient que les infractions en matière de corruption qui relèvent du champ d'application de la convention pénale sont réputées être des infractions pouvant donner lieu à extradition. Les rapports explicatifs précisent qu'une telle obligation découle aussi de l'article 19, paragraphe 1, selon lequel ces infractions doivent faire encourir à leur auteur une sanction privative de liberté pouvant donner lieu à extradition¹¹¹⁷. Cela n'implique pas une obligation d'extrader à chaque fois que la demande en est faite. Il est question surtout de la possibilité d'accorder l'extradition des personnes qui ont commis l'une des infractions établies en vertu de la convention pénale. Selon l'article 27 (1) « *les infractions pénales relevant du champ d'application de la présente convention sont considérées comme incluses dans tout traité d'extradition en vigueur entre les Parties en tant qu'infractions donnant lieu à l'extradition* ». Ce paragraphe exige également d'inclure les infractions de corruption dans la liste de celles qui peuvent donner lieu à extradition dans les traités d'extradition conclus dans l'avenir. Les Etats Parties à la convention pénale qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité sont dans l'obligation de reconnaître que ces infractions peuvent donner lieu à extradition¹¹¹⁸.

L'article 27 (2) dispose clairement que la convention pénale peut servir de base légale à l'extradition pour les Etats parties qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité. En ce sens, un Etat partie à la convention pénale qui n'accorderait pas l'extradition « *soit parce qu'elle n'a pas de traité d'extradition avec la Partie requérante soit parce que les traités en vigueur ne s'appliqueraient pas à une demande formulée pour une infraction de corruption établie en vertu de la présente convention, peut considérer la convention elle-même comme fondement permettant de remettre la personne demandée* »¹¹¹⁹.

Le Chapitre IV de la CNUCC intitulé « *coopération internationale* » concerne principalement l'entraide judiciaire et l'extradition. Les dispositions de la CNUCC sont élaborées pour fonctionner comme des traités indépendants lorsque cela est en accord avec les droits nationaux pertinents. Ces dispositions compléteront également des traités

¹¹¹⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, § 127.

¹¹¹⁸ Article 27 (3).

¹¹¹⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, § 128.

existants sur l'extradition et l'entraide judiciaire. Les dispositions de la CNUCC dans ces domaines sont très détaillées. Contrairement aux dispositions relatives à l'incrimination pénale, la plupart de dispositions du chapitre IV sont *self-executing*.

L'article 44 de la CNUCC concerne l'extradition et comprend dix-huit dispositions. De la même manière que les autres textes internationaux de lutte contre la corruption, l'objectif de l'article 44 est de créer, au sein du traité, un mécanisme d'extradition, sans avoir besoin de recourir à d'autres traités ou des lois nationales. En ce sens, l'article 44 (5) prévoit que si un État Partie à la CNUCC qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État Partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la CNUCC comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique.

Reconnaissant, cependant, que certains pays - tels que les Etats-Unis - exigent l'existence d'un traité d'extradition avec tout pays vers lequel ils procèdent à une extradition, pour assurer un niveau de cohérence avec le système juridique de ce pays, la CNUCC encourage les Etats qui n'acceptent pas la convention en tant que base pour l'extradition à chercher à conclure de tels traités avec les autres pays de la CNUCC en vue d'une mise en œuvre efficace de cet article¹¹²⁰.

B- L'approche des conventions anticorruption en matière des motifs de refus d'extradition

Les dispositions de l'IACAC précisent que l'extradition sera subordonnée aux conditions prévues par le droit de la Etat partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels l'Etat partie requis peut refuser

¹¹²⁰ Article 44(6) (b) ; voir L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption : the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 18 : « Article 44 (6)(b) : Un État Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité: a) Au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion à la présente convention, indique au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'il considère la présente convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États Parties; et b) S'il ne considère pas la présente convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États Parties afin d'appliquer le présent article ».

l'extradition¹¹²¹. Cette disposition laisse penser que le principe de la double incrimination pourrait constituer un motif de refus valable dans la mesure où il est une condition du droit de l'Etat partie requis.

L'article 13 (6) de l'IACAC consacre le principe *aut dedere aut judicare* en disposant que si l'extradition demandée à raison d'une infraction à laquelle s'applique l'IACAC est refusée uniquement sur la base de la nationalité de la personne qui fait l'objet de la requête, ou parce que la Partie requise se considère compétente en l'espèce, la Partie requise soumet l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, sauf si d'autres dispositions auront été convenues avec la Partie requérante, et l'informe en temps opportun du jugement définitif.

L'IACAC – comme les autres textes - reste silencieuse sur la question importante désignée par certains juristes anglo-saxons comme le *double jeopardy*. On fait référence ici au principe selon lequel les personnes ne devraient pas être poursuivies deux fois pour les mêmes actes ou infractions, principe qui est fermement ancrée dans le *common law* et les droits continentaux, où ce principe est connu selon l'adage latin *non bis in idem*¹¹²². Dans le contexte de la corruption internationale, un consensus multilatéral sur cette question pourrait faciliter une application et mis en œuvre uniforme de l'IACAC et les autres textes pertinents.

L'article 8 de la convention de l'Union européenne fixe des règles visant à empêcher les personnes soupçonnées d'avoir commis des actes de corruption de rester impunies parce que l'extradition est refusée par principe. Selon l'article 8 de la convention

¹¹²¹ Article 13 (5) ; voir également, L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 288 - 289 : le droit américain octroie aux branches exécutive et judiciaires du gouvernement l'autorité d'extrader seulement si le pays requérant et les Etats-Unis ont un accord préalable en forme de traité contraignant.

¹¹²² Voir ci-dessus ce chapitre section 1 ; L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, pp. 288 - 289.

de l'Union européenne, l'Etat membre qui n'extrade pas ses ressortissants¹¹²³ doit prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence¹¹²⁴ sur les infractions définies et punies au sens des articles 2, 3 et 4 de la convention lorsqu'elles sont commises par ses propres ressortissants dans un autre État membre¹¹²⁵. Dans l'hypothèse où un acte de corruption a été commis sur le territoire d'un État membre par un ressortissant d'un autre État membre qui ne peut pas être extradé uniquement parce que ce dernier État membre n'extrade pas ses ressortissants, l'article 8 impose à l'État requis de soumettre le cas à ses autorités judiciaires pour qu'elles entament des poursuites. Il est alors question du principe *aut dedere aut judicare*¹¹²⁶. Cette disposition n'est cependant pas censée porter atteinte aux règles nationales de procédure pénale. Pour l'application de ce principe, les rapports explicatifs précisent que « *l'État membre requérant s'engage à adresser les dossiers, informations et objets relatifs à l'infraction à l'État membre qui doit poursuivre son ressortissant. L'État membre requérant sera tenu au courant des poursuites et de leur résultat* »¹¹²⁷.

Comme au moment de la conclusion du Premier protocole, les rédacteurs des textes communautaires n'ont pas inséré de disposition semblable à celle qui se trouve à l'article 5 (3) de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes¹¹²⁸, qui interdit de refuser l'extradition au seul motif que l'infraction est de nature fiscale. Une telle exception serait sans objet dans le cas des infractions de corruption.

Dans le cadre du mandat d'arrêt européen, on trouve dans le Préambule de cette décision cadre le reflet de l'optique communautaire, c'est-à-dire, la « *nécessité d'éliminer la complexité et les retards potentiels inhérents à la situation actuelle en matière*

¹¹²³ Le terme de «ressortissant» doit être interprété à la lumière des déclarations faites à l'article 6 (1) (b) de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 par les Etats parties à cette convention.

¹¹²⁴ Sur les questions relatives à la compétence des juridictions nationales voir ci-dessus chapitre 4.

¹¹²⁵ Voir en ce sens : H. LOWELL BROWN, « The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery », *op.cit.*, pp. 516 – 517.

¹¹²⁶ Article 8 (2).

¹¹²⁷ *Rapport explicatif de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne*, approuvé par le Conseil le 3 décembre 1998, J.O.C.E., C 391, du 15 décembre 1998, § 8.2.

¹¹²⁸ JO C 316 du 27 novembre 1995.

d'extradition »¹¹²⁹. L'objectif de cette décision est d'établir un régime simplifié afin de pouvoir soumettre plus aisément la personne appréhendée à une action pénale comme à l'exécution de la peine prononcée à son égard. Une liste de trente deux infractions a été dressée. Il est question notamment de le terrorisme, la traite des êtres humains, l'exploitation sexuelle des enfants, le trafic illicite d'armes, de munitions, d'explosifs, l'homicide, le viol ou tous crimes et délits contre l'humanité, la corruption, la fraude, le blanchiment des produits du crime et l'émission de fausse monnaie. On note qu'il n'y a pas d'obligation relative à la double incrimination. Dans un premier temps, le projet de décision cadre sur le mandat d'arrêt européen rédigé par la Commission européenne laissait croire à un remplacement des traités d'extradition existants par le mandat d'arrêt européen. Cependant, le Conseil a décidé que la décision cadre remplacera les dispositions pertinentes de certaines conventions. Il est question alors du remplacement d'une procédure par une autre¹¹³⁰.

En matière de la convention de l'OCDE, le principe « *aut dedere aut judicare* », permettant à tout Etat partie de refuser l'extradition d'un de ses ressortissants en raison de sa nationalité à la condition d'engager des poursuites à son encontre est retenu¹¹³¹. Le libellé du texte s'inspire de la formule de la convention de l'Union européenne selon laquelle l'Etat partie concernée s'engage à soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

On rappelle que la convention de l'OCDE dispose, de façon analogue à l'IACAC que l'extradition pour corruption d'un agent public étranger est soumise aux conditions fixées par le droit national et par les accords et arrangements applicables pour chaque Etat partie à la convention. L'IACAC ne donne pas de précision supplémentaire à cette question. La convention de l'OCDE dispose, elle, que lorsqu'une Partie à la convention

¹¹²⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:fr:NOT>.

¹¹³⁰ Voir à ce sujet : R. A. CANO, *op.cit.*, p 539 : « *Le nouveau régime du mandat d'arrêt européen se substitue à celui de l'extradition. De plus, il faut noter aussi que les États membres sont aussi liés par des conventions relatives à l'entraide judiciaire en matière pénale et celles relatives à la reconnaissance mutuelle des décisions de justice, la convention européenne du 28 mai 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs étrangers, la convention de Bruxelles du 13 novembre 1991 sur l'exécution des condamnations pénales étrangères dans le cadre de l'Union européenne. Ces conventions ont une portée géographique variée* ».

¹¹³¹ Article 10 (3).

subordonne l'extradition à l'existence d'une double incrimination, cette condition est réputée remplie lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de l'article 1 de la convention¹¹³².

L'article 27 (4) de la convention pénale du Conseil de l'Europe dispose, elle aussi, que « *l'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la Partie requise ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser l'extradition* ». Cela constitue alors une possibilité de rejeter une demande d'extradition parce que les conditions fixées par les traités applicables ne sont pas réunies. Les rapports explicatifs¹¹³³ précisent que l'Etat partie requis a la possibilité de rejeter la demande pour les motifs autorisés par ces traités. On souligne que la convention pénale ne prive pas les Parties contractantes du droit de refuser l'extradition si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée comme une infraction politique.

L'article 27 (5) de la convention pénale du Conseil de l'Europe consacre le principe « *aut dedere aut judicare* ». Il s'inspire en ce sens de l'article 6 (2) de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957¹¹³⁴.

L'article 44 de la CNUCC s'applique obligatoirement aux infractions établies conformément à cette convention lorsque la personne faisant l'objet de la demande d'extradition se trouve sur le territoire de l'État Partie requis, à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'État Partie requérant et de l'État Partie requis¹¹³⁵. Il est question ici du principe de la double incrimination. Si les conditions de la double incrimination ne sont pas réunies, les dispositions de l'article 44 s'appliquent de manière non contraignante.

Le texte des Nations unies consacre le principe « *aut dedere aut judicare* » à l'article

¹¹³² Article 10 (4).

¹¹³³ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, § 129.

¹¹³⁴ <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/024.htm>.

¹¹³⁵ Article 44 (1).

44 (11)¹¹³⁶.

Les fondements pour refuser l’extradition selon les dispositions de la CNUCC sont limités. Cependant, l’article 44 (15) dispose qu’aucune disposition de la CNUCC ne constituent une obligation pour l’Etat partie d’extrader « *s’il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l’une quelconque de ces raisons* ». Tout fondement présent en droit national ou au sein d’un traité d’extradition pertinente, peut être invoqué : l’extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l’État Partie requis ou par les traités d’extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extrader et aux motifs pour lesquels l’État Partie requis peut refuser l’extradition¹¹³⁷.

On note cependant que les États Parties à la CNUCC ne peuvent refuser une demande d’extradition au seul motif que l’infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales¹¹³⁸. On verra également que le secret bancaire n’est pas un motif valable de refus d’extradition.

En conclusion, il convient de rappeler que l’efficacité de la coopération interétatique judiciaire en matière de l’extradition est une condition cruciale pour la réussite de la lutte contre la corruption. En subordonnant l’extradition aux conditions prévues par le droit de la Etat partie requis ou par les traités d’extradition applicables, on pourra logiquement craindre que la lourdeur de la procédure en matière d’extradition nuise aux efforts entrepris dans la lutte contre la corruption. Bien que les textes internationaux

¹¹³⁶ « *Un État Partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction, s'il n'extraite pas cette personne au titre d'une infraction à laquelle s'applique le présent article au seul motif qu'elle est l'un de ses ressortissants, est tenu, à la demande de l'État Partie requérant l'extradition, de soumettre l'affaire sans retard excessif à ses autorités compétentes aux fins de poursuites. Lesdites autorités prennent leur décision et mènent les poursuites de la même manière que pour toute autre infraction grave en vertu du droit interne de cet État Partie. Les États Parties intéressés coopèrent entre eux, notamment en matière de procédure et de preuve, afin d'assurer l'efficacité des poursuites*

¹¹³⁷ Article 44 (8).

¹¹³⁸ Article 44 (16).

aient consacré en leurs seins le principe *aut dedere aut judicare*, ces textes ne semblent pas aller assez loin. On souligne cependant les progrès relatif à la procédure d'extradition démontré par le mandat d'arrêt européen. Comme on le verra en détail au sein du chapitre 8 de la présente recherche¹¹³⁹, il est de notre avis que seule la reconnaissance de l'infraction la corruption de l'agent public étranger en tant que crime international punissable par le Statut de Rome pourrait fournir la dynamique nécessaire pour atteindre un niveau de coopération internationale à la hauteur de l'importance de ce phénomène.

SECTION 2

LA CONFISCATION, LA SAISIE, LE GEL ET LE TRANSFERT DES AVOIRS EN MATIERE DE CORRUPTION INTERNATIONALE

Chaque convention de lutte contre la corruption internationale - à l'exception de la convention de l'Union européenne – a trait aux mesures relatives à la propriété (§ 1). On retiendra tout particulièrement l'approche de la convention des Nations unies qui prévoit un chapitre entier à la question du recouvrement des avoirs (§ 2).

§ 1 – Les dispositifs généralement prévus par les textes internationaux : les mesures concernant la propriété en matière de lutte contre la corruption

Il est ici question de dispositions qui ont trait à la question de la saisie, de la confiscation, du gel ou encore du transfert de la propriété suite à une infraction de corruption. Ces mesures relatives à la privation juridique de propriété sont d'une grande pertinence dans la lutte contre corruption (A). On analysera en ce sens l'approche générale des conventions internationales de lutte contre la corruption (B). On soulignera également que tous les textes disposent que le secret bancaire ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale en invoquant le secret bancaire (C).

¹¹³⁹ Cf., *infra*, chapitre 8.

A- La pertinence des mesures relatives à la privation juridique de propriété

Si l'on considère les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, on constate la nature «*inviolable et sacré*» du droit à la propriété. A la lumière du libellé de la Déclaration de 1789, on aperçoit que les mesures relatives à la privation juridique de propriété ont alors un retentissement profond.

Selon l'article 544 du Code civil français les prérogatives du propriétaire sont la jouissance et la disposition « *auxquelles il faut ajouter le droit de percevoir les fruits si l'on veut reprendre la trilogie romaniste classique : usus, fructus et abus.* »¹¹⁴⁰ L'usus, le fructus et l'abusus sont « *l'effet externe de la propriété, la réalisation externe du droit* »¹¹⁴¹. On peut ici ajouter la précision qui est apportée par Emile Durkheim : « *il ne faut pas perdre de vue qu'à elle seule, la jouissance ne caractérise pas la propriété ; c'est la jouissance exclusive ; c'est l'interdiction de jouissance de l'objet considéré à tous les autres sujets [...] Le droit de propriété se définit beaucoup plus par un côté négatif que par un contenu positif ; par les exclusives qu'il implique que par les attributions qu'il confère* »¹¹⁴².

Si l'objet de la présente recherche ne se trouve pas dans l'approfondissement de la question du droit de propriété, il concerne néanmoins la propriété des produits de la corruption. On doit alors aborder la question de leur saisie, leur confiscation, leur gel ou leur transfert suite à une infraction de corruption. Il s'agit en réalité des biens placés sous main de justice dans l'optique éventuelle d'une restitution. Selon au moins un commentateur la réparation du dommage - matériel ou moral – provoqué par une infraction pénale « *ne peut intervenir que par l'allocation de dommages-intérêts qui comprend la perte subie (damnum emergens) et le gain dont la victime a été privée (lucrum cessans). La*

¹¹⁴⁰ L. GAVARRI, *Le Bien Information : Possession, Appropriation, Exploitation*, Université du Sud Toulon-Var, 2008, p. 146 ; voir également, F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, Dalloz, 6ème édition, 2002, n° 121 et s, p. 116.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, p. 157.

¹¹⁴² E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, Publications de l'Université d'Istanbul, p. 171.

restitution n'est pas une réparation en nature quand elle porte sur des objets placés sous main de justice, elle ne joue ce rôle que lorsqu'elle permet de condamner le responsable de l'acte de dépossession à rendre à la victime le bien qu'il lui avait injustement dérobé»¹¹⁴³. Cette restitution peut relever d'une démarche spontanée de l'auteur de l'infraction comme de la voie judiciaire et des conditions de sa mise en œuvre.

La restitution des produits de la corruption est une question particulièrement pertinente dans les pays en voie de développement, lorsque les affaires de corruption exportent des richesses nationales vers les centres bancaires internationaux ou des paradis fiscaux, alors que ces Etats auront besoin de ces richesses dans l'optique de la construction du pays. Déjà en 2006, certains pays africains ont déclaré que cent quarante milliards de dollars ont été soustrait de l'Afrique illégalement et en faisant appel à la corruption, par des politiciens, soldats, hommes d'affaire et autres dirigeants, puis déposés à l'étranger en espèces, titres, biens et autres avoirs¹¹⁴⁴.

Cette exportation des produits de la corruption a des conséquences importantes sur l'Etat à qui ces produits échappent. Cela peut réduire l'efficacité de l'aide étrangère, épuiser les réserves d'argent, réduire les possibilités d'imposition, nuire à la concurrence et au commerce libre et augmenter le seuil de pauvreté. Les Etats tels que Haïti, l'Iran, le Pakistan, les Philippines, le Pérou ou encore l'Ukraine ont souffert de ce genre de fuite de liquidités à la suite des actes corrompus des dirigeants politiques ou autres agents publics. On peut également soulever l'exemple du Président Mobutu Sese Seko qui a détourné cinq milliards de dollars de l'Etat de Zaïre. Finalement, on estime à plus de deux milliards de dollars le montant détourné par le dictateur nigérien Sani Abacha¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ D. AUGER, *Droit de propriété et droit pénal*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille Faculté de Droit et de Science politique, p. 177.

¹¹⁴⁴ La Déclaration de Nairobi sur les obligations internationales et sur le recouvrement et le rapatriement des richesses africaines illégalement obtenues et mise en banque ou investies à l'étranger

(http://www.transparency.org/news_room/latest_news/press_releases/2006/07_04_06_nairobi_declaration) ; voir également, *Nyanga Declaration on the Recovery and Repatriation of Africa's wealth* : http://www.ipocafrica.org/index.php?option=com_content&view=article&id=69&Itemid=68

¹¹⁴⁵ P. WEBB, *op.cit.*, pp. 210 – 212.

B - Les textes internationaux de lutte contre la corruption en matière de propriété : approche générale

Les traités relatifs à l’entraide judiciaire connaissent souvent des dispositions relatives au gel et confiscation des avoirs obtenue par la commission d’une infraction acquise à travers de l’activité illicite. Le droit américain par exemple permet l’*Attorney General*¹¹⁴⁶ de partager avec un pays étranger des biens ou avoirs saisis ou lorsqu’un pays étranger a participé dans le saisi ou la confiscation de la propriété¹¹⁴⁷. C’est un mécanisme qui est utilisé par les Etats-Unis pour encourager d’autres Etats à participer dans l’enquête et l’incrimination d’infractions internationales¹¹⁴⁸. Ces mesures relatives à la propriété, devraient augmenter la capacité des Etats parties d’enquêter et poursuive des cas de corruption.

En matière de corruption internationale, il est moralement peu justifiable, pour un Etat confiscatoire de bénéficier de la simple présence des avoirs sur leur territoire, sans égard à l’endroit où l’infraction a eu lieu. La confiscation a trait à la solidarité et au partage. Dans certains Etats, la législation nationale a été promulguée à cet effet. Par exemple, la Suisse, de par sa loi fédérale relative au partage des avoirs confisqués, reconnaît que l’argent de la corruption doit être restitué à l’Etat où la corruption a eu lieu¹¹⁴⁹.

Comme on le verra, l’IACAC ne retient pas la même approche que celle adoptée notamment par la convention de l’OCDE et la convention pénale du Conseil de l’Europe. On verra que pour l’OCDE et le Conseil de l’Europe, la confiscation et la saisie des produits du crime peuvent constituer les sanctions des infractions de corruption et des

¹¹⁴⁶ Le procureur général des États-Unis (*United States Attorney General*) est membre du Cabinet du président des États-Unis. Il dirige le département de la Justice (DOJ) et est chargé du ministère public près les juridictions fédérales, assiste et plaide pour l’État dans les actions administratives, responsable de l’application des lois d’immigration et administre les prisons. Le procureur général est nommé par le président des États-Unis après ratification par le *Sénat*.

¹¹⁴⁷ L. A. LOW *et al.*, « The Inter-American convention against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *op.cit.*, p. 291.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 22.

¹¹⁴⁹ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 439 ; ces auteurs soulignent que dans le cas des affaires *Roldan* et *Abacha*, la Suisse a restitué les avoirs à l’Espagne et au Nigeria respectivement.

infractions liées à la corruption.

L’article XV de l’IACAC dispose que dans la mesure où cela est conforme à la leur législation interne et aux traités applicables ou à d’autres accords qui peuvent être en vigueur entre elles « *les Parties s'accordent l'assistance mutuelle la plus large pour l'identification, le dépistage, le gel, la confiscation et la saisie des biens obtenus ou découlant de la commission des actes auxquels ils ont conféré le caractère d'infraction* » conformément à l’IACAC ou « *des biens utilisés dans le cadre de la commission de ces infractions, ou du produit de ces biens* ». Les dispositions de l’IACAC concernent également le transfert de ces biens. En effet, l’article XV (b) dispose que « *dans la mesure permise par ses lois, et dans les conditions jugées appropriées, cette Partie pourra transférer la totalité ou une partie de ces biens à une autre Partie qui aurait apporté son assistance à la conduite de l'enquête ou des procédures ayant mené à la saisie* ».

La convention de l’Union européenne n’a pas trait à la saisie et la confiscation des produits de la corruption¹¹⁵⁰.

L’article 3 (3) de la convention de l’OCDE prévoit que « *chaque Partie prend les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues* ». La convention de l’OCDE prévoit alors une alternative à la confiscation des produits de la corruption d’un agent public étranger. Elle concerne le versement d’une amende lorsqu’il pourrait avoir un effet comparable. Les commentaires officiels¹¹⁵¹ de la convention de l’OCDE précisent que l’article 3 (3) n’empêche pas la fixation de limites appropriées pour les sanctions pécuniaires. On note que la convention de l’OCDE « *tente de concilier l'approche européenne et américaine, en*

¹¹⁵⁰ Le Conseil de l’Union européenne a adopté plusieurs décisions-cadre afin d’harmoniser les législations des États membres en matière de confiscation des instruments et des produits du crime et du gel des avoirs et des éléments de preuve. voir en ce sens, la décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil relative à la confiscation des produits, des instruments, et des biens en rapport avec le crime et la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative au gel des avoirs et des éléments de preuve. Pour une analyse approfondie de ces textes, voir R. A. CANO, *op.cit.*, pp. 377 – 399.

¹¹⁵¹ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>.

*effet, les États européens sont dotés de lois sur la confiscation alors que les Etats-Unis ont opté pour le système des amendes »*¹¹⁵². Ces deux options sont cependant juridiquement différentes. M. le Professeur Pieth précise que « *la confiscation dépend de la provenance des fonds, à savoir un acte criminel, tandis qu'une amende est fonction de la culpabilité de celui qui enfreint la loi. Alors qu'en principe tout gain illicite doit être confisqué, l'amende est calibrée avec précision selon le degré de culpabilité* »¹¹⁵³. Dans le cadre du principe de l'équivalence fonctionnelle¹¹⁵⁴ consacrée par la convention de l'OCDE, les deux options sont acceptables. La convention de l'OCDE reste silencieuse sur l'autorité habilitée à prononcer la confiscation. Comme nous avons précisé, cette convention ne prévoit pas comment disposer des biens confisqués. Cela constitue une lacune du texte.

L'article 19 (3) de la convention pénale du Conseil de l'Europe dispose que « *chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer ou de priver autrement des instruments et des produits des infractions pénales établies en vertu de la présente convention, ou des biens dont la valeur correspond à ces produits* ». Il est question d'une obligation générale pour les Etats parties contractants de se doter des instruments juridiques appropriés pour permettre la confiscation ou d'autres formes de privation juridiques (par exemple, la confiscation dite « civile ») des moyens et des produits de la corruption, selon la gravité des infractions citées aux articles 2 à 14. L'article 19 (3) doit être interprété en tenant compte de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation

¹¹⁵² R. A. CANO, *op.cit.*, p. 373.

¹¹⁵³ Voir en ce sens, M. PIETH, « Assurer le succès de l'initiative de l'OCDE contre la corruption », in *Affairisme : la fin du système*, Paris, OCDE, 2000, p. 63 : « *Les pays européens ont adopté des lois de confiscation de large portée dans la lignée de la convention de Vienne de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et la convention du Conseil de l'Europe 141 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime. Les Etats-Unis et la Corée cherchant à atteindre un résultat similaire au moyen d'une forte amende. [...] Dans le contexte de la convention de l'OCDE, les deux solutions sont tout à fait acceptables si leurs effets sont comparables. C'est certainement le cas lorsque le critère utilisé est la proportionnalité simple et objective par rapport au gain. Mais lorsque le juge dispose d'une marge d'appréciation très large en lieu et place d'une mesure de confiscation, la question de la comparabilité doit être examinée de plus près. Souvent, le Groupe de travail de l'OCDE se réserve le droit de se prononcer sur l'efficacité d'une telle sanction, en pratique lors d'une deuxième série d'évaluations* ».

¹¹⁵⁴ Cf., *supra*, introduction générale.

des produits du crime¹¹⁵⁵. La convention pénale du Conseil de l'Europe consacre l'idée que la confiscation des produits du crime et une arme efficace de lutte contre la corruption. En ce sens, en vue du fait que « *l'avantage indu promis, donné, reçu ou accepté dans la plupart des délits de corruption a un caractère matériel, il est clair que les mesures aboutissant à la privation d'un bien lié à l'infraction ou résultant de cette infraction devraient être prévues* »¹¹⁵⁶ dans le domaine de la corruption.

La CNUCC a trait au gel, à la saisie, à la confiscation et surtout au transfert des avoirs. Les notions de « *gel* » et « *saisie* » sont définies à l'article 2 (f) de la CNUCC. Par les notions de « *gel* » ou « *saisie* », la CNUCC entend une « *l'interdiction temporaire du transfert, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens, ou le fait d'assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente* ». La notion de confiscation est définie à l'article 2 (g) : « *la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente* ».

L'article 31 de la CNUCC exige des Etats parties de prendre, dans toute la mesure possible dans le cadre de son système juridique interne, les mesures nécessaires pour permettre la confiscation. Cette disposition est obligatoire. Elle s'applique au produit du crime provenant d'infractions établies conformément à la CNUCC ou de biens dont la

¹¹⁵⁵ Strasbourg, 8 novembre 1990 : voir

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, §

94 : « *L'article 1 de la convention relative au blanchiment définit les termes «confiscation», «instruments», «produits» et «biens» employés dans cet article. Par «confiscation», il est fait référence à toute sanction ou mesure pénale ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure liée à une infraction pénale aboutissant à la privation définitive du bien. Les «instruments» courent tout l'éventail d'objets qui sont utilisés ou destinés à être utilisés en partie ou totalité pour commettre les infractions pénales définies aux articles 2 à 14. Le terme «produits» signifie tout avantage économique et toute économie obtenue grâce à l'infraction commise. Il peut s'agir de tout «bien» selon l'interprétation donnée à ce terme plus loin. Dans le libellé de ce paragraphe, il est tenu compte du fait qu'il peut y avoir des différences entre les législations nationales quant au type de bien qui peut être confisqué à la suite d'une infraction. Il peut être possible de confisquer des objets qui constituent (directement) le produit du crime ou d'autres biens appartenant aux délinquants qui, bien que non directement acquis grâce à l'infraction commise, correspondent à la valeur du produit directement acquis de manière illégale, ce que l'on appelle les "avoirs de substitution". Le «bien» doit donc être interprété, dans ce contexte, comme tout bien, matériel ou immatériel, meuble ou immeuble, document ou instrument juridique prouvant le titre de propriété ou l'intérêt dans cette propriété. Il faut noter que les Parties Contractantes ne sont pas tenues de prévoir la confiscation pénale de biens de substitution puisque les mots «ou de priver autrement» autorisent également la confiscation dite «civile» ».*

¹¹⁵⁶ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, § 93.

valeur correspond à celle de ce produit¹¹⁵⁷. Le champ d'application de cette disposition s'étend à des biens, matériels ou autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés pour les infractions établies conformément à la CNUCC.

L'article 31 (2) dispose que chaque État Partie prend les mesures nécessaires pour permettre l'identification, la localisation, le gel ou la saisie de tout ce qui est mentionné à l'article 31 (1) aux fins de confiscation éventuelle. Cela constitue une obligation de résultat et les Etats parties à la CNUCC disposent d'une grande latitude quant aux moyens de mettre cette disposition en œuvre.

Même si le produit du crime a été transformé ou converti, en partie ou en totalité, en d'autres biens, ces derniers peuvent faire l'objet des mesures visées à l'article 31 en lieu et place dudit produit¹¹⁵⁸. Si ce produit du crime a été mêlé à des biens acquis légitimement, ces biens, sans préjudice de tout pouvoir de gel ou de saisie, sont confisables à concurrence de la valeur estimée du produit qui y a été mêlé¹¹⁵⁹. Les revenus ou autres avantages tirés de ce produit du crime, des biens en lesquels le produit a été transformé ou converti ou des biens auxquels il a été mêlé peuvent aussi faire l'objet des mesures visées au présent article, de la même manière et dans la même mesure que le produit du crime¹¹⁶⁰. Il peut être question alors des « *loyers retirés d'une maison achetée avec des capitaux blanchis, les dividendes réinvestis dans une société dont le capital est constitué en tout ou partie avec des capitaux ou des actifs provenant de la commission d'une infraction* »¹¹⁶¹.

Aux fins de l'article 31 et de l'article 55 (coopération internationale aux fins de confiscation), chaque État Partie habilite ses tribunaux ou autres autorités compétentes à ordonner la production ou la saisie de documents bancaires, financiers ou commerciaux. Un État Partie ne peut invoquer le secret bancaire pour refuser de donner effet aux

¹¹⁵⁷ Article 31 (1) (a).

¹¹⁵⁸ Article 31 (4).

¹¹⁵⁹ Article 31 (5).

¹¹⁶⁰ Article 31 (6).

¹¹⁶¹ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 376.

dispositions de ce paragraphe¹¹⁶².

Les États Parties à la CNUCC peuvent envisager d'exiger que l'auteur d'une infraction établisse l'origine licite du produit présumé du crime ou d'autres biens confiscables, dans la mesure où cette exigence est conforme aux principes fondamentaux de leur droit interne et à la nature des procédures judiciaires et autres¹¹⁶³. Cependant, la CNUCC prévoit que ces dispositions « *ne doit en aucun cas porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi* »¹¹⁶⁴. Bien qu'un nombre de droits nationaux contiennent déjà des dispositions similaires, ils ne sont en aucun cas universels. En ce sens, la transposition importante de telles dispositions pourraient avoir un impact significatif sur l'activité des entreprises et les autorités chargées de la mise en œuvre¹¹⁶⁵.

L'article 31 (10) constitue un renvoi au droit interne de chaque Etat partie pour la définition et l'exécution des mesures de confiscation, de gel, et de saisie.

En conclusion, on peut relever une volonté des rédacteurs des textes d'établir « *un standard ou un principe* »¹¹⁶⁶ dans le droit international de lutte contre la corruption en matière des mesures de confiscation, de gel, et de saisie. L'efficacité de ces mesures est relative, il s'agit avant tout d'une volonté politique internationale de coopérer efficacement à ce niveau.

C – L'argument du secret bancaire : motif irrecevable en matière de coopération pour la lutte contre la corruption

Plusieurs textes internationaux de lutte contre la corruption visent la levée du secret bancaire. Combattre efficacement la nature opaque de certaines pratiques bancaires par une seule disposition conventionnelle au sein de chaque texte paraît difficile ou même illusoire. Afin de lever le secret bancaire, l'Etat requis exigerait de nombreux éléments de preuve

¹¹⁶² Article 31 (7) ; *cf.*, *infra*, cette section – C.

¹¹⁶³ Article 31 (8).

¹¹⁶⁴ Article 31 (9).

¹¹⁶⁵ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption : the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 20.

¹¹⁶⁶ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 377.

relatifs à l'infraction et demanderait souvent l'établissement d'un lien entre l'infraction et les renseignements bancaires demandés. La demande de levée du secret bancaire peut également engendrer des délais importants qui constituent autant d'obstacles lors des enquêtes. De plus, la levée du secret bancaire relève souvent d'une décision de justice¹¹⁶⁷. Dans le cadre des conventions internationales de lutte contre la corruption, il s'agit de dispositions qui interdisent d'invoquer le secret bancaire comme motif de refus pour répondre favorablement à une demande d'entraide judiciaire.

Dans deux dispositions¹¹⁶⁸ potentiellement très importantes, l'IACAC prohibe l'usage du droit sur le secret bancaire ou la nature présumée politique d'un acte de corruption comme le fondement du refus de coopérer avec d'autres Etats parties. En effet, l'Etat partie requis ne peut pas invoquer le secret bancaire pour refuser d'apporter la collaboration sollicitée par l'Etat partie requérante. L'Etat partie requis applique l'article XVI de l'IACAC conformément à sa législation interne, en fonction de ses dispositions procédurales ou des accords bilatéraux ou multilatéraux liant à l'Etat partie requérante. L'IACAC prend le soin de disposer que l'Etat partie requérant s'engage à n'utiliser les informations protégées par le secret bancaire qu'elle reçoit, à nulle autre fin que celle du procès pour lequel elles ont été sollicitées, sauf si l'Etat partie requise y autorise.

L'article 9 (3) de la convention de l'OCDE dispose qu'un Etat partie à la convention « *ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre de la présente convention en invoquant le secret bancaire* ».

Les rapports explicatifs¹¹⁶⁹ de la convention pénale du Conseil de l'Europe soulignent que l'article 26 (3) rejette la possibilité d'invoquer le secret bancaire comme motif de refus de l'assistance demandée. Le texte de cette disposition s'inspire de celui de l'article 18, paragraphe 7 de la convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990¹¹⁷⁰. Avant d'accorder l'assistance demandée qui implique la levée du secret bancaire, la Partie requise peut, si son

¹¹⁶⁷ A. V. JULEN BERTHOD, M. HARARI, *op.cit.*, p. 430.

¹¹⁶⁸ Article XVI.

¹¹⁶⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/173.htm>, § 126.

¹¹⁷⁰ <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/141.htm>.

droit interne le prévoit, exiger l'autorisation d'une autorité judiciaire compétente en matière pénale.

L'article 46 (8) de la CNUCC dispose que « *les États Parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent article* ».

§ 2 - Le cas particulier de la convention des Nations Unies : une réglementation détaillée du recouvrement des avoirs issus de la corruption

A l'égard des mesures relatives à la propriété, les dispositions de la CNUCC vont plus loin que les autres conventions de lutte contre la corruption. En ce sens, la CNUCC consacre un chapitre entier à la question du recouvrement des avoirs.

Le recouvrement des avoirs pose de nombreuses difficultés. Ces avoirs sont souvent domiciliés au sein des pays développés. Le droit interne de ces pays développés en matière du gel et de la confiscation de ces avoirs est souvent complexe et doté de procédures rigoureuses. De nombreux pays en voie de développement – victimes de la fuite des avoirs nationaux – connaissent des lacunes relatives à la capacité financière et à la technique et l'expertise juridiques nécessaires pour pouvoir enquêter et poursuivre en matière du recouvrement des avoirs. En effet, les poursuites relatives au recouvrement des avoirs sont très coûteuses car il peut être question par exemple d'enquêter dans de nombreux pays, de transférer des témoins ou encore de traduire des documents. Le chevauchement entre les poursuites civiles et pénales peut aussi nuire au recouvrement des avoirs puisqu'il peut être question de procédures différentes. En dernier lieu, le recouvrement des avoirs peut poser des difficultés internes au niveau politique. Ainsi, ceux qui portent soutien – au sein de l'Etat requérant - à l'ancien régime corrupteur pourrait s'opposer à ce genre de poursuites. Au sein de l'Etat requis, il peut être question des doutes quant à la légitimité du pouvoir dans l'Etat requérant et à la destination finale des avoirs que l'Etat requérant souhaite récupérer¹¹⁷¹. En ce sens, le recouvrement des avoirs issus de la corruption dépend

¹¹⁷¹ P. WEBB, *op.cit.*, pp. 210 – 212.

largement du sérieux et de l'engagement des Etats lors de la coopération juridique interétatique. C'est aussi pour cette raison que la lutte contre les paradis fiscaux est essentielle¹¹⁷².

La CNUCC est seul à aborder la question du recouvrement des avoirs issus de la corruption et les dispositions de cette convention constituent une innovation dans la lutte contre la corruption. Selon la CNUCC, la restitution des avoirs est un « *principe fondamental* »¹¹⁷³ du droit international.

Le chapitre V de la CNUCC est effectivement un traité dans le traité¹¹⁷⁴. La CNUCC est la première convention de lutte contre la corruption qui aborde de manière aussi détaillée la question du recouvrement des avoirs. Ce chapitre comprend aussi un nombre de mesures préventives¹¹⁷⁵. Ces mesures doivent être lu en conjonction avec les provisions du chapitre II sur les mesures préventives. Les mesures préventives efficaces pourraient éviter le besoin d'entreprendre les efforts de recouvrement des avoirs coûteux et difficiles¹¹⁷⁶. La CNUCC encourage les institutions financières à surveiller l'identité des comptes de leurs clients les plus importants et prévoit les mesures à prendre pour le recouvrement direct de biens aux fins de la confiscation¹¹⁷⁷.

La disposition générale qui se trouve à l'article 51 de la CNUCC consacre la restitution d'avoirs en tant que principe fondamental de la convention. Il prévoit que les États Parties s'accordent mutuellement la coopération et l'assistance la plus étendue à cet égard. Le chapitre V de la CNUCC introduit un mécanisme de restitution des avoirs, qui constitue la disposition la plus novatrice de la convention. Il pose un principe de restitution des produits des infractions de détournement de fonds publics à l'État ayant formé une

¹¹⁷² I. CARR, « The United Nations convention on Corruption: Making a Real Difference to the Quality of Life of Millions? », *MJIEL*, Vol 3 Issue 3 2006, p. 28.

¹¹⁷³ Article 51.

¹¹⁷⁴ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption : the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 19.

¹¹⁷⁵ Voir l'article 52 ; ces mesures préventives concernent également le blanchiment des capitaux

¹¹⁷⁶ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption : the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 19.

¹¹⁷⁷ H. PORTELLI, *op.cit.*, p. 30.

demande de coopération aux fins de confiscation. Il comprend ainsi des mesures visant à faciliter la détection de transferts illicites de fonds et à renforcer la coopération internationale en vue de leur restitution¹¹⁷⁸.

Le chapitre établit des mécanismes de recouvrement des avoirs à travers la coopération internationale par le biais de la confiscation, tout en exigeant les pays d'établir des mesures pour le recouvrement direct de la propriété, par exemple, à travers les poursuites civiles¹¹⁷⁹. Il est exigé des Etats de prendre « *les mesures nécessaires pour permettre à ses tribunaux d'ordonner aux auteurs d'infractions établies conformément à la présente convention de verser une réparation ou des dommages-intérêts à un autre État Partie ayant subi un préjudice du fait de telles infractions* »¹¹⁸⁰. Ce choix de libellé - « *réparation ou dommages-intérêts* » - signifient certainement que la CNUCC « *reconnaît la réparation du dommage en nature, c'est-à-dire la restitutio in integrum ou par équivalent en payant une somme d'argent, des dommages-intérêts* »¹¹⁸¹. Cette disposition, qui est probablement plus étroite que les provisions de l'article 35, augmente clairement les hypothèses de la responsabilité civile¹¹⁸². La CNUCC dispose également que les Etats parties prennent les mesures nécessaires pour permettre à ses tribunaux ou autorités compétentes, lorsqu'ils doivent décider d'une confiscation, de reconnaître le droit de propriété légitime revendiqué par un autre État Partie sur des biens acquis au moyen d'une infraction établie conformément à la CNUCC¹¹⁸³. Comme on l'a constaté, la CNUCC souhaite protéger les droits des tiers de bonne foi. Le degré de succès de cette tentative sera déterminé selon les cas individus soulevés selon les droits nationaux¹¹⁸⁴.

L'article 54, intitulé « *mécanismes de recouvrement de biens par la coopération internationale aux fins de confiscation* », a trait aux modalités de recouvrement des avoirs,

¹¹⁷⁸ M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 24.

¹¹⁷⁹ Article 53.

¹¹⁸⁰ Article 53 (b).

¹¹⁸¹ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 602.

¹¹⁸² L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption : the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 19.

¹¹⁸³ Article 53 (c).

¹¹⁸⁴ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption : the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 19.

c'est-à-dire à la reconnaissance des décisions étrangères de confiscation et les jugements de saisie ou de confiscation prononcés dans l'État requis à la suite d'une demande d'entraide de l'État requérant¹¹⁸⁵. Selon l'article 54 (1) de la CNUCC, l'optique de ces dispositions est d'assurer l'entraide judiciaire prévue à l'article 55¹¹⁸⁶ de la même convention concernant les biens acquis au moyen d'une infraction établie conformément à la CNUCC ou utilisés pour une telle infraction. La possibilité que la propriété peut être assujetti à des demandes du recouvrement des avoirs souligne le besoin pour les entreprises d'être vigilantes lorsqu'elles acquièrent des droits en propriété, surtout lorsqu'il est question de régimes corrompus, pour déterminer quels risques sont inhérents à l'acquisition¹¹⁸⁷. Même si les tiers acquéreurs de bonne foi peuvent être protégé, il semble peu probable que les entreprises puissent se prévaloir d'être de bonne foi si ces dernières manquent de vigilance¹¹⁸⁸. Ce chapitre aurait des implications potentiellement étendues, surtout dans l'hypothèse d'un manque de vigilance de la part de l'entreprise.

L'article 54 pose le principe qu'afin d'assurer l'entraide judiciaire prévue à l'article 55 de la CNUCC concernant les biens acquis au moyen d'une infraction établie conformément à la CNUCC ou utilisés pour une telle infraction, chaque État Partie, conformément à son droit interne prend les mesures nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes de donner effet à une décision de confiscation d'un tribunal d'un

¹¹⁸⁵ Voir R. A. CANO, *op.cit.*, p. 602.

¹¹⁸⁶ Article 55 de la CNUCC vise la coopération internationale aux fins de confiscation : voir l'article 55 (1) : « 1. *Dans toute la mesure possible dans le cadre de son système juridique interne, un État Partie qui a reçu d'un autre État Partie ayant compétence pour connaître d'une infraction établie conformément à la présente convention une demande de confiscation du produit du crime, des biens, des matériels ou autres instruments visés au paragraphe 1 de l'article 31 de la présente convention, qui sont situés sur son territoire: a) Transmet la demande à ses autorités compétentes en vue de faire prononcer une décision de confiscation et, si celle-ci intervient, de la faire exécuter; ou b) Transmet à ses autorités compétentes, afin qu'elle soit exécutée dans les limites de la demande, la décision de confiscation prise par un tribunal situé sur le territoire de l'État Partie requérant conformément au paragraphe 1 de l'article 31 et à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 54 de la présente convention, pour autant qu'elle porte sur le produit du crime, les biens, les matériels ou autres instruments visés au paragraphe 1 de l'article 31, qui sont situés sur son territoire ».*

¹¹⁸⁷ L. A. LOW, « The United Nations convention against corruption: the globalisation of anticorruption standards », *op.cit.*, p. 19.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 19.

autre État Partie¹¹⁸⁹. L’article 54 (1) (b) consacre « *le principe de la confiscation des biens étrangers issus d’une infraction de blanchiment ou d’une autre infraction telle que la corruption lorsque les juridictions pénales de l’État ont à juger ces actes délictueux* »¹¹⁹⁰. La confiscation sera de nature pénale. Le libellé choisi par les rédacteurs de la CNUCC - « *par d’autres procédures autorisées par son droit interne* » paraît laisser une marge de manœuvre importante aux États Parties dans le sens où la confiscation peut être prononcée par des autorités administratives ou civiles à condition que ces types de procédures soient autorisés par son droit interne. Les Etats parties doivent envisager de prendre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tels biens en l’absence de condamnation pénale lorsque l’auteur de l’infraction ne peut être poursuivi pour cause de décès, de fuite ou d’absence ou dans d’autres cas appropriés¹¹⁹¹.

L’article 54 (2)¹¹⁹² précise les mesures que doivent prendre les Etats parties, conformément à son droit interne, afin de d’accorder l’entraide judiciaire qui lui est demandée en application du paragraphe 2 de l’article 55. L’article 55 (2) dispose que dans le cas d’une demande faite par un autre Etat partie qui a compétence pour connaître d’une infraction prévue par la CNUCC « *l’État Partie requis prend des mesures pour identifier, localiser et geler ou saisir le produit du crime, les biens, les matériels ou les autres instruments visés au paragraphe 1 de l’article 31 de la présente convention, en vue d’une confiscation ultérieure à ordonner soit par l’État Partie requérant soit, comme suite à une demande formulée en vertu du paragraphe 1 du présent article, par l’État Partie requis*

¹¹⁸⁹ Article 54 (1) (a).

¹¹⁹⁰ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 603.

¹¹⁹¹ Article 54 (1) (c).

¹¹⁹² « 2. Afin d’accorder l’entraide judiciaire qui lui est demandée en application du paragraphe 2 de l’article 55, chaque État Partie, conformément à son droit interne: a) Prend les mesures nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes de geler ou de saisir des biens, sur décision d’un tribunal ou d’une autorité compétente d’un État Partie requérant ordonnant le gel ou la saisie, qui donne à l’État Partie requis un motif raisonnable de croire qu’il existe des raisons suffisantes de prendre de telles mesures et que les biens feront ultérieurement l’objet d’une ordonnance de confiscation aux fins de l’alinéa a) du paragraphe 1 du présent article; b) Prend les mesures nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes de geler ou de saisir des biens sur la base d’une demande donnant à l’État Partie un motif raisonnable de croire qu’il existe des raisons suffisantes de prendre de telles mesures et que les biens feront ultérieurement l’objet d’une ordonnance de confiscation aux fins de l’alinéa a) du paragraphe 1 du présent article; et c) Envisage de prendre des mesures supplémentaires pour permettre à ses autorités compétentes de préserver les biens en vue de leur confiscation, par exemple sur la base d’une arrestation ou d’une inculpation intervenue à l’étranger en relation avec leur acquisition ».

Les dispositions de l'article 46 de la CNUCC ont trait à l'entraide judiciaire. L'article 55 (3) dispose que « *les dispositions de l'article 46 de la présente convention s'appliquent mutatis mutandis* » à cet article sur la coopération internationale aux fins de confiscation. Outre les précisions de l'article 46 (15) sur les renseignements nécessaires pour une demande d'entraide judiciaire, l'article 55 (3) ajoute des dispositions complémentaires. En ce sens, outre les informations exigées dans l'article 46 (15), dans le cas où la demande relève de l'article 55 (1) (a), elle contient une description des biens à confisquer, y compris, dans la mesure du possible, le lieu où ceux-ci se trouvent et, selon qu'il convient, leur valeur estimative et un exposé des faits sur lesquels se fonde l'État Partie requérant qui soit suffisant pour permettre à l'État Partie requis de demander une décision de confiscation sur le fondement de son droit interne.

Si la demande concerne l'article 55 (1) (b), elle doit contenir une copie légalement admissible de la décision de confiscation émanant de l'État Partie requérant sur laquelle la demande est fondée, un exposé des faits et des informations indiquant dans quelles limites il est demandé d'exécuter la décision, une déclaration spécifiant les mesures prises par l'État Partie requérant pour aviser comme il convient les tiers de bonne foi et garantir une procédure régulière, et une déclaration selon laquelle la décision de confiscation est définitive¹¹⁹³.

Lorsque la demande concerne l'article 55 (2) - relatif aux mesures de gel, de saisie en vue d'une confiscation ultérieure - elle doit contenir un exposé des faits sur lesquels se fonde l'État Partie requérant et une description des mesures demandées ainsi que, lorsqu'elle est disponible, une copie légalement admissible de la décision sur laquelle la demande est fondée¹¹⁹⁴.

Les décisions ou mesures prévues à l'article 55 (1) et l'article 55 (2) de la CNUCC sont prises par l'État Partie requis conformément à son droit interne et sous réserve des dispositions dudit droit, et conformément à ses règles de procédure ou à tout accord ou

¹¹⁹³ Article 55 (3) (b).

¹¹⁹⁴ Article 55 (3) (c).

arrangement bilatéral ou multilatéral le liant à l'État Partie requérant¹¹⁹⁵.

Dans l'hypothèse où un Etat partie à la CNUCC souhaite subordonner l'adoption des mesures visées à l'article 55 (1) et l'article 55 (2) à l'existence d'un traité en la matière, il considère la CNUCC comme une base conventionnelle nécessaire et suffisante¹¹⁹⁶.

Les dispositions de l'article 55 (7) précisent que la coopération en vertu de l'article 55 peu être refusée ou les mesures conservatoires peuvent être levées si l'Etat partie requis ne reçoit pas en temps voulu des preuves suffisantes ou si bien est de valeur minime.

On note qu'avant la levée éventuelle de toute mesure conservatoire prise en application de l'article 55, l'État Partie requis donne, si possible, à l'État Partie requérant la faculté de présenter ses arguments en faveur du maintien de la mesure¹¹⁹⁷. Les dispositions de l'article 55 ne doivent pas être interprétées comme portant atteinte aux droits des tiers de bonne foi¹¹⁹⁸.

L'article 56 de la CNUCC prévoit que sans préjudice de son droit interne, chaque État Partie doit s'efforcer de prendre des mesures lui permettant, sans préjudice de ses propres enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires, de communiquer, sans demande préalable, à un autre État Partie des informations sur le produit d'infractions établies conformément à la CNUCC lorsqu'il considère que la divulgation de ces informations pourrait aider ledit État Partie à engager ou mener une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire ou pourrait déboucher sur la présentation par cet État Partie d'une demande en vertu du présent chapitre de la convention.

L'article 57 de la CNUCC a trait à la restitution et la disposition des avoirs. En effet, un État Partie qui a confisqué des biens en application de l'article 31 ou 55 de la CNUCC en dispose, y compris en les restituant à leurs propriétaires légitimes antérieurs,

¹¹⁹⁵ Article 55 (4) ; voir également Article 55 (5) de la CNUCC qui dispose que « *chaque État Partie remet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies une copie de ses lois et règlements qui donnent effet au présent article ainsi qu'une copie de toute modification ultérieurement apportée à ces lois et règlements ou une description de ces lois, règlements et modifications ultérieures* ».

¹¹⁹⁶ Article 55 (6).

¹¹⁹⁷ Article 55 (8).

¹¹⁹⁸ Article 55 (9).

en application du de l'article 57 (3) et conformément aux dispositions de la CNUCC et à son droit interne¹¹⁹⁹.

L'article 57 (3) prévoit les modalités de ce recouvrement. Ainsi, conformément aux articles 46 et 55 de la CNUCC et à l'article 57 (1) et (2), dans les cas de soustraction de fonds publics ou de blanchiment de fonds publics soustraits, visés aux articles 17 et 23 de la CNUCC, lorsque la confiscation a été exécutée conformément à l'article 55 et sur la base d'un jugement définitif rendu dans l'État Partie requérant, exigence à laquelle il peut renoncer, restitue les biens confisqués à l'État Partie requérant¹²⁰⁰; dans le cas du produit de toute autre infraction visée par la CNUCC – par exemple la corruption de l'agent public étranger -, lorsque la confiscation a été exécutée conformément à l'article 55 de la CNUCC et sur la base d'un jugement définitif dans l'État Partie requérant, exigence à laquelle il peut renoncer, restitue les biens confisqués à l'État Partie requérant, lorsque ce dernier fournit des preuves raisonnables de son droit de propriété antérieur sur lesdits biens à l'État Partie requis ou lorsque ce dernier reconnaît un préjudice à l'État Partie requérant comme base de restitution des biens confisqués¹²⁰¹; dans tous les autres cas, envisage à titre prioritaire de restituer les biens confisqués à l'État Partie requérant, de les restituer à ses propriétaires légitimes antérieurs ou de dédommager les victimes de l'infraction¹²⁰².

L'article 57 (4) offre une possibilité pour les Etat requis de déduire des dépenses raisonnables encourues pour les enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires ayant abouti à la restitution ou à la disposition des biens confisqués en application de l'article 57. Les États Parties à la CNUCC peuvent aussi envisager de conclure des accords ou des arrangements mutuellement acceptables pour la disposition définitive des biens confisqués¹²⁰³.

¹¹⁹⁹ Voir également l'article 57 (2) de la CNUCC : « *Chaque État Partie adopte, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures législatives et autres nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes de restituer les biens confisqués, lorsqu'il agit à la demande d'un autre État Partie, conformément à la présente convention, et compte tenu des droits des tiers de bonne foi* ».

¹²⁰⁰ Article 57 (3) (a).

¹²⁰¹ Article 57 (3) (b).

¹²⁰² Article 57 (3) (c).

¹²⁰³ Article 57 (5).

L'article 58 de la CNUCC prévoit une coopération entre les Etats parties afin de prévenir et de combattre le transfert du produit des infractions établies conformément à la CNUCC, ainsi que de promouvoir les moyens de recouvrer ledit produit. Il s'agit de la création d'un service de renseignement financier. L'article 59 prévoit des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux afin de renforcer l'efficacité de la coopération internationale instaurée en application du présent chapitre de la CNUCC.

CONCLUSION

On rappellera que l'efficacité des dispositions relatives au recouvrement des avoirs dépendra de l'entraide judiciaire interétatique. Lors des négociations, plusieurs Etats développés ont insisté sur le principe de la double incrimination en tant que préalable à l'entraide judiciaire. Les Etats parties ont trouvé un compromis à la problématique de la double incrimination dans le sens où il serait question de ce principe lorsque l'entraide judiciaire requiert une action coercitive. Même si le chapitre de la convention des Nations unies relatif au recouvrement des avoirs ne va pas aussi loin que suggéré par certains commentateurs, il représente néanmoins une avancée importante dans la question des affaires internationales. De plus, la CNUCC prévoit des dispositions relatives au recouvrement des avoirs dans plusieurs domaines. En ce sens, la CNUCC a une approche beaucoup plus large que l'IACAC, la convention de l'OCDE ou la convention pénale du Conseil de l'Europe. On remarquera que la CNUCC reconnaît à la fois la nature protéiforme de la lutte contre la corruption et le besoin de dispositions pertinentes à chaque forme de corruption.

Au-delà de l'effet déclaratoire de ces dispositions, nous devons nous interroger sur leur efficacité. La thèse de R.A. Cano¹²⁰⁴ souligne les obstacles rencontrés par les juges dans l'exécution des commissions rogatoires internationales et rappelle ainsi l'esprit de l'Appel de Genève. A ce sujet, une comparaison avec le mandat d'arrêt européen est intéressante. En effet, pour ce qui est des textes internationaux de lutte contre la corruption, la « *transmission directe [des commissions rogatoires internationales] entre autorités*

¹²⁰⁴ R. A. CANO, *op.cit.*, p. 609.

*judiciaires comme c'est déjà le cas pour l'émission et l'exécution des mandats européens entre Etats membres devrait être effective ce qui n'est pas le cas »*¹²⁰⁵. On répète que la création du mandat d'arrêt européen – par la décision cadre de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen de 2002 - oblige les États membres à remplacer entre eux la procédure d'extradition par la nouvelle procédure du mandat d'arrêt.

Malgré tous les dispositifs ci-dessus analysés, de nombreux obstacles perdurent : la lenteur des délais d'exécution des commissions rogatoires internationales, l'invocation du secret bancaire par certains États pour ne pas leur communiquer des informations, le manque de moyens de personnels et de ressources financières pour mener à bien des enquêtes et des poursuites¹²⁰⁶.

¹²⁰⁵ *Ibid*, p. 609 : « De plus, en ce qui concerne les demandes d'entraide judiciaire entre les Etats de l'Union et des Pays tiers, la transmission directe de ces commissions rogatoires aux autorités judiciaires compétentes devrait être instituée par des conventions ou des accords bilatéraux ou multilatéraux facilitant la coopération internationale et l'entraide judiciaire et matière pénale et impliquerait également que la transmission des commissions rogatoires par voie diplomatique soit supprimée ».

¹²⁰⁶ *Ibid*, p. 609.

CHAPITRE 7

LE ROLE ESSENTIEL DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES INTERGOUVERNEMENTALES : LES MECANISMES INSTITUTIONNELS DE CONTROLE DE L'APPLICATION DES TEXTES INTERNATIONAUX

Il a été rappelé au sein du chapitre 4 de la présente recherche que l'efficacité de tout système de droit dépend de l'application effective des normes établies par l'ordre juridique qu'il organise. Alors que les systèmes juridiques internes où existe l'Etat de droit¹²⁰⁷ connaissent une autorité centrale de poursuites qui met en œuvre la loi¹²⁰⁸ ; ce n'est pas le cas du droit international qui n'est pas en mesure de garantir l'efficacité de l'application des normes. Le manque de mécanismes efficaces de contrôle de l'application des traités a depuis longtemps été perçu comme l'une des principales lacunes du droit international¹²⁰⁹. La présente recherche analysera le besoin d'un contrôle de l'application des traités et le rôle fondamental des OIG en la matière (Section 1)¹²¹⁰. Ensuite, on portera notre regard sur les mécanismes de suivi et de surveillance propres aux textes internationaux de lutte contre la corruption (Section 2).

¹²⁰⁷ Au sujet de l'Etat de droit, voir l'introduction générale de la présente recherche.

¹²⁰⁸ S. ROSE-ACKERMAN, « Establishing the Rule of Law », in R. ROTBERG (ed), *When States Fail: Causes and Consequences*, Princeton: Princeton University Press, 2004, p 83 ; J. W. THOMAS, « After the Decision: Implementing Policy Reforms in Developing Countries », *18 World Development*, 1990, p. 1163 ; M. EHRMANN, « Procedures of Compliance Control in International Environmental Treaties », *13 Colorado Journal of International Law and Policy*, p. 1.

¹²⁰⁹ N. BONUCCI, « Article 12. Monitoring and Follow-up », in M. PIETH *et al.*, *The OECD convention on Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 448.

¹²¹⁰ Pour la définition de ces notions voir ://www.transparence-france.org/e_upload/pdf/uncacrapportjuillet2006.pdf : Par surveillance on entend : un processus d'examen international pour évaluer si les gouvernements nationaux ont pris les mesures adéquates pour appliquer les dispositions conventionnelles. Par application on entend : les mesures, y compris la ratification, l'adoption de lois, prises par les gouvernements nationaux pour faire appliquer les dispositions conventionnelles, ainsi que les mesures administratives, de réglementation et de détection et répression pour mettre en application les dispositions conventionnelles.

SECTION 1

LES SPECIFICITES DU PROCESSUS DE CONTROLE L'APPLICATION DES TRAITES DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION INTERNATIONALE

Il convient de souligner le contexte particulier de l'application des textes internationaux de lutte contre la corruption. On pourra le comprendre à travers d'une part un rappel de la difficile mise en œuvre du droit international et d'autre part par l'étude de certaines théories contemporaines relatives à l'application des textes dans ce domaine (§ 1). Ainsi, on pourra mieux comprendre l'approche du droit international à cette question où on remarque une tendance vers l'institutionnalisation du contrôle de l'application du droit international (§ 2).

§ 1 - Le contexte particulier de l'application des textes internationaux de lutte contre la corruption

L'application efficace des traités internationaux de lutte contre la corruption connaît des problématiques juridiques, pratiques ou encore morales. On pourra analyser ces questions d'abord par l'optique du droit international général (A) et ensuite à travers la notion anglo-saxonne de « *theories of compliance* » (B).

A- La difficile mise en œuvre du droit international : un constat préalable

Pour mettre en exergue la nécessité d'un processus de contrôle efficace des textes internationaux, il convient de souligner deux différences majeures entre le droit

international et le droit national¹²¹¹.

Premièrement, le droit international des traités est de nature volontaire et on rappelle alors la définition du traité du M. le Professeur Paul Reuter : « *une manifestation de volontés concordantes imputables à deux ou plusieurs sujets de droit international et destinée à produire des effets de droit selon les règles du droit international* »¹²¹². La volonté des sujets de droit international est un facteur déterminant dans l'élaboration de la règle de droit¹²¹³. Il y a là une très forte contraste avec le droit interne : en effet, en droit interne une personne physique ne pourrait pas par exemple décider quelle disposition respecter ou ne pas respecter, elle n'a pas le choix. Cela est même vrai lorsque la personne ignorerait la disposition concernée et on rappelle le principe connu selon son adage latin *nemo censetur ignorare legem*¹²¹⁴.

Deuxièmement, le droit international ne connaît pas de puissance souveraine compétente pour mettre en œuvre son droit. Même les trois branches de pouvoir des Nations unies - organisation intergouvernementale universelle - ne connaissent pas de telle compétence. En effet, la Cour International de Justice (CIJ) - l'organe judiciaire principal des Nations unies - n'est pas l'équivalent à une cour nationale puisqu'elle n'a pas compétence pour exécuter ses propres décisions. Le Secrétaire général de l'ONU n'est pas l'équivalent d'un Président d'un Etat souverain¹²¹⁵. L'Assemblée générale des Nations unies – le principal organe délibérant, directeur et représentatif des Nations Unies – ne

¹²¹¹ O. A. HATHAWAY, « Between Power and Principle: A Political Theory of International Law », *71 U. Chi. L. Rev.*, May 2005, p. 487.

¹²¹² P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, Paris, PUF, p. 26.

¹²¹³ C. LALY-CHEVALIER, *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 1 ; voir en ce sens P. M. DUPUY, Y. KERBRAT, *op.cit.*, p. 29 : « *l'affirmation par la Cour internationale de Justice selon laquelle « un Etat ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement » (Avis consultatif relatif aux réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Rec. 1951, p. 21) n'est-elle que l'une des nombreuses réitérations d'un principe consensualiste posé dès le premier arrêt de la CPJI (Affaire du vapeur Wimbledon 1923, série A, n° 1), dans lequel la doctrine volontariste voit un véritable axiome de tout le droit public international* ».

¹²¹⁴ Voir à ce sujet O.A. HATHAWAY, *op.cit.*, p. 488, selon la common law, « *every one is conclusively presumed to know the law* », *State v Woods*, 107 Vt 354, 179 A 1, 2 (1935).

¹²¹⁵ P. WEBB, *op.cit.*, p. 222 ; voir à ce sujet les propos de l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, Monsieur Boutros Boutros-Ghali : « *I can do nothing. I have no army. I have no money. I have no experts. I am borrowing everything. If the member states don't want [to do something], what can I do?* », PBS, 'Kofi Annan: Center of the Storm', http://www.pbs.org/wnet/un/print/job_print.html.

correspond pas à une législature nationale dans le sens où ses résolutions ne sont pas contraignantes. En effet, la Charte des Nations unies « *ne prévoit pas expressément l'intervention de l'Organisation pour assurer le respect des traités et la formule du préambule les visant (§ 3) [...] ce n'est donc que tout à fait indirectement que l'utilisation, par le Conseil de sécurité, des pouvoirs qu'il tient des chapitres VI et VII de la Charte, peut avoir, dans certains cas, pour objet d'assurer l'exécution des traités* »¹²¹⁶.

Ce constat préalable nous permet ensuite d'aborder la question du respect du traité de manière plus théorique. On verra en ce sens que l'application efficace des normes internationales de lutte contre la corruption doit faire face à des problématiques complexes.

B - Les traités de lutte contre la corruption et les « theories of compliance »

En matière de lutte contre la corruption, on peut juxtaposer au moins trois théories relatives au respect – par les Etats parties – des dispositions conventionnelles. Ces questions sont connues par certains juristes anglo-saxons comme les « *theories of compliance* »¹²¹⁷. On analysera certaines raisons qui motivent les Etats à appliquer le droit international (1). Ensuite, on verra que l'analyse des comportements des Etats peut se réaliser à travers la « *théorie des jeux* » (2). On soulignera en dernier lieu que l'application des textes internationaux de lutte contre la corruption se confronte à des questions d'ethnocentrisme et d'impérialisme moral (3).

1 - « *State behaviour* » et le respect du droit international

Une première théorie soutenue par une partie de la doctrine internationale a trait au rôle du droit international dans « *state behaviour* »¹²¹⁸. Cette théorie se compose de deux

¹²¹⁶ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 248 ; voir *ibid.*, ces commentateurs ajoutent que « *de toutes les organisations universelles, c'est certainement l'OIT qui, si l'on excepte le cas, très particulier des conventions de désarmement, a mis sur pied les procédures de contrôle et d'application des conventions élaborées sous ses auspices, les plus perfectionnées* ».

¹²¹⁷ P. WEBB, *op.cit.*, pp. 222-227.

¹²¹⁸ O.A. HATHAWAY, *op.cit.*, p. 6 ; J. L. BRIERLY, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th edn, New York: Oxford University Press, 1963, 228p ; T. FRANCK,

volets.

Une première approche soutient qu'en droit international les Etats seraient guidés avant tout par leurs propres intérêts. C'est-à-dire que les Etats appliqueraient le droit international seulement lorsque - pour l'Etat - il y a une récompense objective et précise en contrepartie. Au moins deux commentateurs désignent cette approche comme la « *logic of consequences* »¹²¹⁹. Pour Mme le Professeur Hathaway, cette théorie se fonde sur l'approche pragmatique de la coopération internationale qui a dominé la doctrine des sciences politiques américaines à la suite de la Seconde Guerre mondiale. Certains commentateurs¹²²⁰ ont même argué que c'est l'intérêt des seuls Etats les plus puissants qui décident de l'existence même des textes internationaux et leur mise en œuvre. Une partie de la doctrine américaine plus récente fournit néanmoins une précision importante : les Etats respecteraient les textes internationaux parce que ces dispositifs ouvrent la voie vers une coopération qui serait autrement impossible¹²²¹.

Deuxièmement – et selon une autre approche - les Etats deviendraient signataires et appliqueraient les dispositions des traités non seulement parce qu'ils attendent une récompense en retour, mais parce que le respect du droit international traduit un engagement de principe envers la norme et les idées contenues en son sein. Pour Mme le Professeur Hathaway, le comportement d'un Etat est en partie motivé par « *the power of principled ideas* »¹²²². Cette approche a été désignée comme la « *logic of appropriateness* »¹²²³.

Fairness in International Law and Institutions, Oxford: Clarendon Press, 1995, 536p ; H. HONGIU KOH, « Why Do Nations Obey International Law? », 106 *Yale L.J.*, 1997, p. 2603.

¹²¹⁹ J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *The Organizational Basis of Politics*, Free Press, 1989, pp. 160-62.

¹²²⁰ Voir notamment : H. J. MORGENTHAU, K. W. THOMPSON, D. CLINTON, *Politics Among Nations*, 7ème édition, Broché, 752 p ; E. H. CARR, *The Twenty Years' Crisis: 1919-1939*, Palgrave Macmillan 2001, 233 p ; H. J. MORGENTHAU, « Positivism, Functionalism, and International Law », 34 *Am J Intl L*, p. 260.

¹²²¹ Voir O.A. HATHAWAY, *op.cit*, p 479: « by allowing states to restrain themselves and others from pursuing short-term interests at the expense of shared long-term goals, regimes make it possible for states to obtain benefits that exceed the costs of membership ».

¹²²² *Ibid*, p. 481.

¹²²³ J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *op.cit.*, pp. 160-62.

2 - « Game theory » : le dilemme du prisonnier

Une deuxième théorie concerne ce que M. le Professeur Ginsburg et M. le Professeur McAdams désignent comme « game theory »¹²²⁴. La « game theory » a été utilisée avec succès dans un nombre de problèmes internationaux.¹²²⁵ Une des hypothèses centrales de cette théorie est le « *dilemme du prisonnier* »¹²²⁶. Le « *dilemme du prisonnier* » est particulièrement pertinent en matière de lutte contre la corruption internationale car les Etats se sont souvent interrogés sur les effets anticoncurrentiels des lois anti-corruption dans le sens où les Etats avaient peur de pénaliser leurs propres entreprises. Même si un Etat peut reconnaître les dangers de la corruption, les agents publics d'un Etat peuvent se trouver confrontés au « *dilemme de prisonnier* » car « *au niveau officiel, on [peut considérer] qu'après tout, le fait d'obtenir des marchés à l'étranger, même avec la corruption, [peut] aider à combattre le chômage et à améliorer la balance des paiements de son propre pays* »¹²²⁷. Il peut alors être très dur pour les agents publics d'éviter ce genre de comportement corrompu. Même si les Etats ont depuis de nombreuses années fait des déclarations sur les maux de la corruption, « *la quasi-absence de toute législation nationale incriminant la corruption transnationale attestait de l'existence de ce « dilemme de prisonnier »* »¹²²⁸.

Il serait dans tous les cas avantageux pour les Etats concernés de coopérer¹²²⁹. En

¹²²⁴ La théorie des jeux constitue une approche mathématique de problèmes de stratégie tels qu'on en trouve en recherche opérationnelle et en économie. Elle étudie les situations où les choix de *deux* protagonistes — ou davantage — ont des conséquences pour l'un comme pour l'autre. Le jeu peut être *à somme nulle* (ce qui est gagné par l'un est perdu par l'autre, et réciproquement) ou, plus souvent, *à somme non-nulle*. Un exemple de jeu à somme nulle est celui de la mourre, ou celui du pierre-feuille-ciseaux.

¹²²⁵ T. GINSBURG, R. H. MCADAMS, « Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution », *45 Wm. & Mary L. Rev* 2004, p. 1235.

¹²²⁶ Le dilemme du prisonnier est un exemple célèbre de la théorie des jeux caractérisant les situations où deux joueurs auraient intérêt à coopérer, mais où les incitations à trahir l'autre sont si fortes que la coopération n'est jamais sélectionnée par un joueur rationnel lorsque le jeu n'est joué qu'une fois. Il illustre ainsi que les concepts d'équilibre de la théorie des jeux ne conduisent pas nécessairement à des allocations qui seraient pourtant préférées par tous les joueurs.

¹²²⁷ U. DRAETTA, « La lutte contre la corruption des fonctionnaires publics étrangers : premières observations sur les examens de la phase 2 au titre de la convention OCDE », *Revue de droit des affaires internationales*, 2005, n° 1, p. 99.

¹²²⁸ Y. RADI, *op.cit.*, p. 172.

¹²²⁹ P. WEBB, *op.cit.*, p. 226.

effet, dans le cadre du « *dilemme du prisonnier* », le contexte est instable car chaque individu peut trouver une motivation pour corrompre si les autres Etats parties, eux, préfèrent suivre une politique axée sur la coopération¹²³⁰. Cependant, lorsque chaque partie souhaite coopérer dans la lutte contre la corruption, la situation se stabilise. Cette deuxième théorie ne fait que renforcer la conclusion qu'une coopération juridique interétatique efficace est primordiale pour la réussite de la lutte contre la corruption.

Le but alors serait de sortir du « dilemme du prisonnier » pour établir un « jeu » de coopération. Le « *jeu* » de la coopération a été défini par les Professeurs Ginsburg et McAdams comme des « *situations where parties have fully or partially common interests that can be achieved only if they coordinate their strategies among multiple possible equilibria* »¹²³¹.

Un « *jeu* » de coopération peut survenir par le biais « *d'un dialogue permettant, à force de répétition, l'adoption d'une convention, que [les Professeurs Ginsburg et McAdams] conçoivent comme un équilibre stratégique* »¹²³² que l'on peut définir comme « *a form of spontaneous order that emerges even in a state of anarchy* »¹²³³. La coopération peut aussi venir à travers ce que peut être désigné comme « *legalization* » et « *gradualisme* »¹²³⁴. Il s'agit d'un processus qui est particulièrement mis en lumière par l'adoption de la convention de l'OCDE. En ce sens, les Professeurs Abbott et Snidal démontrent comment les Etats-Unis ont réussi à engendrer de la coopération à travers un

¹²³⁰ S. ROSE-ACKERMAN, « Corruption and the Global Corporation: ethical obligations and workable strategies », in M. LIKOSKY (ed), *Transnational Legal Processes*, London, Butterworths, 2002, p. 163.

¹²³¹ T. GINSBURG, R. H. MCADAMS, *op.cit.*, p. 1235.

¹²³² Y. RADI, *op.cit.*, p. 172.

¹²³³ T. GINSBURG, R. H. MCADAMS, *op.cit.*, p. 1245 ; Le dilemme du prisonnier peut aussi être transformé vers le jeu de la coopération à travers le dialogue et les relations publiques. . On doit aussi souligner le rôle de l'ONG « Transparency international ». Son travail a largement contribué à ce que la question de la corruption reste une question d'importance mondiale ; voir ci-dessus cette section § 3.

¹²³⁴ K. W. ABBOTT, D. SNIDAL, « Filling in the Folk Theorem: The Role of Gradualism and Legalization in International Cooperation to Combat Corruption », Document présenté à l'American Political Science Association Meeting, Boston, 30 août 2002 : « *legalization refers to a set of rules, norms, institutions and practices that shape the expectations and interactions of international actors* » ; Gradualism est « *breaking cooperation into a series of steps* ».

processus de « *legalization* » graduelle¹²³⁵. On rappelle que les Etats-Unis, soucieux d'un effet anticoncurrentiel du FCPA sur leurs propres entreprises, ont donné mandat en 1988 à l'exécutif américain pour chercher à élaborer une convention internationale en la matière. Les Etats-Unis, « *tels un « accoucher d'âme », entamèrent dès lors un dialogue avec leurs partenaires, aux fins de stabiliser la coopération interétatiques, et d'«enfanter» une convention internationale* »¹²³⁶. En conclusion, on pourrait dire que le FCPA¹²³⁷ - loi fédérale américaine - est la « *genèse* »¹²³⁸ d'un processus de coopération en matière de lutte contre la corruption.

3 - Impérialisme moral et corruption internationale

Une troisième approche théorique soulignée par le Docteur Ph. Webb concerne la question de l'impérialisme morale¹²³⁹. Comment en effet envisager la mise en œuvre efficace des normes conventionnelles à un niveau régional ou universel lorsque ces normes ne correspondent pas aux cultures ou croyances de tous les Etats concernés ? Cette question est particulièrement pertinente en matière de la lutte contre la corruption puisque le phénomène de corruption connaît de nombreuses approches culturelles variées. M. le Professeur Salbu évoque cette question en profondeur et soutient notamment que le monde n'est pas encore devenu une communauté – un « *village mondial* » - à qui on pourrait imposer un « *single set of extrinsically imposed rules* »¹²⁴⁰. Selon cet auteur, le danger existe de se montrer trop paternaliste et peu respectueux à l'égard des autres Etats, une situation qui est provoquée « *whenever one state imposes its discretionary values upon another state* »¹²⁴¹. M. le Professeur Salbu suggère que même si tous les Etats du monde étaient parties à une convention – et on pense à la CNUCC - leur capacité d'évaluer objectivement les activités extérieures à leurs propres frontières serait appauvris car assujettie à l'ethnocentrisme et à l'impérialisme moral. Cet auteur avoue néanmoins que

¹²³⁵ *Ibid.*, pp. 22 – 37 ; voir aussi ci-dessus l'introduction générale.

¹²³⁶ Y. RADI, *op.cit.*, p. 169.

¹²³⁷ Cf., *supra*, introduction générale.

¹²³⁸ Y. RADI, *op.cit.*, p. 172.

¹²³⁹ Cf., *supra*, introduction générale.

¹²⁴⁰ S. R. SALBU, *Extraterritorial Restriction of Bribery: A Premature Evocation of the Normative Global Village*, *op.cit.*, p. 226.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 227.

son propre postulat pourrait devenir obsolète à cause des dynamiques de mondialisation¹²⁴².

En conclusion, on constate que l'application efficace des normes internationales de lutte contre la corruption doit faire face à des obstacles inhérents au droit international général mais aussi à des problématiques particulières à la corruption. On se tournera alors à des solutions proposées par les OIG mais aussi par la société civile.

§ 2 - Le rôle des OIG dans les processus de contrôle de l'application des traités de lutte contre la corruption internationale

La pratique du droit international a vu naître des mécanismes de garanties de l'application des traités. On étudiera les mécanismes de garanties à caractère interétatique (A) et ceux qui revêtent un caractère institutionnel (B). Les mécanismes de garantie institutionnels créés par des organisations internationales sont la clé de voute de l'application des dispositions conventionnelles de lutte contre la corruption internationale.

A - Mécanismes de garanties interétatiques

On analysera tout d'abord des mécanismes « établis sur une base *ad hoc* et [qui] présentent un caractère purement interétatique »¹²⁴³. Ces mécanismes interétatiques de garantie peuvent revêtir des formes variées que l'on peut regrouper sous trois rubriques principales.

Premièrement on citera le gage, qui est un terme qui désigne traditionnellement « le dépôt effectué à titre de garantie de l'exécution d'une obligation. Ceci se rencontrait

¹²⁴² Pour le Docteur Ph. Webb, il y a deux façons de répondre aux interrogations de M. le Professeur Salbu. Premièrement, l'avis relatif aux effets négatifs de la corruption suggère que son incrimination pourrait devenir une « hyper norme » qui traversent les frontières nationales. P. M. NICHOLS, « Regulating Transnational Bribery in Times of Globalization and Fragmentation », 24 *Yale J. Int'l L.*, 1999, pp 302-03 ; Deuxièmement, au moins deux commentateurs précisent que les textes comme la CNUCC ne sont pas des actes d'impérialisme moral, mais plutôt des tentatives de « donner une voix ou une contribution aux valeurs d'une large communauté », voir D. WINDSOR, K. A. GETZ, *op.cit.*, p. 762.

¹²⁴³ Voir P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 246.

notamment en cas d'emprunt international »¹²⁴⁴.

Deuxièmement, il peut être question de la garantie. La garantie constitue l'« *engagement pris par un ou plusieurs Etats envers un ou plusieurs autres états de maintenir un état de fait ou de droit existant : maintient de l'intégrité territoriale ou des frontières, d'un statu quo politique, de l'existence de l'Etat, d'un statut territorial ou de neutralisation, du respect des termes d'un traité [...]* »¹²⁴⁵.

En troisième lieu on remarque l'existence de conférences périodiques des Etats parties. Il s'agit d'une « *autre forme d'institutionnalisation partielle* » selon laquelle des conférences sont « *chargées d'examiner l'application du traité (conférences dites de suivi). Cette technique de « pressions » autant que la garantie à proprement parler, est usitée surtout en matière de désarmement ou la protection de l'environnement* »¹²⁴⁶.

B - Mécanismes de garantie institutionnels créés par des organisations internationales

Selon plusieurs commentateurs juridiques « *la création d'organisations internationales permanentes a contribué à faciliter la garantie de l'exécution des traités en l'institutionnalisant, tant au plan universel que dans des cadres régionaux* »¹²⁴⁷.

Ce genre de contrôle se base généralement sur l'échange d'information, sans lequel tout mécanisme de contrôle serait voué à l'échec. Les conventions internationales de lutte contre la corruption consacrent pour la plupart cette obligation d'information. Pour P. Nastou cette obligation est cristallisée « *comme une obligation distincte de celle*

¹²⁴⁴ J. SALMON, *op.cit.*, p. 524.

¹²⁴⁵ J. SALMON, *op.cit.*, p. 524 ; voir à ce titre, P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 246, « *plus récemment, les Etats-Unis ont garanti l'application du Traité de paix égypto-israélien du 26 mars 1976. Cet engagement américain a été combiné avec la création de la Force multinationale d'observateurs, garantie institutionnalisée sur une base ad hoc, comme les commissions internationales de contrôles mises en place successivement pour veiller au rétablissement et au maintien de la paix en Indochine (accords de Genève de 1954 ; Accord sur la neutralité du Laos de 1962 ; Accord de Paris du 27 janvier 1973 sur le Viêt-Nam ; Arrangement israélo-libanais du 26 avril 1996).* ».

¹²⁴⁶ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 247.

¹²⁴⁷ *Ibid.*, p. 247.

d'appliquer la convention»¹²⁴⁸. Cette collecte d'information s'appuie sur plusieurs techniques dont la plus utilisée est la remise périodique par les Etats parties des rapports à des organismes spécialisés chargés de leur évaluation¹²⁴⁹.

Le contrôle de l'exécution des traités dans le cadre des organisations internationales s'est largement développé dans le contexte régional. Le Conseil de l'Europe est un exemple intéressant de cette évolution puisqu'il « *dispose de systèmes de contrôle, très contraignants pour les Etats, en ce qui concerne la mise en œuvre de la convention européenne des droits de l'homme et, dans une mesure moindre, de la Charte sociale européenne* »¹²⁵⁰.

En matière de lutte contre la corruption, le contrôle de l'application des textes est effectué par un organe institutionnel de l'OIG pertinent. En effet, la convention de l'OEA, la convention de l'OCDE, la convention pénale du Conseil de l'Europe et la CNUCC prévoient des mécanismes de surveillance et de suivi institutionnels. L'utilisation de cette technique « *s'inscrit dans la tendance vers l'institutionnalisation du contrôle de l'application du droit international* »¹²⁵¹. On rappelle que la naissance d'un traité international et l'adoption d'un mécanisme de suivi institutionnel est issu d'un certain processus qu'il convient d'identifier. Il s'agit tout d'abord de l'initiative puis la négociation et enfin la signature du traité avec l'existence en son sein d'une clause instituant l'adoption d'un organe de contrôle de l'application. En matière des conventions de lutte contre la corruption internationale, on présentera ces étapes dans la section 2 du présent chapitre.

¹²⁴⁸ P. NASTOU, *op.cit.*, p. 16 ; cet auteur ajoute (*ibid.*) que « *les Etats jouent inévitablement un rôle crucial dans le processus de collecte d'information, qui a, en principe, un caractère décentralisé. Il est aisément de justifier ceci en se référant aux principaux traits de l'ordre juridique international* ».

¹²⁴⁹ *Ibid.*, p. 16 ; voir *ibid.*, « *Un autre trait marquant les préoccupations des Etats à l'égard des procédés de collecte d'information par les organes internationaux de contrôle consiste en la préservation du secret de certaines activités. C'est le problème du « droit au secret », qui s'est posé au sein des institutions internationales au fur et à mesure de leur développement et qui est lié en grande partie à l'évolution de la fonction du contrôle de la société internationale* ».

¹²⁵⁰ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 249.

¹²⁵¹ P. NASTOU, *op.cit.*, p. 14.

§ 3 – L'intervention des ONG et de la société civile dans les mécanismes de lutte contre la corruption

La société civile connaît un développement international important (A). Dans la lutte contre la corruption, l'ONG Transparency International joue un rôle prépondérant même dans le suivi de l'application des textes internationaux (B).

A – L'élosion de la société civile mondiale

Le rôle grandissant de la société civile en général et des ONG en particulier dans l'application du droit international est désigné par M. le Professeur Nouvel comme une « réalité juridique »¹²⁵². Cette réalité est le reflet de l'influence grandissante de la société civile sur la scène publique depuis plusieurs années¹²⁵³.

Selon au moins un commentateur, la notion de « *société civile* » est issue de la pensée politique anglaise du seizième siècle¹²⁵⁴. Si la notion de « *société civile* » ne connaît pas de définition unanimement acceptée, font partie des activités de la société civile « *les efforts délibérés d'associations non lucratives et non officielles pour peser sur les politiques, les normes ou de plus profondes structures sociale [...] la société civile existe quand les gens mènent des efforts visant à transformer les règles par le biais d'associations bénévoles* »¹²⁵⁵. La société civile comprend en ce sens « *des organisations*,

¹²⁵² Y. NOUVEL, « La société française pour le droit international peut-elle lutter contre la corruption dans le secteur de l'eau autrement qu'en organisant un colloque sur la question? », in *L'eau en droit international*, SFDI Colloque d'Orléans, Paris, Pedone, 2011, p. 245.

¹²⁵³ M. H. WIEHEN, « Le rôle de la société civile : demander des comptes aux gouvernements », in *Affairisme : la fin du système*, Paris, Editions OCDE, 2000, p 231 ; voir *ibid.*, p. 232 : « le terme « *société civile* » [...] Il est le reflet d'une constatation : les gens ne sont pas que des variables socio-économiques, mais des citoyens actifs qui jouent un rôle dans la société. La société civile témoigne d'une volonté d'accepter le pluralisme (c'est l'argument libéral), d'un élargissement de la participation (c'est l'argument démocratique) et de la mobilisation des énergies culturelles (c'est l'argument de l'efficacité) ».

¹²⁵⁴ J. A. SCHOLTE, « Qu'est-ce que la société civile mondiale ? », Courrier de la planète, n° 63, disponible sur le site : <http://courrierdelaplanete.org/63/article1.html> : selon cet auteur, la « *société civile* » est la notion la plus ancienne dans un vocabulaire politique qui est « *désormais truffé de mots comme « société civile », « mouvements sociaux », « organisations non gouvernementales», « association sans but lucratif », « organisation de bénévoles », « groupes d'interpellation indépendants »* ».

¹²⁵⁵ *Ibid.*

*des structures et des réseaux distincts des pouvoirs législatif, administratif et judiciaire de l'Etat et, on l'affirme souvent, du monde des entreprises, mais elle agit en interaction à la fois avec l'Etat et le monde des entreprises de diverses manières »*¹²⁵⁶.

Depuis 20 ans, la société civile a connu un développement international important à tel point où on peut parler d'une société civile « mondiale »¹²⁵⁷. Cette embellie dans la taille et l'influence de la société civile fait partie d'un « *processus plus large de mondialisation et a été mise en route par les mêmes forces* »¹²⁵⁸. La société civile internationale peut être définie comme « *un conglomérat d'acteurs non étatiques de nature variée qui considèrent que la diplomatie classique des Etats ne prend pas en charge de manière satisfaisante les questions d'importance planétaire* »¹²⁵⁹.

La présente recherche ne se penchera pas sur les nombreuses répercussions politiques du développement de la société civile mondiale. On soulignera néanmoins que la société civile mondiale peut permettre de renforcer la légitimité de la gouvernance et il s'agit généralement d'exiger des pouvoirs publics ce qui est souvent désigné par les anglo-saxons comme « *accountability* »¹²⁶⁰. Elle peut aussi s'engager directement dans la

¹²⁵⁶ M. H. WIEHEN, *op.cit.*, p. 231 ; selon cet auteur, « *Alexis de Tocqueville attribuait la force de la démocratie aux Etats-Unis au foisonnement et au dynamisme d'un « millier de divers types » d'associations de citoyens conjuguant leurs efforts pour atteindre un même objectif. La « société civile » est par conséquent un terme moderne servant à désigner une forme sociale ayant déjà une longue histoire* ».

¹²⁵⁷ Voir J. A. SCHOLTE, *op.cit.*, on peut évoquer l'existence d'une société civile mondiale lorsque certains critères sont remplis : « *lorsque les groupes civiques : s'occupent de questions transfrontalières ; utilisent des modes de communication transnationaux ; disposent d'une organisation mondiale ; et/ou partagent comme prémissse une solidarité transfrontalière* ».

¹²⁵⁸ *Ibid.*, « *c'est-à-dire une pensée globale, autorisant les gens à imaginer le monde comme un lieu unique ; le développement capitaliste sur une échelle mondiale ; des innovations technologiques en matière de communications et de traitement de l'information ; des évolutions en termes de régulation, comme la libéralisation et la standardisation, créant un cadre juridique favorable à la mondialisation* ».

¹²⁵⁹ M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 106.

¹²⁶⁰ Voir S. ROSE-ACKERMAN, *Causes, consequences and reform*, *op.cit.*, pp. 167 – 172 ; Pour le Professeur S. Rose-Ackerman, il existe « *three routes to accountability* ». (Le terme *accountability* peut se traduire par « *demander des comptes* ».) Si l'objectif de celle-ci est la mise en pression du pouvoir public afin qu'il agisse dans l'intérêt général alors le rôle des médias et les groupes organisés est essentiel. Si l'objectif est la mise en responsabilité du pouvoir public à l'égard des individus, alors il faut prévoir les moyens de recours au niveau individuel. Mme e Professeur S. Rose-Ackerman souligne que les médias auront plus tendance à se focaliser sur les scandales que de se soucier de provoquer les réformes nécessaires afin par exemple de réduire la corruption. Les groupes et les individus seraient plus à même de bouleverser la donne. ; voir aussi O.A. HATHAWAY, *op.cit.*, p. 497 : Pour

formulation et la mise en œuvre de régulations. On souligne qu'en « *pénétrant les canaux officiels de la formulation des politiques, les organisations de la société civile ont un peu plus troublé la division privé/public dans le domaine de la gouvernance* »¹²⁶¹.

Si la société civile pèse de plus en plus sur la scène internationale, il convient de mettre tout particulièrement en exergue le travail des ONG. On parle ici des nouveaux acteurs majeurs de la mondialisation : « *la société civile dans toute sa diversité. [...] Les gens ne font plus confiance aux politiques, ni aux médias. En revanche, les ONG, elles, restent très populaires et désormais elles font preuve d'une expertise unique sur certains sujets* »¹²⁶². Les ONG peuvent s'occuper des questions très variées : la bonne gouvernance ; la défense des droits de l'homme (Comité international de la Croix rouge, Amnesty International) ; la politique économique et de l'emploi (Chambre internationale de commerce) ; des organismes de défense de l'environnement (Greenpeace) ; certaines associations internationales sportives (CIO, FIFA)¹²⁶³, les organismes de défense des droits civiques (International Confederation of Free Trade Unions) ; les organismes de développement régionale ou mondiale (Oxfam)¹²⁶⁴.

La société civile est tout particulièrement utile dans la lutte contre la corruption et on note d'ailleurs que selon au moins un commentateur juridique, « *seule la société civile a répondu [...] aujourd'hui efficacement à ce phénomène de corruption internationale* »¹²⁶⁵. On notera surtout à ce niveau la création et le rayonnement des groupes tels que les ONG

Mme le Professeur Hathaway, « *the internalization of international legal requirements and compliance with them depends on the extent to which those outside the government can be expected to act to enforce the state's international legal commitments against the government* ».

¹²⁶¹ J. A. SCHOLTE, op.cit : la société civile crée de « *nouveaux espaces de démocratie. Les associations civiques transnationales ont non seulement créé de nouveaux canaux de participation populaire, de consultation et de débats, mais aussi de nouvelles formes de pression pour une gouvernance plus ouverte et plus responsable* ».

¹²⁶² Propos de Daniel Lebègue, Président de Transparence France recueillis dans : E. JOLY, *op.cit.*, p. 155.

¹²⁶³ CIO – Comité International Olympique ; FIFA - Fédération Internationale de Football Association.

¹²⁶⁴ I. ZERBES, *op.cit.*, p. 78.

¹²⁶⁵ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 487 ; pour Monsieur A. Genevois, la société civile a agi efficacement via le développement de la déontologie et de l'éthique de l'entreprise. Voir le développement de cet auteur relatif à la mise en place par la multinationale Thales d'une politique globale basée sur des séminaires de formation, la rédaction de codes de conduite et une procédure de contrôle interne permettant de limiter les risques d'infraction au sein du Groupe.

Transparency International et le Réseau d’Intégrité de l’Eau - Water Integrity Network (WIN)¹²⁶⁶ ou encore l’association Sherpa. Le rôle de Transparency International dans la lutte contre la corruption et particulièrement dans le suivi des textes internationaux fera l’objet d’une analyse ci-dessus¹²⁶⁷. On note en dernier lieu les ONG de lutte contre la corruption ont dernièrement tenté de mettre en mouvement l’action publique par le dépôt de plaintes¹²⁶⁸.

B – Le rôle de l’ONG Transparency International dans la lutte contre la corruption

L’ONG Transparency International (TI) est un acteur majeur dans la lutte pour la transparence et l’intégrité de la vie publique et économique (1). TI comprend plus de cent sections nationales et il convient de mettre en exergue le travail de la section française (2). Enfin on soulignera l’implication de TI dans la rédaction et suivi des conventions de lutte contre la corruption internationale (3).

1 - Transparency International : lutter pour la transparence et l’intégrité de la vie publique et économique

L’ONG Transparency International (TI) est la principale organisation de la société civile qui se consacre à la transparence et à l’intégrité de la vie publique et économique. Il s’agit de l’ONG « *devenue, en quinze ans, la référence de lutte contre la corruption au niveau international* »¹²⁶⁹. A travers plus de cent Sections dans le monde et de son Secrétariat International à Berlin (Allemagne), TI sensibilise l’opinion aux effets dévastateurs de la corruption¹²⁷⁰ et s’emploie, en partenariat avec les pouvoirs publics, le secteur privé et la société civile, à concevoir et mettre en œuvre des mesures efficaces à lutter contre ce

¹²⁶⁶ Voir à ce titre l’article de M. CASTELLAN, S. A. NDIAYE, *op.cit.*, pp. 253 – 265.

¹²⁶⁷ Voir ce paragraphe - B.

¹²⁶⁸ Y. NOUVEL, *op.cit.*, p. 246 ; voir ci-dessus l’affaire des *Bien prétendument mal acquis* dans laquelle l’association Transparence International France portait plainte avec constitution de partie civile contre trois chefs d’Etat africains pour détournement de fonds publics, blanchiment et recel. L’association alléguait que des biens immobiliers situés en France avaient été acquis par ces dirigeants grâce au produit de la corruption.

¹²⁶⁹ E. JOLY, *op.cit.*, p. 153.

¹²⁷⁰ Cf., *supra*, introduction générale.

phénomène. Sur le plan international, l'objectif principal de TI est de « *renforcer le système mondial de valeurs en faisant de la transparence et de la responsabilité des normes publiques significatives* »¹²⁷¹.

TI a été créé en 1993 par un ancien directeur de la Banque mondiale, l'allemand Peter Eigen. Depuis 2005, cette ONG est présidée par la canadienne Huguette Labelle, chancelière de l'Université d'Ottawa et ancienne présidente de l'agence canadienne de développement. TI connaît un mode de fonctionnement très décentralisé selon lequel le Secrétariat joue un rôle d'impulsion, de coordination et d'élaboration d'outils commun. Les sections nationales, elles, jouissent d'une large autonomie d'action. En ce sens, chaque section nationale détermine elle-même son plan d'action, ses objectifs et l'allocation de ses moyens, s'autofinançant à l'intérieur d'une stratégie d'ensemble discutée chaque année en assemblée générale¹²⁷².

TI s'occupe systématiquement des causes et effets sociaux et environnementaux de la corruption et les dégâts qu'elle provoque¹²⁷³. Elle vise en ce sens des changements systématiques dans des domaines tels que le droit pénal, les règles fiscales, les procédures de marchés publics et les systèmes de contrôle financier¹²⁷⁴.

L'action concrète de TI prend de multiples formes se fondant notamment sur trois priorités : la sensibilisation, la promotion et la surveillance de la lutte contre la corruption.

¹²⁷¹ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 256.

¹²⁷²Voir le site de TI France :

http://www.transparency-france.org/ewb_pages/p/presentation_transparence_international_france.php

¹²⁷³ On soulignera à ce titre : les répercussions économiques et politiques de la corruption ; les aspects institutionnels de la lutte contre la corruption et de la prévention de la corruption ; le contenu et la qualité des textes législatifs et réglementaires nationaux et internationaux et des pratiques administratives dans ce domaine ; la répression de la corruption ; l'attitude et les initiatives des entreprises en matière de corruption, les programmes institutionnels, avec notamment les codes d'éthique, les programmes de mise en conformité, et les offres de conseil aux entreprises ; l'ensemble des systèmes nationaux d'intégrité, notamment le processus démocratique, les systèmes judiciaires, les médiateurs, les autorités de vérification des comptes publics, les agences indépendantes de lutte contre la corruption, les commissions et les bureaux et les systèmes de passation de marchés publics ; Voir le « Source Book » de TI (<http://www.transparency.org>) ; voir également, M.H. WIEHEN, *op.cit.*, p. 233.

¹²⁷⁴ Voir L. LOUVET, *op.cit.*, p. 188.

Deux exemples de l'action de TI sont le Pacte d'Intégrité et *L'Indice de perception de la corruption*.

Le Pacte d'intégrité répond au sentiment de TI que les Etats qui reformaient les dispositions internes de lutte contre la corruption devraient démontrer clairement leur détermination de mettre en œuvre des changements concrets. La solution de TI était de créer « *ce qu'elle a appelé des « îlots d'intégrité » (baptisés « Pactes d'intégrité »), pour réaliser un ou plusieurs grands projets d'investissement* »¹²⁷⁵. Cela se traduit notamment par une situation où les offres des entreprises souhaitant obtenir ou conserver un marché doivent être accompagnées d'un engagement personnel du président de n'offrir ni verser aucun pot-de-vin. Ce concept date du milieu des années 90 et s'est révélé très efficace¹²⁷⁶. On note également que ce concept a été « *sensiblement affiné avec notamment le recours à l'arbitrage international sous les auspices de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce international* »¹²⁷⁷.

L'Indice de perception de la corruption et *l'Indice de corruption des pays exportateurs* sont des outils de TI dans son rôle de surveillance de la lutte contre la corruption. Chaque année depuis 1995 TI publie l'Indice de perception de la corruption qui élabore un classement par pays qui traduit la perception que les populations ont de leurs propres pays face à la corruption. En 1999, TI a publié pour la première fois l'Indice de corruption des pays exportateurs (ICPE) qui est un autre indicateur de la corruption. Cet indice établit un classement des 19 premiers pays exportateurs en fonction de l'image que l'on peut se faire en tant que lieu d'accueil pour les sociétés versant des pots-de-vin¹²⁷⁸.

¹²⁷⁵ M.H. WIEHEN, *op.cit.*, p. 240.

¹²⁷⁶ Pour plus d'informations sur la Pacte d'intégrité, se rapporter à <http://www.transparency.org/tools/contracting>.

¹²⁷⁷ M.H. WIEHEN, *op.cit.*, p. 240.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 244 ; on note finalement que « *ni l'IPC ni l'ICPE ne se fondent sur des données empiriques quantifiables qui permettraient de véritablement mesurer la corruption [...] ; ils reflètent les perceptions de ceux qui ont répondu au questionnaire* ». Même s'il reste un écart entre la perception et la réalité, les perceptions demeurent malgré tout « *la meilleure information disponible et elles influencent indéniablement les investisseurs et d'autres intervenants dans les relations commerciales* ».

2 – TI France

Les sections nationales de TI sont enregistrées au niveau local et sont juridiquement indépendantes du Secrétariat international¹²⁷⁹. La section française de TI – Transparence International France (TI France) - rassemble des citoyens, des entreprises et des associations autour de la volonté commune d'améliorer significativement la gouvernance publique et privée en termes de transparence, d'intégrité et de responsabilité. Elle affectionne particulièrement des actes de prévention et de lutte contre les différentes formes de corruption, le blanchiment de l'argent sale et les divers types de fraudes¹²⁸⁰.

Certains exemples concrets de l'action de TI Frances sont à mettre en évidence. Premièrement, la participation tout au long de l'année 2010, du groupe de travail de TI - qui associe l'ensemble des sections présentes dans les Etats membres du G20 - a été très actif pour poursuivre son plaidoyer engagé au moment de la crise financière de 2008. TI a été en contact régulier avec les représentants des Etats pour tenter de peser sur les agendas et les résultats des sommets de Toronto en juin et de Séoul en novembre¹²⁸¹. Deuxièmement depuis la crise financière de 2008, TI a multiplié ses actions de plaidoyer dans le domaine de la circulation de l'argent sale et lutte contre les centres financiers non coopératifs (paradis fiscaux).

En dernier lieu, on soulignera la victoire remporté dans l'affaire dite des « *biens mal acquis* ». Cette affaire a trait aux conditions dans lesquelles un important patrimoine immobilier et mobilier a été acquis en France par le président Denis Sassou Nguesso¹²⁸²,

¹²⁷⁹ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 259.

¹²⁸⁰ Le Rapport moral 2010 de TI France précise le cadre de ses actions : la sensibilisation des décideurs et du grand public aux enjeux de l'intégrité et de la transparence ; le plaidoyer et l'alerte en faveur du renforcement et de la mise en œuvre effective du cadre juridique et institutionnel de lutte contre la corruption ; l'apport d'expertise au service de tous les acteurs de la société – particuliers, administrations, entreprises et autres composantes de la société civile, le Rapport moral de TI France 2010, p 6 http://www.transparencefrance.org/e_upload/pdf/ti_france_rapport_moral_2010.pdf.

¹²⁸¹ Voir le Rapport moral de TI France 2010, p 20 http://www.transparencefrance.org/e_upload/pdf/ti_france_rapport_moral_2010.pdf.

¹²⁸² Congo-Brazzaville.

Omar Bongo Ondimba¹²⁸³ et Téodoro Obiang Mbasogo¹²⁸⁴ ainsi que des membres de leur entourage. Puisque TI France portait plainte avec constitution de partie civile contre ces trois chefs d'Etat africains, la question se posait « *en quoi une association de droit français peut pâtir d'actes de corruption dont il est soutenu qu'ils sont imputables à une autorité publique étrangère* »¹²⁸⁵. Lors de l'arrêt rendu le 9 novembre 2010¹²⁸⁶, la chambre criminelle de la Cour de cassation a reconnu l'intérêt à agir de TI France dans cette affaire. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel « *sans renvoi et ordonné le retour du dossier au juge d'instruction. Ce dernier, régulièrement saisi, est désormais appelé à vérifier par une information préalable et contradictoire la réalité des faits dénoncés dans la plainte* »¹²⁸⁷. Il reste à savoir si cette instruction débouche sur la mise en œuvre effective du droit à restitution expressément consacré par la convention des Nations Unies contre la corruption ratifiée par la France en 2005¹²⁸⁸.

On analysera au sein du chapitre 8 de la présente recherche les propositions concrètes de TI France quant à l'amélioration du dispositif juridique international actuel de lutte contre la corruption.

3 - TI dans la rédaction et suivi des conventions de lutte contre la corruption internationale

TI s'est montré déterminée depuis de nombreuses années non seulement à soutenir la rédaction de conventions internationales de lutte contre la corruption mais aussi dans la vérification de la transposition et l'application efficace par les Etats parties des dispositions conventionnelles dans leur droit interne.

On note tout particulièrement le soutien de TI aux travaux de l'OCDE contre la corruption. Avant la signature de la convention de l'OCDE par les Etats parties, TI a su

¹²⁸³ Gabon (décédé).

¹²⁸⁴ Guinée Equatoriale.

¹²⁸⁵ Y. NOUVEL, *op. cit.*, pp. 246 – 247.

¹²⁸⁶ Cass. Crim., 9 novembre, n° de pourvoi 09-88272.

¹²⁸⁷ Y. NOUVEL, *op. cit.*, p. 247.

¹²⁸⁸ Voir le Rapport moral de TI France 2010, p 26 : http://www.transparence-france.org/e_upload/pdf/ti_france_rapport_moral_2010.pdf ; voir ci-dessus chapitre 6 de la présente recherche.

dynamiser la réalisation de ce texte en participant – en tant qu’observateur – aux réunions du Groupe de travail de l’OCDE. TI a pu alors soumettre à l’OCDE « *des propositions et des recommandations précises, et en usant fréquemment de ses propres possibilités d'accès aux médias pour souligner l'importance de conclure un accord intergouvernementale en vue d'une action commune dans le cadre de l'OCDE* »¹²⁸⁹. A ce niveau il convient de souligner la qualité et l’expérience des professionnels impliqués dans TI. TI a su – avec succès - mobiliser des chefs d’entreprises de renom qui ont ensuite écrit à leur gouvernement afin de demander le soutien de celui-ci à l’approche de l’OCDE.

Quant au suivi de l’application de la convention de l’OCDE, TI joue un rôle important. En effet, lorsque l’OCDE a commencé le travail d’évaluation des mesures de transposition des dispositions de la convention entreprises par les Etats membres, elle a demandé à TI d’élaborer un rapport de progrès coordonné par le secrétariat de TI. Le rapport de TI propose des données quant à la transposition de la convention dans les droits internes et sur le nombre d’enquêtes, de poursuites et de condamnations lancées ou prononcées en vertu de ses dispositions. Le rapport fournit ainsi un indicateur pour estimer si un Etat a réellement la volonté politique de mettre en œuvre ses engagements¹²⁹⁰. TI France participe chaque année – en collaboration avec toutes les autres sections de TI présentes dans les Etats membres de la convention de l’OCDE – à l’élaboration d’un rapport de progrès qui est coordonnée par le secrétariat international de TI.

Le rapport annuel 2011 de TI sur la convention de l’OCDE concerne la mise en œuvre de celle-ci dans 37 des 38 Etats parties¹²⁹¹. Le rapport élabore un classement des pays en trois catégories : (1) mise en œuvre active, (2) modérée ou (3) faible, voire inexistante. Le classement repose sur le nombre d’enquêtes ouvertes et condamnations prononcées pour corruption d’agents publics étrangers. Une pondération tient compte de la

¹²⁸⁹ M.H. WIEHEN, *op.cit.*, p. 237.

¹²⁹⁰ Voir le rapport moral de TI France 2010 pp 19-20 : http://www.transparence-france.org/e_upload/pdf/ti_france_rapport_moral_2010.pdf.

¹²⁹¹ L’Islande fait figure d’exception car il n’existe pas de Section nationale de TI en Islande.

part des exportations des pays analysés dans les exportations mondiale¹²⁹².

Si on analysera certains résultats du rapport de 2011 au sein du chapitre 8 de la présente recherche, on note néanmoins que selon TI France, les critères du classement des Etats parties à la convention de l'OCDE doivent être améliorés. En effet, « *un nombre élevé de poursuites et de condamnations peut, certes, témoigner d'une volonté politique forte et de la mise en œuvre de moyens de détection et de répression efficaces, mais il peut aussi signifier que le pays est très corrompu, et ne garantit en rien que tout ce qui méritait d'être poursuivi l'ait été* »¹²⁹³. Cette approche dans l'analyse profite alors aux pays qui ont connu plusieurs affaires importantes de corruption tel que l'Allemagne. On note également qu'un pays peut « *avoir connu d'assez nombreuses condamnations, et donc mériter un bon classement, tout en ayant étouffé sans vergogne des affaires susceptibles de porter atteinte à ses intérêts économiques majeurs (exemple du Royaume Uni dans le dossier BAE Systems)* »¹²⁹⁴.

De l'aveu propre de TI, le chemin qui reste à parcourir est considérable. En effet, de trop nombreux Etats parmi les 38 signataires refusent encore de s'acquitter de leurs obligations. Et il s'agit pourtant de la convention la plus opérationnelle à ce jour.

L'engagement de TI à ce niveau ne se limite pas à la convention de l'OCDE. TI a également soutenu d'autres initiatives nationales et internationales contre la corruption¹²⁹⁵. A ce titre on citera l'intervention de TI auprès de la Commission européenne en 1995 et la publication qui s'en est suivi en mai 1997 par la Commission d'un rapport officiel à l'adresse des ministres du Conseil et du Parlement européen intitulé « *Projet d'action commune relative à l'incrimination de la corruption dans le secteur privé* »¹²⁹⁶.

¹²⁹² Voir le rapport moral de TI France 2010 pp 19-20 : http://www.transparence-france.org/e_upload/pdf/ti_france_rapport_moral_2010.pdf.

¹²⁹³ *Ibid.*, pp 19-20 :

¹²⁹⁴ *Ibid.*, pp 19-20

¹²⁹⁵ Voir M.H. WIEHEN, *op.cit.*, p. 239.

¹²⁹⁶ Par lettre du 22 septembre 1997, le Conseil a consulté le Parlement, conformément à l'article K.6, 2e alinéa, du traité UE, sur le projet d'action commune relative à l'incrimination de la corruption dans le secteur privé (10017/97 - C4-0478/97 - 97/0914(CNS)). ; voir

On soulignera également la contribution importante de TI - Etats -Unis et les Sections nationales de tous les autres pays membres de l'OEA dans la rédaction et l'adoption de l'IACAC. On note que l'article 3 (11) de l'IACAC prévoit que les Parties conviennent d'envisager, à l'intérieur de leurs systèmes institutionnels, l'applicabilité de mesures destinées à créer, à maintenir et à renforcer les mécanismes visant à encourager la participation de la société civile et des organisations non gouvernementales aux efforts tendant à prévenir la corruption.

Quant aux Nations Unies, le préambule de la CNUCC prévoit « *qu'il incombe à tous les États de prévenir et d'éradiquer la corruption et que ceux-ci doivent coopérer entre eux, avec le soutien et la participation de personnes et de groupes n'appartenant pas au secteur public, comme la société civile, les organisations non gouvernementales et les communautés de personnes, pour que leurs efforts dans ce domaine soient efficaces* ». Cette déclaration ne suffit pas néanmoins d'empêcher le rôle attribué à la société civile d'être faible. L'article 63 (6) de la CNUCC dispose que « *les contributions reçues d'organisations non gouvernementales compétentes, dûment accréditées conformément aux procédures devant être arrêtées par la Conférence des États Parties, peuvent aussi être pris en compte* ». A la lecture des travaux préparatoires, cette section ne comprend rien qui a pour intention de limiter la discrétion de la Conférence des Etats parties dans la prise de décision¹²⁹⁷.

Le travail de TI relatif à l'adoption d'un mécanisme de suivi par la CNUCC doit être cependant mis en lumière. Au moment de la négociation de la CNUCC, TI a pu faire « *valoir quelques considérations essentielles à ses yeux, en particulier l'importance majeure d'un bon dispositif de suivi* »¹²⁹⁸. TI a depuis constamment appuyé la nécessité d'un mécanisme de suivi efficace. L'objectif de TI a été de s'assurer qu'un processus de suivi veille à ce que la CNUCC évolue et devienne un cadre mondial efficace pour

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A4-1997-0348&language=FR#Contentd317604e336>.

¹²⁹⁷ Report of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a convention against Corruption on the work of its first to seventh sessions, Addendum: Interpretative notes for the official records (*travaux préparatoires*) of the negotiation of the United Nations convention against Corruption, p 12, U.N. Doc. A/58/422/Add.1, 2003.

¹²⁹⁸ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 85.

combattre la corruption. Le 28 juillet 2006, TI a publié un rapport sur le processus de suivi de la convention des Nations Unies contre la corruption. Dans ce rapport, TI souligne qu'un « *processus de suivi et de surveillance est essentiel pour permettre à la CNUCC de devenir un cadre efficace pour combattre la corruption qui sévit dans le monde* »¹²⁹⁹. TI a également publié des « *Recommandations sur le processus de suivi de la convention des Nations Unies contre la corruption* »¹³⁰⁰ et TI France a rédigé un « *Plaidoyer pour un mécanisme de suivi de la convention des Nations Unies contre la corruption* »¹³⁰¹ à l'attention de Monsieur Olivier Weber, Ambassadeur en charge de la lutte contre la criminalité organisée.

SECTION 2

LES ORGANES INTERNATIONAUX SPECIFIQUES CREES PAR LES TRAITES DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION INTERNATIONALE

Avant d'aborder le fonctionnement des mécanismes de contrôle de l'application des textes de lutte contre la corruption au niveau régional et au niveau universel (§ 2), il convient d'analyser la naissance de ces mécanismes au sein des OIG (§ 1).

§1 – La naissance des mécanismes institutionnels de contrôle des conventions de lutte contre la corruption internationale

On rappelle que l'adoption par les Etats signataires à un traité d'un mécanisme institutionnel de suivi est le fruit d'un processus établi qu'il convient de préciser. Plus précisément il s'agit de l'initiative (A), de la négociation et de la signature (B) du texte. Le

¹²⁹⁹ Voir le Rapport sur le processus de suivi pour la convention des Nations Unies contre la corruption de TI p. 5, http://www.transparencefrance.org/e_upload/pdf/uncacrapportjuillet2006.pdf.

¹³⁰⁰ F. HEIMANN, G. DELL, *Recommandations sur le processus de suivi de la convention des Nations Unies contre la corruption*, 15 août 2007,http://www.transparencefrance.org/e_upload/pdf/uncacrecommanations2007.pdf.

¹³⁰¹ Du 22 février 2009, http://www.transparence-france.org/e_upload/pdf/cnucc.pdf.

plus souvent, les textes internationaux de lutte contre la corruption contiennent en leur sein une clause qui prévoit l'adoption d'un mécanisme de suivi (C). On note que dans la mesure où les textes adoptés dans le cadre de l'Union européenne suivent des « *règles de jeu* » [...] assurément différentes »¹³⁰², ils ne retiendront pas notre attention au niveau des mécanismes institutionnels de mise en œuvre. Même s'il ne s'agit pas ici de rappeler en détail l'historique de l'adoption de chaque convention pertinente, il convient néanmoins de retracer la naissance de ces textes pour comprendre l'adoption des mécanismes de contrôle institutionnels au sein des OIG.

A - L'initiative en vue de l'élaboration d'un traité

L'initiative d'un traité international au sein d'une OIG prend le plus souvent la forme d'une déclaration, une recommandation ou d'une résolution.

Dans le cas de l'IACAC il s'agit de la *Summit Declaration* du 11 décembre 1994 à Miami, Etats-Unis dans le cadre de l'Organisation des Etats Américains. Par ce document, l'OEA a reconnu publiquement le besoin de lutter contre la corruption et a surtout exprimé sa volonté de réagir contre la corruption. Le document précise que cela pourrait se réaliser par le biais d'un accord international¹³⁰³.

Même si les travaux de l'OCDE sur la corruption ont commencé de manière concrète en 1989¹³⁰⁴ sous impulsion américain, on soulignera qu'à la suite des travaux du Comité de l'Investissement international et des Entreprises Multilatérales (CIME) le

¹³⁰² Y. RADI, *op.cit.*, p. 188.

¹³⁰³ Summit of the Americas: Declaration of Principles and Plan of Action, 34 I.L.M. 808, 808-38 (1994) ; Le « *Summit Plan of Action* » propose le développement d'une approche régionale coordonnée de lutte contre la corruption dans la forme d'un accord international qui permettrait entre autres une coopération judiciaire interétatique accrue qui permettrait l'extradition et les poursuites en cas d'infraction de corruption ; voir R. H. SUTTON, « *Controlling Corruption Through Collective Means : Advocating the Inter-American convention Against Corruption* », *op.cit.*, p. 1456.

¹³⁰⁴ Cela a été réalisé par le biais de la création d'un Group de travail *ad hoc* qui a dans un premier temps procédé à une étude comparative de législations nationales des différents pays Membres et des concepts fondamentaux concernant aussi bien l'infraction de corruption que l'application du droit national à des infractions commises pour tout ou partie à l'étranger. Voir :G. SACERDOTI, « *Corrompre ou ne pas corrompre* », *op.cit.*, p. 35.

Conseil de l'OCDE a adopté au niveau ministériel une première Recommandation du 27 mai 1994¹³⁰⁵ invitant les pays Membres à « *prendre des mesures efficaces pour décourager, empêcher et combattre la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales* ».

L'initiative de la convention pénale du Conseil de l'Europe se trouve dans la 19^e conférence des ministres européens de la Justice, tenue à la Valette en 1994, où ces ministres ont estimé que la corruption représente une grave menace pour la démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'homme. Les ministres de la Justice ont recommandé au Comité des Ministres la création d'un groupe multidisciplinaire sur la corruption¹³⁰⁶. Une fois créé, le Groupe multidisciplinaire sur la corruption a été chargé par le Comité des Ministres de conclure rapidement l'élaboration d'un instrument juridique international.

On peut dater le début des initiatives onusiennes dans la lutte contre la corruption au 15 décembre 1975 et la résolution relative aux « *mesures contre les actes de corruption commis par les sociétés transnationales et autres, leurs intermédiaires et d'autres pratiques en cause* »¹³⁰⁷. Les initiatives des années 1970 n'ont pas connu d'accord. La CNUCC est née de la « *Déclaration de Vienne* » adoptée par le Dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui a eu lieu en avril 2000 et les travaux préparatoires de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹³⁰⁸. En décembre 2000, l'Assemblée Générale des Nations Unies a reconnu la nécessité d'un instrument juridique international efficace

¹³⁰⁵ *Recommandation sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales*, Acte du Conseil de l'OCDE C (94) 75 du 27 mai 1994.

¹³⁰⁶ Le Comité des Ministres a ainsi établi en septembre 1994 le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC) et il lui a donné mandat d'examiner quelles mesures on pourrait inclure avec profit dans un programme international d'action contre la corruption. A sa 101^e session, le 6 novembre 1997, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté les 20 Principes directeurs pour la lutte contre la corruption.

¹³⁰⁷ Résolution n°3514, [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3517\(XXX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3517(XXX)&Lang=F).

¹³⁰⁸ On rappelle néanmoins que les premières implications des Nations Unies dans la lutte contre la corruption datent des années 1970. On soulignera notamment la proposition d'accord international sur les paiements illicites du 4 août 1978 ou encore la déclaration des Nations Unies contre les pots-de-vin et la corruption – Nations Unies, 12 décembre 1996, Résolution 51/191 : Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions.

indépendant de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Les Nations Unies avaient alors travaillé sur la question de la corruption pendant deux décennies avec l'adoption de la résolution 55/61 du 4 décembre 2000¹³⁰⁹. Dans sa résolution 55/61, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de convoquer, une fois terminées les négociations sur la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et les protocoles s'y rapportant, un groupe intergouvernemental d'experts à composition non limitée chargé d'examiner et d'élaborer, sur la base du rapport du Secrétaire général et des recommandations de la Commission à sa dixième session, un projet de mandat pour la négociation du futur instrument juridique contre la corruption¹³¹⁰.

B – La négociation et signature du traité

Moins de deux ans se sont écoulés entre la « *Summit Plan of Action* » du 11 décembre 1994 et l'ouverture de la signature de l'IACAC à Caracas, Venezuela le 29 mars 1996. Dans le cadre des négociations, on souligne les travaux à l'Assemblée générale de l'OEA à Haïti en 1995 pendant lesquels le Groupe de travail sur la probité et l'éthique civique a élaboré un projet de convention interaméricaine contre la corruption à inspiration vénézuélienne.

En ce qui concerne l'OCDE, ses pays membres ont discuté le choix entre la négociation d'une convention et une recommandation. Un compromis a été trouvé dans l'optique de donner un double objectif à la Recommandation du 23 mai 1997 : « *d'une part, les pays Membres devaient, en tout état de cause, adopter des lois nationales au plus tard fin 1998 ; d'autre part, ils devaient ouvrir des négociations immédiatement pour conclure avant fin 1997 une convention devant entrer en vigueur fin 1998* »¹³¹¹. Le Groupe de travail de l'OCDE a dès lors fonctionné comme une conférence de négociations qui a réuni les pays Membres et non membres participant aux travaux. Le Groupe de travail a

¹³⁰⁹ <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan038989.pdf>.

¹³¹⁰ Rapport du Comité spécial chargé de négocier une convention contre la corruption sur les travaux de ses premières à septième sessions, A/58/422, p. 2.

¹³¹¹ G. SACERDOTI, *Corrompre ou ne pas corrompre*, op.cit., p. 37.

conclu les négociations sur le texte de la convention de l'OCDE en novembre 1997 et la signature officielle de cette convention a eu lieu le 17 décembre 1997.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, le Groupe du travail du GMC a entrepris l'élaboration d'un projet de convention pénale en février 1996¹³¹². Lors de sa 47^e session plénière, le CDPC a donné officiellement son avis sur le projet de convention. L'Assemblée parlementaire, quant à elle, a adopté son avis pendant la troisième partie de sa session de 1998, en juin 1998. Conformément à son mandat, le GMC a examiné les deux avis lors de sa 14^e réunion plénière, en septembre 1998. A cette occasion, il a approuvé le texte définitif, qu'il a soumis au Comité des Ministres. A sa 103^e session au niveau ministériel (novembre 1998), le Comité des Ministres a adopté la convention, a décidé de l'ouvrir à la signature le 27 janvier 1999¹³¹³.

Après les négociations officieuses à Buenos Aires en décembre 2001, la négociation formelle de la convention s'est ouverte à Vienne où les Nations Unies ont décidé d'établir un Comité *ad hoc* afin de négocier l'instrument dans le Centre des Nations Unies pour la prévention internationale du crime à l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. Le texte de la CNUCC a été négocié pendant les sept séances du Comité *ad hoc* qui ont eu lieu entre le 21 janvier 2002 et le 1 octobre 2003. La Conférence de la signature de la CNUCC a eu lieu entre le 9 et 11 décembre 2003¹³¹⁴.

C – Les clauses conventionnelles créant un mécanisme institutionnel de contrôle

Aucune clause spécifique du texte de l'IACAC ne prévoit l'adoption d'un tel mécanisme. Le manque d'un mécanisme de monitoring a été pendant plusieurs années une lacune majeure de l'IACAC. En quelque sorte, l'adoption d'un mécanisme de monitoring a

¹³¹² Entre février 1996 et novembre 1997, le GMPC a tenu dix réunions et procédé à deux lectures complètes du projet de convention. En novembre 1997, il en a transmis le texte au GMC pour examen.

¹³¹³ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm>

¹³¹⁴ Voir P. WEBB, *op.cit.*, pp. 204-205.

été pour les rédacteurs de ce texte un « *afterthought* »¹³¹⁵ et on constate que la société civile, les chercheurs et les différents experts avaient à ce moment peur que l'IACAC ne soit une coquille vide¹³¹⁶.

Quant à la convention de l'OCDE, l'article 12 prévoit que les Etats parties doivent coopérer afin de mettre en œuvre un programme de suivi systématique afin de surveiller et promouvoir la pleine application de la convention. On précise que le Groupe de travail de l'OCDE est désigné pour mener cette action¹³¹⁷.

Lors de sa 102^e session¹³¹⁸ le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Résolution (98) 7, portant autorisation de créer le « *Groupe d'Etats contre la corruption* « *GRECO* »» sous la forme d'un accord partiel et élargi. L'accord instituant le GRECO et contenant son statut a été adopté le 5 mai 1998¹³¹⁹. L'article 24 de la convention pénale du Conseil de l'Europe prévoit que « *le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO)* assure le suivi de la mise en œuvre de la présente convention par les Parties ».

C'est l'article 63 de la CNUCC qui prévoit la mise en œuvre du mécanisme d'application. Il prévoit dans son premier alinéa qu'une « *Conférence des États Parties à la convention est instituée pour améliorer la capacité des États Parties à atteindre les objectifs énoncés dans la présente convention et renforcer leur coopération à cet effet ainsi que pour promouvoir et examiner l'application de la présente convention* ». L'institutionnalisation éventuelle du mécanisme de suivi est prévue à l'article 63 (7) : « *la Conférence des États Parties créée, si elle le juge nécessaire, tout mécanisme ou organe*

¹³¹⁵ *Ibid.*, p. 194.

¹³¹⁶ Voir R. DE MICHELE, « The Follow-Up Mechanism of the Inter-American convention Against Corruption, A Preliminary Assessment: Is the Glass Half Empty? », *10 Sw. J.L. & Trade Am*, 2004, p. 300.

¹³¹⁷ Voir article 12 : « *sauf décision contraire prise par consensus des Parties* ».

¹³¹⁸ 5 mai 1998.

¹³¹⁹ <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/173.htm> § 16 : Le GRECO est un organe ayant vocation à suivre, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles, l'application des principes directeurs pour la lutte contre la corruption et la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux qui seront adoptés en application du Programme d'action contre la corruption. La qualité de membre à part entière du GRECO est réservée aux Etats qui participent pleinement au processus d'évaluation mutuelle et qui acceptent de faire l'objet d'une évaluation.

approprié pour faciliter l’application effective de la convention ».

§ 2 – Le fonctionnement des mécanismes de contrôle de l’application des textes de lutte contre la corruption au niveau régional

Le contrôle de l’exécution des traités dans le cadre des organisations internationales est souvent désigné par les juristes anglo-saxons comme le *monitoring*. Il s’agit d’un processus de revue international afin de connaître si les gouvernements nationaux ont pris l’action adéquate pour mettre en œuvre les dispositions des instruments internationaux pertinents¹³²⁰. Dans ce contexte régional, l’OEA a attendu plusieurs années avant d’adopter un mécanisme de suivi pour l’IACAC (A). La convention pénale du Conseil de l’Europe (C) et la convention de l’OCDE (B) connaissent des mécanismes de monitoring développé et rigoureux.

A – La convention de l’OEA : le MESICIC

Les Etats parties à l’IACAC ont mis plusieurs années avant d’adopter un mécanisme de mise en œuvre. En effet, quatre ans après l’entrée en vigueur¹³²¹ de l’IACAC, il n’existait toujours pas de mécanisme de surveillance et de suivi¹³²². Le silence du texte à ce niveau a été clairement dommageable pour l’efficacité du texte.

L’OEA a pu profiter du modèle des mécanismes d’autres institutions déjà constitués (Groupe de travail de l’OCDE et le GRECO) pour élaborer leur propre mécanisme de contrôle¹³²³. En 2001, en adoptant le Rapport de Buenos Aires lors de la première Conférence des Etats parties, l’Assemblée générale de l’OEA a défini un

¹³²⁰ F. HEINMANN, G. DELL, Report on the Follow-Up Process for UN convention Against Corruption (Transparency International 2006), p 1 : http://www.transparency.org/global_priorities/international_conventions/projets_conventions/uncac/uncac_monitoring_report.

¹³²¹ L’IACAC est entrée en vigueur le 6 mars 1997.

¹³²² L’avocate nicaraguienne G.D. Altamirano développe la question de l’adoption nécessairement tardive d’un mécanisme de suivi pour l’IACAC : G. D. ALTAMIRANO, *op.cit.*, pp. 7 – 8.

¹³²³ R. DE MICHELE, *op. cit.*, p. 300 ; voir également : Conference, « The Experts Roundtable: A Hemispheric Approach to Combating Corruption », *15 Am. U. Int'l L. Rev.*, 2000, p. 766.

mécanisme de suivi et de mise en œuvre de l'IACAC¹³²⁴.

Le rapport de Buenos Aires précise l'objectif, les caractéristiques et les procédures relatifs au mécanisme de suivi de l'IACAC dans l'optique de la promotion de la mise en œuvre de l'IACAC et la facilitation de l'harmonisation d'une législation anticorruption efficace à travers l'hémisphère¹³²⁵.

Le mécanisme de suivi a été adopté le 4 juin 2001 et le « *Follow-up Mechanism for the Implementation of the Inter-American convention against Corruption* » - connu selon son acronyme espagnol « MESICIC » - est entré en vigueur en janvier 2002¹³²⁶. Le mécanisme de mise en œuvre opère selon un système de revue par les pairs où chaque pays fournira une auto évaluation des améliorations à effectuer par le biais d'un questionnaire qui est ensuite analysé par les autres Etats parties à l'IACAC¹³²⁷.

Il existe trois documents qui délimitent le champ d'application de cette procédure. Le rapport de Buenos Aires, les « *Règles de procédure et d'autres dispositions* »,¹³²⁸ et une méthodologie spécifique aux « *rounds* »¹³²⁹.

Le mécanisme est principalement un outil intergouvernemental, composé de deux organes : la Conférence des Etats parties et le Comité des experts¹³³⁰. La Conférence des Etats parties représente un organe politique qui est responsable de la revue de la performance du Comité des experts et du financement de ce dernier¹³³¹. Les règles de procédure prévoient la structure et le fonctionnement du Comité, qui comprend les représentants désignés par chaque Etat partie, qui doivent être neutres et objectifs lors des

¹³²⁴ Voir en ce sens : http://www.oas.org/juridico/english/doc_buenos_aires_en.pdf.

¹³²⁵ OAS, Report of Buenos Aires: Mechanism for Follow-up of Implementation of the Inter-American convention Against Corruption, AG/RES. 1784 (XXXI-O/01) (May 2-4, 2001) : <http://www.anticorrucion.gov.ar/acta%20de%C20buenos%C20aires%20ingles.pdf>.

¹³²⁶ http://www.oas.org/juridico/english/faq_ac.htm#1.

¹³²⁷ R. DE MICHELE, *op.cit.*, p. 304.

¹³²⁸ http://www.oas.org/juridico/english/mesicic_rules.pdf.

¹³²⁹ http://www.oas.org/juridico/english/mesicic_rounds.htm.

¹³³⁰ http://www.oas.org/juridico/english/mec_com_exp_en.htm.

¹³³¹ OAS, Rules of Procedure of the Conference of the States Parties to the Mechanism for Follow-Up on Implementation of the Inter American convention Against Corruption, SG/MESICIC/doc.58/04 rev.7 (Apr. 2, 2004). : http://www.oas.org/juridico/english/followup_conf_rules.pdf.

évaluations¹³³². Le Comité des experts est responsable de l’analyse technique de la mise en œuvre de l’IACAC.

La revue des mesures des Etats parties est réalisée par le Comité des experts lors des « *rounds* ». Au début de chaque « *round* », le Comité peut choisir quelle disposition doit être analysée, adopter un questionnaire en vue des réponses des Etats parties et de la société civile et adopter une méthodologie qui servira de guide afin d’analyser les dispositions pertinentes du « *round* ». Les règles de procédure régulent le rôle des ONG dans le processus de revue. Un rapport pour la méthodologie du troisième « *round* » a été publié en 2008¹³³³.

Les ONG sont des éléments importants dans le processus de mise en œuvre de l’IACAC parce qu’elles sont capables de fournir une évaluation indépendante des mesures de mise en œuvre. D’ailleurs, les ONG peuvent participer et faire des présentations lors des réunions formelles du Comité¹³³⁴.

Après l’analyse des réponses du questionnaire des Etats parties et ONG, le Comité émet un rapport relatif au pays comprenant des observations et recommandations à l’égard du degré du respect de l’IACAC. A la requête du pays évalué, les rapports des pays peuvent être rendu publics par le biais de l’internet avant la fin du round¹³³⁵. Si un pays évalué n’autorise pas sa publication, cependant, le rapport du pays peut seulement être rendu public après la fin du round entier, c’est-à-dire, après l’évaluation des tous les Etats parties¹³³⁶. Les rapports présentés par les Etats parties qui reflètent le progrès de la mise en

¹³³² http://www.oas.org/juridico/english/mesicic_rules.pdf.

¹³³³ Methodology for the review of the implementation of the provisions of the Inter-American convention against corruption selected in the third round and for follow-up on the recommendations formulated in the previous rounds http://www.oas.org/juridico/english/mesic_c_method_IIIround.pdf.

¹³³⁴ Voir Report on Activities to Date by the Committee of Experts of the Follow-up Mechanism for the Implementation of the Inter-American convention Against Corruption, SG/MESICIC/doc.95/04 rev.3 (17 février 2004), http://www.oas.org/juridico/english/mec_activity.pdf.

¹³³⁵ Rules of Procedure, art. 25(g).

¹³³⁶ Methodology, § VIII.

œuvre de l'IACAC sont rendus publics par le biais de l'Internet¹³³⁷. D'ailleurs, les réponses aux questionnaires par les Etats parties et la société civile sont aussi publiques par le biais de l'Internet¹³³⁸.

En avril 2004, la Conférence des Etats parties a adopté la « *Schedule for Accelerating the Process of Analysis within the Framework of the First Round* »¹³³⁹. Ce comité est impliqué dans l'analyse des dispositions portant sur les mesures préventives¹³⁴⁰ l'assistance et la coopération et la désignation de l'autorité centrale¹³⁴¹. A partir de 2007, il s'est réuni à de nombreuses occasions et a évalué les mesures de mise en œuvre d'un grand nombre des Etats parties à l'IACAC¹³⁴².

Le MESICIC comporte certains points faibles. Premièrement, les précautions de vocabulaire ont été prises dans le texte du MESICIC qui laissent une marge de manœuvre importante aux Etats parties. En ce sens les Etats parties s'engagent à prendre en compte « *the principles of sovereignty, nonintervention, and the juridical equality of the states, as well as the need to respect the Constitution and the fundamental principles of the legal system of each State Party* ». Deuxièmement, le MESICIC ne compte pas une participation de tous les Etats parties à l'IACAC et cela constitue nécessairement une lacune fondamentale du mécanisme. En dernier lieu, on constate que les visites sur place ne sont pas prévues par le MESICIC et cela réduit l'efficacité du mécanisme.

¹³³⁷ Rules of Procedure, article 30.

¹³³⁸ OEA, Questionnaire on Provisions selected by the Committee of Experts for Analysis within the Framework of the First Round (24 mai 2002), / <http://www.oas.org/juridico/english/questionnaire.doc>.

¹³³⁹ OAS, Schedule for Accelerating the Process of Analysis Within the Framework of the First Round, available at http://www.oas.org/juridico/english/mec_sched.htm.

¹³⁴⁰ Voir à ce titre article III de l'IACAC.

¹³⁴¹ OAS, Report on Activities to Date by the Committee of Experts of the Follow-up Mechanism for the Implementation of the Inter-American convention Against Corruption (17 février 2004), p. 4, http://www.oas.org/juridico/english/mec_activity.pdf.

¹³⁴² OAS Follow-up Mechanism, http://www.oas.org/juridico/english/mec_rep_progress.htm.

B - La convention de l'OCDE : le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales

L'article 12 de la convention de l'OCDE désigne le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales pour mener - sauf décision contraire prise par consensus des Parties - le suivi systématique de la convention. Ce groupe est composé d'experts gouvernementaux des pays participants. Le Groupe de travail, composé de représentants des 38 pays Parties à la convention, se réunit quatre fois par an à Paris et publie tous ses rapports de suivi de pays en ligne¹³⁴³ et de documents connexes. Le mécanisme de suivi par les pairs est mené en trois phases et est considéré par l'ONG Transparency International comme étant la «*règle d'or*» en matière de suivi.

On relève que les documents relatifs aux négociations en amont de la signature de la convention évoquent peu la question du monitoring. Les documents publiés n'abordent pas vraiment ni la question du monitoring ni comment les rédacteurs ont élaboré l'article 12 de la convention de l'OCDE ou les commentaires officiels 34-36 s'y référant. Il est clair néanmoins que rédacteurs du texte s'accordaient sur la nécessité d'élaborer un mécanisme de monitoring rigoureux¹³⁴⁴. L'accord relatif à la plupart de détails techniques du mécanisme de monitoring a été trouvé après la négociation de la convention.

Le processus retenu par l'OCDE est une procédure d'évaluation mutuelle par les Etats parties. Cette procédure qui trouve sa source dans les procédures classiques de l'évaluation par les pairs se base «*sur un modèle plus élaboré, qui est celui de la procédure d'évaluation mutuelle mise en place par le groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)* »¹³⁴⁵. Ce modèle a été repris dans le cadre de certains instruments de l'Union européenne relatifs à la criminalité organisée¹³⁴⁶. Il a été repris

¹³⁴³ http://www.oecd.org/document/5/0,3746,fr_2649_34859_35876299_1_1_1_1,00.html.

¹³⁴⁴ N. BONUCCI, *op.cit.*, p. 448.

¹³⁴⁵ D. FLORE, *op.cit.*, p. 58 ; GAFI – Groupe d'Action Financière.

¹³⁴⁶ Voir ce sens *ibid.*, p. 58 : «*Ce modèle a été repris par l'Union européenne dans le cadre de la mise en œuvre du programme d'action relatif à la criminalité organisée du 27 avril 1997 (Programme d'action approuvé par le Conseil*

également par le Conseil de l'Europe dans le cadre du groupe d'États contre la corruption (GRECO).

Les commentaires officiels de la convention de l'OCDE précisent le mandat du Groupe de travail¹³⁴⁷. On y relève plusieurs missions : la réception des notifications et autres informations qui lui seront soumises par les pays participants ; un examen régulier des mesures prises par les pays participants pour la mise en œuvre de la recommandation et la formulation de propositions appropriées en vue d'aider les pays participant dans cette mise en œuvre. Les examens mentionnés dans cette phrase se rapportent aux procédures complémentaires suivantes : - une procédure d'auto-évaluation, les réponses des pays participants à un questionnaire permettant d'évaluer dans quelle mesure la recommandation a été mise en œuvre, - une procédure d'évaluation mutuelle, chaque pays participant étant examiné à tour de rôle par le Groupe de travail sur la corruption, à partir d'un rapport évaluant de façon objective les progrès accomplis par le pays participant dans la mise en œuvre de la recommandation ; un examen de questions précises ayant trait à la corruption dans les transactions commerciales internationale¹³⁴⁸ ; l'information régulière du public sur ses travaux et activités et sur la mise en œuvre de la recommandation¹³⁴⁹.

Jusqu'en 2009, ce système a connu deux phases d'évaluation. La Phase 1 a consisté en un examen approfondi des législations nationales adoptées en application des textes pertinents¹³⁵⁰. La Phase 2 comprenait l'étude de l'efficacité, dans la pratique, des

european d'Amsterdam les 16 et 17 juin 1997, J.O.C.E., C 251, du 15.08.1997, p.1), et fait l'objet de l'action commune du 5 décembre 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée (J.O.C.E., L n° 344, 15.12.1997 p 7)».

¹³⁴⁷ Le mandat de ce groupe de travail en ce qui concerne la surveillance et le suivi avait déjà été établi par le Conseil de l'OCDE dans sa recommandation de 1997 de cette recommandation.

¹³⁴⁸ Le Conseil de l'OCDE a donné instruction au groupe de travail, en décembre 1997, à l'occasion de l'adoption de la convention, d'étudier cinq questions liées à l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers. Ces questions portent sur les partis politiques étrangers, les candidats à un poste, la législation relative au blanchiment de capitaux et le rôle des filiales à l'étranger et des centres extra-territoriaux dans les opérations de corruption. Le groupe de travail s'est aussi vu confier d'autres missions d'analyse à propos de la corruption dans le secteur privé, la sollicitation de pots-de-vin et les recours prévus par le droit civil.

¹³⁴⁹ <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>, p. 18.

¹³⁵⁰ La convention, de la Recommandation révisée de 1997 et de la *Recommandation du Conseil sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers* de 1996.

mécanismes répressifs et institutionnels mis en place par les Etats Parties. La Phase 2 a également été l'occasion d'étendre le périmètre de l'examen à d'autres instruments anticorruption connexes de l'OCDE. Au cours de cette phase, les visites sur place ont joué un rôle important, permettant aux équipes d'examen de s'entretenir directement avec les parties concernées comme les représentants de la police, du parquet, de l'administration publique, du secteur privé et de la société civile. Les rapports préparés pour chaque pays à l'issue de cet examen¹³⁵¹ formulent des recommandations sur la manière dont les pays peuvent améliorer la mise en œuvre de la convention. La Phase 2 inclut également des examens de suivi réguliers pour vérifier les progrès réalisés par les Parties¹³⁵².

A la fin de 2009, le Groupe de travail a adopté une procédure détaillée pour la troisième phase de suivi. L'objectif de la Phase 3 est le renforcement de la capacité des Etats Parties à lutter contre la corruption dans les transactions commerciales internationales à travers l'examen des mesures qu'elles ont prises dans ce domaine, au moyen d'un processus dynamique d'évaluation mutuelle et de pressions exercées par les pairs. Cet examen est exclusivement centré sur la mise en œuvre de la convention, de la Recommandation anticorruption de 2009, ainsi que des recommandations en suspens formulées au cours des précédents cycles d'examen. L'examen type de Phase trois comprend la désignation de deux pays comme examinateurs principaux ; une analyse des réponses données par le pays évalué à un questionnaire préparé pour l'examen et à des questions supplémentaires, une mission sur place de trois jours dans le pays évalué, la préparation d'un rapport préliminaire sur les performances du pays, l'évaluation du rapport préliminaire par le Groupe de travail sur la corruption, et l'adoption par le Groupe de travail d'un rapport, comportant des recommandations, sur les performances du pays

¹³⁵¹ www.oecd.org/daf/nocorruption.

¹³⁵² Rapport annuel du Groupe de travail, pp. 11 – 12 ;

<http://www.oecd.org/dataoecd/1/46/46900020.pdf> ; ce rapport précise qu'*« au cours de l'examen de ses instruments anticorruption, le Groupe de travail a constaté que le manque de sensibilisation à la corruption transnationale était l'un des principaux obstacles à la lutte contre ce fléau. En octobre 2009, il a donc approuvé des projets en vue d'une Initiative mondiale de sensibilisation à la lutte contre la corruption transnationale. L'Initiative a été lancée le 9 décembre 2009, date de la Journée internationale de lutte contre la corruption, lors d'une manifestation de haut niveau célébrant le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur de la convention et la publication de la nouvelle Recommandation anticorruption ».*

évalué. Ce rapport sera publié en ligne¹³⁵³.

Au moins un commentateur juridique met en évidence néanmoins des points qu'il convient de clarifier dans l'approche de l'OCDE à la question du monitoring de la convention. Premièrement, à la lecture de l'article 12¹³⁵⁴ de la convention, on aperçoit que le monitoring ne connaît pas de délimitation dans le temps. En ce sens, il s'agit d'une disposition de nature obligatoire jusqu'au moment où les Etats parties décident de la modifier ou de la supprimer. Deuxièmement, la convention de l'OCDE, bien que négociée au sein de cette organisation, est ouverte à la signature d'autres Etats non membres de l'OCDE. Cependant le monitoring du texte est attribué entièvement au Groupe de travail de l'OCDE. Le Groupe de travail doit alors remplir une double fonction. D'une part il agit en tant qu'organe de l'OCDE sous l'autorité de cette dernière. D'autre part il remplit la fonction de Conférence des Etats parties dans le respect de ce qui est prévu par de nombreux traités internationaux¹³⁵⁵. En se trouvant au sein d'une organisation internationale, le mécanisme de suivi évite l'appréciation unilatérale par les Etats de l'application des dispositions conventionnelles mais on note néanmoins que «*le mécanisme de suivi au sein du Groupe de travail réserve une place prépondérante aux Etats et conserve un caractère intergouvernemental*»¹³⁵⁶.

C – Le Conseil de l'Europe : le GRECO

L'article 24 de la convention pénale du Conseil de l'Europe attribue au GRECO le rôle du suivi de la mise en place du texte par les Etats parties.

En 1998, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹³⁵⁷ a autorisé la création de l'accord partiel et élargi établissant «*le Groupe d'Etats contre la Corruption*

¹³⁵³ Rapport annuel du Groupe de travail, pp 16 -17;

<http://www.oecd.org/dataoecd/1/46/46900020.pdf> ; pour plus d'information sur le processus d'examen de la phase 3 voir : <http://www.oecd.org/dataoecd/39/16/44687836.pdf>.

¹³⁵⁴ Les Etats parties doivent coopérer afin de « *mettre en œuvre un programme de suivi systématique afin de surveiller et promouvoir la pleine application de la présente convention* ».

¹³⁵⁵ N. BONUCCI, *op.cit.*, p. 449.

¹³⁵⁶ P. NASTOU, *op.cit.*, p. 14.

¹³⁵⁷ Par la résolution (98)7 adoptée le 5 mai 1998 lors de 102^{ème} séance ministérielle.

(GRECO) ». Cette résolution a été basée sur le projet élaboré par le GMC¹³⁵⁸. Il s'agit d'un accord partiel et élargi qui prévoit que le texte « *serait considéré comme ayant été adopté le premier jour du mois suivant la réception de la 14ème notification provenant d'un État membre du Conseil de l'Europe exprimant sa volonté de joindre l'accord puis le 1er mai 1999 la Résolution (99) 5 adoptèrent la résolution instituant le GRECO, Groupe d'États contre la corruption* »¹³⁵⁹. Cet accord est élargi dans le sens où les Etats qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe peuvent néanmoins se joindre aux travaux du GMC et ces Etats peuvent être membre de l'accord. Ici on fera notamment référence aux Etats-Unis et au Canada. L'accord est partiel dans le sens où sa mise en œuvre est tributaire de la volonté des Etats membres du Conseil de l'Europe¹³⁶⁰.

Le GRECO a été établi dans l'optique de la surveillance de l'application des vingt principes directeurs¹³⁶¹ et la mise en œuvre de la convention pénale, la convention civile sur la corruption, et deux recommandations sur les codes de conduite des agents publics et le financement des parties politiques. L'objectif du GRECO est d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en s'assurant, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles par les pairs, qu'ils respectent les normes du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre la corruption. Le GRECO doit identifier les lacunes dans les politiques nationales de lutte contre la corruption et incite ainsi les Etats à procéder aux réformes législatives, institutionnelles et pratiques nécessaires. Le GRECO est également un forum pour le partage des meilleures pratiques en matière de prévention et de détection de la corruption¹³⁶².

De façon assez similaire au Groupe de travail de l'OCDE, le GRECO fait du

¹³⁵⁸ Groupe Multidisciplinaire sur la Corruption, créé en en septembre 1994, sous les auspices du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC).

¹³⁵⁹ R. A. CANO, *op. cit.*, p. 50 ; La Belgique a été, le 16 avril 1999, le quatorzième pays à exprimer sa volonté de participer à cet accord, qui est dès lors entré en vigueur le 1 mai 1999 entre quinze Etats (la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Estonie, l'Irlande, l'Islande, la Lituanie, la Roumanie, l'Espagne, la Slovénie et la Suède).

¹³⁶⁰ Voir en ce sens P. SZAREK-MASON, *op.cit.*, p. 38 : on souligne l'existence de deux mécanismes de monitoring dans le domaine du blanchiment d'argent conduit sous l'égide du GAFI et le MONEYVAL au sein du Conseil de l'Europe.

¹³⁶¹ [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution\(97\)24_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution(97)24_fr.pdf).

¹³⁶² http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/3.%20What%20is%20GRECO_fr.asp.

monitoring à travers l'évaluation mutuelle et la pression par ses pairs¹³⁶³. Cela implique la collecte d'information par le biais des questionnaires et les visites des pays sur place, ainsi que la rédaction de rapports d'évaluation. Ces rapports sont ouverts au public et comprennent des recommandations pour les pays évalués afin d'améliorer leur niveau de conformité avec les dispositions pertinentes¹³⁶⁴.

La grande force du monitoring du GRECO est que la mise en œuvre des recommandations doit être examinée après l'adoption du rapport d'évaluation¹³⁶⁵. Dans le cas où il n'y aurait pas de mise en conformité avec les recommandations, une procédure spéciale peut viser le renforcement de la pression de ses pairs pour forcer un membre d'un pays membre de se mettre en conformité avec recommandation et cela peut mener à la rédaction d'une déclaration publique du Comité statutaire du GRECO¹³⁶⁶.

Quant aux règles de l'évaluation mutuelle, elles sont précisées par l'accord du GRECO¹³⁶⁷ du 12 mai 1999. Cette évaluation est divisée en deux cycles dont la durée est fixée par le GRECO¹³⁶⁸. Ces règles précisent également les modalités des

¹³⁶³ Voir l'article 22 (2) du règlement intérieur adopté par le GRECO lors de sa 1ère réunion plénière (Strasbourg, 4-6 Octobre 1999) : « *La procédure d'évaluation est fondée sur les principes d'évaluation mutuelle et de pression par ses pairs et contribue à réaliser les objectifs du GRECO, tels qu'établis aux articles 1 et 2 de son Statut.* »

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Greco\(2010\)9_RulesOfProcedure_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Greco(2010)9_RulesOfProcedure_FR.pdf).

¹³⁶⁴ P. SZAREK-MASON, *op.cit.*, p. 37.

¹³⁶⁵ Voir l'article 30 (2) du règlement intérieur adopté par le GRECO lors de sa 1ère réunion plénière (Strasbourg, 4-6 Octobre 1999) : « *Conformément à l'Article 15, paragraphe 6 du Statut, les membres doivent présenter au GRECO un rapport de situation (ci-après « rapport RS ») indiquant les mesures prises pour se conformer aux recommandations contenues dans le rapport d'évaluation. Le GRECO examine ces rapports et décide si le membre s'est conformé ou non aux recommandations* » :

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Greco\(2010\)9_RulesOfProcedure_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Greco(2010)9_RulesOfProcedure_FR.pdf).

¹³⁶⁶ Voir les articles 32 et 33 du règlement intérieur adopté par le GRECO lors de sa 1ère réunion plénière (Strasbourg, 4-6 Octobre 1999) :

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Greco\(2010\)9_RulesOfProcedure_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Greco(2010)9_RulesOfProcedure_FR.pdf).

¹³⁶⁷ [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/1999/Greco\(1999\)1_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/1999/Greco(1999)1_FR.pdf)

¹³⁶⁸ Article 10 (2) : [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/1999/Greco\(1999\)1_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/1999/Greco(1999)1_FR.pdf).

questionnaires¹³⁶⁹.

L'article 12 a trait aux équipes d'évaluation. Il précise que le GRECO nomme, sur la base des experts mentionnés à l'Article 10 (4) du texte, une équipe *ad hoc* pour l'évaluation de chacun des membres.

L'article 13 concerne les visites. L'équipe peut effectuer des visites afin de demander des informations complémentaires. La visite sera effectuée selon un programme établi par le membre concerné en tenant compte des souhaits exprimés par l'équipe d'évaluation. L'information réunie fera l'objet d'un avant projet de rapport. Il est préparé par l'équipe d'évaluation sur l'état de la législation et de la pratique relatives aux dispositions sélectionnées pour le cycle d'évaluation¹³⁷⁰.

Le GRECO débat ensuite en séance plénière du projet de rapport soumis par l'équipe d'évaluation¹³⁷¹. L'Etat évalué a le droit de soumettre des observations orales ou écrites à la plénière¹³⁷². A l'issue du débat, le GRECO adopte, avec ou sans amendements, le rapport relatif au membre évalué¹³⁷³. Le rapport d'évaluation est confidentiel en principe¹³⁷⁴.

Le Comité Statutaire du GRECO peut procéder à une déclaration publique lorsqu'il est d'avis qu'un membre ne prend pas de mesures suffisantes pour mettre en œuvre les recommandations qui lui ont été adressées concernant l'application des Principes

¹³⁶⁹Article 11, [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/1999/Greco\(1999\)1_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/1999/Greco(1999)1_FR.pdf)

¹³⁷⁰ Article 14 (1) ; voir également Article 14 (2) L'Etat évalué a ensuite la possibilité d'émettre ses commentaires, lesquels doivent être pris en considération par l'équipe d'évaluation lorsqu'elle conclut le projet de rapport. Cet avant projet de rapport est ensuite transmis pour commentaires au membre faisant l'objet de l'évaluation. Les commentaires du membre sont pris en compte par l'équipe d'évaluation lorsqu'elle conclut le projet de rapport.

¹³⁷¹ Article 15 (1).

¹³⁷² Article 15 (2).

¹³⁷³ Article 15 (3).

¹³⁷⁴ Article 15 (5).

Directeurs¹³⁷⁵.

La convention pénale du Conseil de l'Europe – par le biais du GRECO – semble jouir d'un mécanisme de monitoring efficace car il comprend la formation des évaluateurs, un financement constant et dispose d'assez de flexibilité pour pouvoir modifier ses règles et procédures. De plus, la composition du GRECO – des Etats membres, les non Etats membres et des organisations – démontre le cadre très large de la convention pénale.

Le GRECO lui-même s'est félicité d'avoir sensibilisé les décideurs et le grand public à l'existence de la corruption et aux dommages qu'elle provoque, en particulier pour les catégories sociales les plus défavorisées. En effet, l'examen par les pairs est à cet égard un atout essentiel¹³⁷⁶. On peut constater que le soutien à la mise en œuvre et l'assistance technique restent des facteurs essentiels. Le GRECO a souligné que ce soutien doit encore être renforcé afin de traduire les conclusions du suivi, et en particulier les recommandations pertinentes, en réalisations concrètes et pérennes. Toutefois, il est clair que c'est en dernier ressort aux autorités nationales qu'il incombe de prendre des mesures en réponse aux résultats de ce suivi¹³⁷⁷.

§ 3 - Le mécanisme de contrôle de l'application du texte de lutte contre la corruption au niveau universel : le Mécanisme d'examen de l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption

L'article 63 (7) de la CNUCC dispose que « *la Conférence des États Parties crée, si elle le juge nécessaire, tout mécanisme ou organe approprié pour faciliter l'application*

¹³⁷⁵ Article 16 :

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/1999/Greco\(1999\)1_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/1999/Greco(1999)1_FR.pdf).

¹³⁷⁶ Voir les Conclusions relatives à la Conférence de haut niveau à l'occasion du 10e anniversaire du GRECO Strasbourg, 5 octobre 2009 : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/10th%20Anniversary%20Conf/Greco%20Inf%20_2009_%205F%20CONCLUSIONS%2010th%20Anniversary.pdf.

¹³⁷⁷ Voir en ce sens : les Conclusions relatives à la Conférence de haut niveau à l'occasion du 10e anniversaire du GRECO Strasbourg, 5 octobre 2009 :

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/10th%20Anniversary%20Conf/Greco%20Inf%20_2009_%205F%20CONCLUSIONS%2010th%20Anniversary.pdf.

effective de la convention »¹³⁷⁸.

Selon l'ONG Transparency International, une mise en œuvre efficace de la CNUCC pourrait réduire la corruption de manière importante. Au niveau mondial, cela aurait un effet bénéfique sur la bonne gouvernance démocratique, un développement international accéléré, l'attribution de marchés publics plus efficace, une meilleure concurrence et une diminution de la pauvreté dans le monde¹³⁷⁹. Dans l'absence de mise en œuvre appropriée, le risque est de voir ce texte perdre sa crédibilité¹³⁸⁰.

Le début des négociations au sein des Nations Unies a été l'occasion de propositions de l'Autriche et des Pays-Bas avec des modifications encourageantes soutenues par la Norvège¹³⁸¹. La Norvège a proposé un processus d'évaluation en deux étapes, basé sur le modèle de la convention de l'OCDE : la Phase 1 se concentrerait sur les dispositions internes pour savoir si les Etats parties satisfont aux exigences de la convention. On est donc bien en présence de propositions juridiques qui mettent en place un véritable contrôle interétatique multilatérale par les Parties aux traités elles-mêmes des législations nationales pertinentes.

La Phase 2 étudierait les structures mises en place afin de mettre en œuvre les

¹³⁷⁸ Sur ce point voir P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 689 : « *Qu'ils soient plénières ou restreints, les organes composés de membres désignés par les gouvernements des Etats membres sont en de nombreux points comparables aux conférences diplomatiques traditionnelles. Ces représentants doivent suivre strictement les instructions de leur gouvernement respectif, comme ils le feraien dans une réunion diplomatique. Par leur intermédiaire, les Etats membres conserveront l'initiative de l'action dans les organisations internationales, dont l'interétatisme se trouve ainsi confirmé. Parallèlement, les organes perdent peu ou prou leur aptitude théorique à exprimer une volonté propre, autonome, de l'organisation.* »

¹³⁷⁹ F.HEINMANN, G. DELL, *Report on the Follow-Up Process for UN convention Against Corruption* (Transparency International 2006), p. 6 : http://www.transparency.org/global_priorities/international_convnetions/projets_conventions/uncac/uncac_monitoring_report.

¹³⁸⁰ Pour un commentaire de cette question se rapporter à P. WEBB, *op.cit.*, pp. 218 – 223.

¹³⁸¹ Voir en ce sens : *Proposals and Contributions Received from Governments: Austria and The Netherlands: Amendments to Articles 66 to 70*, U.N. Doc A/AC.261/L.69 (2003) ; Article 66 in *Proposals and Contributions Received from Governments: Austria and The Netherlands: Amendments to Articles 66 to 70*, U.N. Doc A/AC.261/L.69 (2002) ; Article 66 in *Proposals and Contributions Received from Governments: Austria and The Netherlands: Amendments to Articles 66 to 70*, U.N. Doc A/AC.261/L.69 (2002) ; Articles 67 and 68 in *Proposals and Contributions Received from Governments: Austria and The Netherlands: Amendments to Articles 66 to 70*, U.N. Doc A/AC.261/L.69 (2002).

dispositions, et prévoirait des visites sur place¹³⁸². Ce sont les propositions autrichiennes et néerlandaises en vue d'établir une Conférence des Etats parties afin de faciliter les activités et échanger l'information qui ont été retenues. Cependant, les modifications norvégiennes ne l'ont pas été. Cette conférence est compétence en vue d'échanger des informations et faciliter par cela même le contrôle international. Il est regrettable que les propositions norvégiennes n'ont pas été retenues et les visites sur place purement et simplement écartés de ce mécanisme probablement pour ménager la susceptibilité de gouvernants très attachés au principe de la souveraineté.

Lors de sa troisième session à Doha, au Qatar, du 9 au 13 novembre 2009, la Conférence des États parties à la convention des Nations Unies contre la corruption a adopté la résolution 3/1, intitulée « Mécanisme d'examen ». Dans la même résolution, la Conférence a adopté, sous réserve des dispositions de ladite résolution, les termes de référence du Mécanisme d'examen de l'application de la convention. Le Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée¹³⁸³ chargé d'examiner l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption s'est rencontré à cinq reprises avant l'adoption du cadre de référence du Mécanisme d'examen de l'application de la convention des Nations Unies contre la Corruption. Chaque phase d'examen comprendra deux cycles, d'une durée de cinq ans chacun, et un quart des États parties seront examinés pendant chacune des quatre premières années de chaque cycle d'examen¹³⁸⁴.

Le Groupe d'examen de l'application est un groupe intergouvernemental d'États parties à composition non limitée fonctionne sous l'autorité de la Conférence et lui fait rapport. Il a pour objet de superviser le processus d'examen afin de recenser les problèmes et les bonnes pratiques et d'examiner les besoins d'assistance technique pour veiller à la

¹³⁸² Proposals and Contributions Received from Governments: Norway: Amendments to Article 68 as Submitted in the proposal by Austria and The Netherlands, U.N. Doc A/AC.261/L.78 (2002).

¹³⁸³ Equivalent à la notion anglo-saxonne « *open ended* »: tous les Etats membres de l'ONU, Etats observateurs, organisations intergouvernementales et ONG dotés du statut consultatif ECOSOC peuvent assister aux réunions publiques du Groupe de travail.

¹³⁸⁴ http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ReviewMechanism-BasicDocuments/Mechanism_for_the_Review_of_Implementation_-_French.pdf; La Conférence des Etats parties a décidé d'examiner, pendant le premier cycle, les chapitres III (Incrimination, détection et répression) et IV (Coopération internationale) et, pendant le deuxième cycle, les chapitres II (Mesures préventives) et V (Recouvrement d'avoirs).

bonne application de la CNUCC.

La Conférence des Etats parties est responsable de la définition des politiques et des priorités liées au processus d'examen. Elle examine les recommandations et les conclusions du Groupe d'examen de l'application. La Conférence fixe les phases et les cycles, ainsi que la portée, la séquence thématique et les modalités du processus d'examen. La Conférence approuve tout amendement futur des termes de référence du Mécanisme. À la fin de chaque cycle d'examen, la Conférence évalue la performance et les termes de référence du Mécanisme¹³⁸⁵.

En ce qui concerne la conduite de l'examen du pays, chaque Etat partie est examiné par deux autres Etats parties. Selon les documents de base du Mécanisme d'examen de l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption, les États parties examinateurs établissent un rapport d'examen pour le pays examiné, ainsi qu'un résumé analytique s'y rapportant, en étroite coopération et coordination avec l'État partie examiné et avec l'aide du secrétariat. Ce rapport recense les succès obtenus, les bonnes pratiques adoptées et les problèmes rencontrés dans l'application de la CNUCC et formule des observations à cet égard. Le rapport peut déterminer l'assistance technique nécessaire pour améliorer l'application de la convention¹³⁸⁶. Ce rapport d'examen de pays, ainsi que le résumé analytique s'y rapportant, est finalisé par accord entre les États parties examinateurs et l'État partie examiné¹³⁸⁷. Les rapports d'examens restent confidentiels mais l'État partie examiné est encouragé à exercer son droit souverain de publier tout ou partie de son rapport d'examen de pays. Ce mécanisme présente plusieurs facettes intéressantes. La première facette est que l'Etat examiné participe à ce qui ressemble beaucoup à une négociation avec l'Etat examinateur à la finalisation du rapport qui le concerne. On n'est donc pas en présence d'un document élaboré par un tiers mais au contraire par un document à la finalisation duquel participé l'Etat qui est l'objet du contrôle international. L'autre facette de cette procédure est donc qu'on est en présence d'un contrôle international de faible intensité qui ne prévoit même pas d'obligation de

¹³⁸⁵ http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ReviewMechanism-BasicDocuments/Mechanism_for_the_Review_of_Implementation_-_French.pdf, p. 10.

¹³⁸⁶ *Ibid*, p. 9.

¹³⁸⁷ *Ibid*, p. 9.

publication d'ensemble de rapports mais un simple recommandation dit procédé, qui peut être suivi ou ignoré, à son choix, par l'Etat examiné.

Les documents onusiens précisent qu'au cours de la phase d'examen suivante, chaque État partie fournit, dans ses réponses à la liste de contrôle détaillée pour l'auto-évaluation, des informations sur les progrès accomplis par rapport aux observations contenues dans les rapports d'examen précédents. Le cas échéant, les États parties fournissent également des informations indiquant si l'assistance technique demandée en relation avec leurs rapports d'examen de pays a été fournie¹³⁸⁸.

Dans le domaine du *monitoring*, la CNUCC démontre peu d'innovation. Ce texte suit les formules des conventions régionales les moins contraignantes en octroyant aux Etats parties une marge de manœuvre importante afin de décider l'étendu de la transposition des dispositions conventionnelles au sein de leur droit interne¹³⁸⁹. Comme l'on a précisé ci-dessus, les visites sur place ne sont pas prévues et cela constitue une lacune qui n'est pas fortuite mais que les négociateurs ont installé en vue d'accroître la marge d'appréciation et de souveraineté de chaque Etat partie.

Les documents de base du « *Mécanisme d'examen de l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption* » rappellent le respect de l'article 4 (1) de la CNUCC qui dispose que les États parties exécutent leurs obligations au titre de la convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États. Les potentialités de cet article laissent ainsi aux Etats parties une marge de manœuvre considérable dans l'application des dispositions conventionnelles de la CNUCC. Cela semble faire écho aux « *précautions de vocabulaire qui semblent lui retirer [la CNUCC] toute force contraignante* »¹³⁹⁰.

Les Nations Unies ont certainement accumulé du retard au niveau de l'adoption d'un mécanisme de mise en œuvre. En effet, l'article 63 (2) est un obstacle à la mise en

¹³⁸⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁸⁹ P. WEBB, *op.cit.*, p. 221.

¹³⁹⁰ L. LOUVET, *op.cit.*, p. 297.

œuvre rapide de la CNUCC car selon cette disposition « *le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies convoquera la Conférence des États Parties au plus tard un an après l'entrée en vigueur de la présente convention* ». Par ailleurs l'article 63 (7) donne mandat à la Conférence des Etats parties d'adopter si « *elle le juge nécessaire, tout mécanisme ou organe approprié pour faciliter l'application effective de la convention* ». Il est évident qu'un tel délai ralentirait considérablement la mise en œuvre de ce texte. En reportant la considération d'un mécanisme de monitoring au plus tard un an après l'entrée en vigueur de la CNUCC – après trente ratifications – les rédacteurs ont ainsi repoussé l'adoption du mécanisme de plusieurs années¹³⁹¹. Avant l'adoption d'un tel mécanisme, les gouvernements avaient bien entendu peu de contraintes pour promulguer des lois de transposition.

On note en dernier lieu que le système d'évaluation consacré par la CNUCC est fondé sur le contrôle « sur pièces »¹³⁹². Il ne semble pas être en mesure d'atteindre la rigueur et l'efficacité des mécanismes de suivi de la convention de l'OCDE et la convention pénale du Conseil de l'Europe qui insistent – entre autres – sur des évaluations issues des « *visites sur place* ».

La CNUCC est un bon exemple de la manière dont les Etats mènent leur politique juridique extérieure au niveau universel. Comme l'a montré il y a déjà longtemps Guy de Lacharrière,¹³⁹³ les Etats utilisent toutes les ressources procédurales de la négociation internationale pour introduire dans le traité des articles, qui auront pour but d'affadir les articles voire d'en retarder la mise en œuvre voire d'en écarter l'application à tel Etat déterminé. Lorsque de tels comportements se situent dans le cadre d'une Conférence internationale en vue d'adopter un traité à vocation universelle, le résultat est évidemment

¹³⁹¹ Article 63 (2) : « *Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies convoquera la Conférence des États Parties au plus tard un an après l'entrée en vigueur de la présente convention. Par la suite, la Conférence des États Parties tiendra des réunions ordinaires conformément au règlement intérieur qu'elle aura adopté.* » ; Article 68 (1) : « *La présente convention entrera en vigueur le quatre vingt-dixième jour suivant la date de dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Aux fins du présent paragraphe, aucun des instruments déposés par une organisation régionale d'intégration économique n'est considéré comme un instrument venant s'ajouter aux instruments déjà déposés par les États membres de cette organisation.* ».

¹³⁹² Traduction de la notion anglo-saxonne « *desk review* ».

¹³⁹³ G. DE LACHARRIERE, *op.cit.*,

que le texte du traité ne produit que des mécanismes juridiques édulcorés qui sont souvent loin de satisfaire le juriste mais qui sont le résultat des multiples concessions qui s'accordent mutuellement les Etats au cours d'une négociation multilatérale.

CONCLUSION

On soulignera ici que malgré les avancées et les résultats encourageants de certains mécanismes, il existe évidemment des progrès à accomplir. Cette conclusion est parfaitement illustrée par la CNUCC. En effet, la CNUCC constitue le texte international de lutte contre la corruption qui est doté du champ d'application le plus étendu. Les précautions de vocabulaire de la CNUCC et le fait que les visites sur places ne soient pas prévues par le mécanisme de suivi réduisent d'emblée l'impact du mécanisme de *monitoring* et motivent peu les Etats parties à appliquer ses dispositions. Cela est d'autant plus dommageable que même si les Etats parties à la CNUCC ont des motivations diverses, il est probable qu'ils auront un intérêt à coordonner leurs actions dans l'environnement des relations internationales contemporaines¹³⁹⁴.

En définitive, les commentateurs juridiques et la société civile s'accordent à dire que sans mécanisme de mise en œuvre efficace, les dispositions de la CNUCC resteront lettre morte. La CNUCC serait alors ce que M. le Professeur Reisman désigne comme *lex simulata*, c'est-à-dire « *a legislative exercise that produces a statutory instrument apparently operable, but one that neither prescribes, those charged with its administration, nor the putative target audience ever intend to be applied* »¹³⁹⁵.

¹³⁹⁴ P. WEBB, *op.cit.*, p. 226.

¹³⁹⁵ W. M. REISMAN, *op.cit.*, p. 31.

CHAPITRE 8

PROPOSITIONS D'AMELIORATION DES DISPOSITIFS JURIDIQUES INTERNATIONAUX EXISTANTS

§ 1 - Paragraphe introductif

L'ombre de *lex simulata*¹³⁹⁶ plane sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers. Une réaction est nécessaire pour éviter l'échec de ce dispositif¹³⁹⁷.

Selon au moins un praticien de lutte contre la corruption¹³⁹⁸, le dispositif international lui-même est rédigé dans des termes adéquats mais doit fonctionner autrement. C'est bien la mise en œuvre des textes qui est la plus difficile et ce point a été souligné par l'ancienne magistrate Madame E. Joly lors d'un entretien avec l'auteur de la présente recherche¹³⁹⁹. Nous étudierons certaines possibilités d'amélioration au dispositif avec l'appui de l'avis des praticiens contemporains de lutte contre la corruption internationale. Ce chapitre s'articule en partie autour des entretiens avec les membres de l'ONG Transparency International au siège de Berlin (Madame G. Dell), des sections britanniques (Monsieur C. Krishnan) et françaises (Monsieur J. Coll) et les entretiens avec les avocats spécialisés du FCPA Monsieur R. Cassin et Monsieur M. Cohen, les Professeurs I. Bantekas, P. Ocheje, E. Spahn, le Docteur Ph. Webb ou encore Madame M. Pedriel-Vaissière juriste de l'association SHERPA.

La présente recherche entend développer deux axes de possibilités qui sont tous les deux dépendants de la volonté politique d'agir contre la corruption.

¹³⁹⁶ W. M. REISMAN, *op.cit.*, p. 31.

¹³⁹⁷ Propos recueillis lors de deux entretiens avec Monsieur Julien Coll, délégué général de Transparency International (France) le 27 juillet 2010 et le 22 juin 2011.

¹³⁹⁸ Monsieur C. Krishnan, Président de la section britannique de Transparency International, lors de l'entretien avec l'auteur de la présente recherche le 17 septembre 2010.

¹³⁹⁹ Entretien à Venelles (13), le 21 novembre 2010.

La première piste se base sur le postulat que la volonté politique étatsunienne de lutter contre la corruption d'agent public étranger se traduit par une mise en œuvre importante du FCPA et que cela constitue - à certains niveaux - l'exemple à suivre. Il est de notre avis que le modèle américain doit être mis en exergue. Ce choix se justifie non seulement en raison du nombre important de poursuites en matière du FCPA ou encore les sanctions pécuniaires payées par les auteurs d'infractions mais aussi en vue de l'approche innovatrice étatsunienne à la question de corruption surtout en matière de justice transactionnelle. Lutter contre la corruption en s'inspirant du modèle américain constitue la première proposition de la présente recherche (Section 1).

Dans un deuxième temps, on étudiera la question d'un éventuel changement de paradigme dans la lutte contre la corruption. En conclusion de thèse, A. Genevois, en soulignant la relative inefficacité des droits anticorruption, exprime qu'il « *reste à attendre l'internationalisation du droit pénal en la matière ou la requalification économique de ce comportement* »¹⁴⁰⁰. Les solutions existent, bien que pour l'instant elles semblent empreintes d'idéalisme. La présente recherche entend proposer deux voies supranationales pour lutter de façon plus efficace contre la corruption. Il s'agit d'une part de la compétence éventuelle de la Cour pénale internationale pour juger des actes de corruption ou d'autre part la responsabilité des sociétés multinationales en matière des droits de l'homme (Section 2).

¹⁴⁰⁰ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 520.

SECTION 1

LA REPLIQUE AU NIVEAU INTERNATIONAL D'UN MODELE NATIONAL DE MISE EN ŒUVRE EFFICACE : L'EXEMPLE ETATSUNIEN

La première proposition de cette recherche a trait à la mise en œuvre du FCPA par les Etats-Unis. Un premier niveau d'approche permet d'appréhender les raisons de cette réussite (§1). Un deuxième niveau de recherche suggère que le système de justice transactionnelle utilisé aux Etats-Unis en matière du FCPA serait un exemple à suivre (§ 2). L'objectif de cette section est de suggérer que le modèle efficace étatsunien pourrait être transposé au niveau international.

§ 1 – La politique étatsunienne de mise en œuvre du FCPA : première approche

Les autorités de poursuite de la lutte contre la corruption étatsunienne bénéficient de ressources considérables (A). On verra en premier lieu – à travers l'analyse du Groupe de travail de l'OCDE, que la mise en œuvre américaine fait figure de meilleur élève des Etats parties à la convention (B).

A – L'analyse favorable de la mise en œuvre étatsunienne par le Groupe de travail de l'OCDE

Selon le dernier rapport – l'année 2011- de TI sur la mise en œuvre de la convention de l'OCDE, seulement sept des trente huit Etats parties connaissent une mise en œuvre **active**¹⁴⁰¹. Ce classement fondé notamment sur les nombres de poursuites dans le cadre des dispositions de la convention démontre le faible nombre de poursuites dans la

¹⁴⁰¹ Danemark, Allemagne, Italie, Norvège, Suisse, Royaume-Uni, Etats-Unis.

majorité des Etats parties à la convention. La méthode d'analyse de l'OCDE - bien qu'elle connaisse des lacunes - serait la base de notre postulat.

Un pays- les Etats-Unis - fait notamment exception à la tendance de la faible mise en place des dispositions. Les Etats-Unis –géniteurs en quelque sorte – de la convention de l'OCDE ne se soucient guère des aspects de l'harmonisation. L'objectif des Etats-Unis est une telle mise en œuvre que le nombre de contrats gagnés par les entreprises concurrentes (non américaines) par le biais de la corruption d'agent public étranger se réduit de façon importante¹⁴⁰². Notre approche serait fondée sur la réussite des Etats-Unis dans la mise en œuvre du FCPA et de sa politique de dissuasion ou de ce qui est désigné par les juristes anglo-saxons comme « *deterrence* »¹⁴⁰³.

La Phase 2 du monitoring du Groupe de travail de l'OCDE de 2005 avait déjà signalé l'importante mise en œuvre du FCPA par les Etats-Unis et le rapport de suivi en atteste. Ce document rappelle la volonté dont font preuve le Département de la Justice américain (DOJ) et la Securities and Exchange Commission (SEC) de mettre en œuvre le FCPA¹⁴⁰⁴. On est ici dans le cadre d'une culture de ce que les anglo-saxons peuvent désigner comme « *aggressive pursuit* »¹⁴⁰⁵. De manière générale, les entreprises américaines

¹⁴⁰² P. J. CULLEN, « Article 3. Sanctions », *op.cit.*, p. 211 ; US Departement of Commerce, International Trade Administration, Adressing the Challenges of International Bribery and Fair Competition, the sixth Annual Report under Section 6 of the International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998, July 2004.

¹⁴⁰³ « *Dissuasion* » ; voir G. F. COLE, *The American System of Criminal Justice*, Belmont, 1995, p. 437: la notion de *general deterrence* est fondée sur le postulat que « [...] the general population will be dissuaded from criminal behaviour by observing that punishment will necessarily follow commission of a crime and that the pain of punishment will be greater than the benefits which may stem from the illegal act ».

¹⁴⁰⁴ OCDE, Etats-Unis : Phase 2 Rapport de suivi sur la mise en œuvre des recommandations au titre de la phase 2 sur l'application de la convention et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la Corruption d'agents publics étrangers dans les transactions Commerciales internationales, le rapport de suivi a été approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales le 1er juin 2005.

¹⁴⁰⁵ USA Phase 2, voir également P. J. CULLEN, « Article 3. Sanctions », *op.cit.*, p. 239 ; à ce titre on peut souligner l'action répressive et les efforts redoublés des États-Unis pour mieux faire connaître la FCPA et la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption auprès des PME et autres entreprises exportatrices. De plus, des nouvelles obligations de communication financière ont été imposées aux vérificateurs de sociétés cotées (les « émetteurs ») depuis la promulgation de la Loi Sarbanes-Oxley de 2002 : aux termes de l'article 404 de cette loi, le vérificateur est tenu de délivrer une attestation et un compte rendu sur l'évaluation par la direction des contrôles et procédures internes à des fins de communication financière. En 2004, la Cour d'appel des États-Unis a

ont été placées dans une position de grande sensibilisation relative au FCPA dans le sens où elles ont pour la plupart conscience des risques juridiques encourus dans les affaires de corruption d'agent public étranger. L'expérience américaine démontre également que le fait de poursuivre la corruption de manière continue, renforce la perception parmi les entreprises et leurs employés que l'on est redevable juridiquement pour des actes corrompus¹⁴⁰⁶. Cette perception est aussi favorisée par les « *effets dissuasifs collatéraux* »¹⁴⁰⁷ des enquêtes ou poursuites du FCPA sur les entreprises. En effet, la mauvaise publicité peut jouer sur la réputation des entreprises et certaines sanctions telles que la suspension des conditions d'exportation favorables ou l'exclusion des marchés publics peuvent avoir des conséquences commerciales négatives importantes¹⁴⁰⁸.

Le rapport de l'OCDE sur la revue de la Phase 3 du monitoring des Etats-Unis par le Groupe de travail a été adopté le 15 octobre 2010¹⁴⁰⁹. Depuis la Phase 2, la mise en œuvre étatsunienne a augmenté de façon constante et on souligne l'importance grandissante des peines carcérales, des sanctions pécuniaires et du *disgorgement* des profits, c'est-à-dire la confiscation en matière civile des profits mal acquis. Cette mise en œuvre accrue a été possible à travers les bonnes pratiques développées au sein du cadre politico-juridique des Etats-Unis, surtout le Département de la Justice américaine (DOJ), le *Federal Bureau of Investigation* (FBI) et la *Securities and Exchange Commission* (SEC). La nouvelle législation a aussi renforcé les critères relatifs aux normes comptables (voir ci-dessus la loi 2002 *Sarbanes-Oxley* déjà étudié lors de la phase 2), la protection des « *whistleblowers* »¹⁴¹⁰ sous la loi de juillet 2010 « *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* ».

confirmé l'interprétation large de la FCPA par le DOJ en estimant que cette loi s'applique aux paiements effectués afin de se procurer un avantage indu pour obtenir ou conserver un marché, y compris un traitement fiscal ou douanier favorable.

¹⁴⁰⁶ P. J. CULLEN, « Article 3. Sanctions », *op.cit.*, p. 239.

¹⁴⁰⁷ *Collateral deterrent effects*.

¹⁴⁰⁸ P. J. CULLEN, « Article 3. Sanctions », *op.cit.*, p. 239.

¹⁴⁰⁹ OCDE, United States: Phase 3, Report On The Application Of The convention On Combating Bribery Of Foreign Public Officials In International Business Transactions And The 2009 Revised Recommendation On Combating Bribery In International Business Transactions, adopté le 15 octobre 2010.

¹⁴¹⁰ Lanceur d'alerte.

Plusieurs commentateurs juridiques soutiennent que cette montée de mise en œuvre est à attribuer aux évènements juridiques, politiques ou encore internationaux¹⁴¹¹. Selon certains observateurs, cette nouvelle dynamique a été lancée par les scandales des affaires *Enron* et *WorldCom* qui ne concernaient pas la corruption étrangère mais plutôt le regard étatique à l’égard du comportement des entreprises. De plus, on assiste à une augmentation de *self reporting* (auto dénonciation) par les entreprises dans le sillage de la loi de 2002 connue sous l’appellation *Sarbanes-Oxley*. Deuxièmement, on peut arguer que la mise en œuvre accrue est explicable de part l’acceptation généralisée de la justice transactionnelle en matière du FCPA. On peut aussi mettre en lumière les objectifs précis de leur politique de poursuite du DOJ et la SEC en matière du FCPA. En dernier lieu on doit rappeler l’existence d’un contexte global qui favorise la lutte contre la corruption et qui facilite la politique aggressive américaine en la matière.

B - Autorités de poursuite étatsuniennes : moyens et volonté importants

L’optique de la présente recherche est de savoir comment les Etats-Unis ont réussi une telle mise en œuvre du FCPA. L’OCDE, a recensé une augmentation des poursuites de 4.6 par an de 2001 à 2005 à 18.75 par an entre 2006 et 2009. Une des raisons qui explique la mise en œuvre importante du FCPA est l’organisation des autorités de poursuite en la matière. Le FCPA concerne à la fois les poursuites pénales et civiles.

Il existe trois autorités américaines responsables pour les poursuites des violations du FCPA : le DOJ, la SEC et le FBI. Les trois organismes ont des cellules spécialisées concernées uniquement par le FCPA. On note également que sans égard à l’autorité de poursuite, il est souvent question d’un accord négocié au niveau privé et qui ne connaît pas d’analyse juridique approfondi par les tribunaux. Autrement dit, dans la plupart de cas de mise en œuvre du FCPA, il n’existe pas d’analyse indépendante quant aux preuves¹⁴¹².

¹⁴¹¹ Voir en ce sens l’analyse de D. C. WEISS, *The Foreign Corrupt Practices Act, Sec Disgorgement Of Profits, And The Evolving International Bribery Regime: Weighing Proportionality, Retribution, And Deterrence*, 30 *Mich. J. Int’l L.*, 2009, p. 483.

¹⁴¹² M. KOEHLER, « The Façade Of FCPA Enforcement », 41 *Geo. J. Int’l L.*, 2010, pp. 923 – 924.

1 – La *Fraud Section* du DOJ

La « *Fraud Section* » du DOJ¹⁴¹³ basée à Washington D.C. est l'organisme responsable pour toutes les poursuites pénales et civiles à l'encontre des personnes physiques ou morales qui ne sont pas des « émetteurs de valeurs »¹⁴¹⁴ tels que ces derniers sont définis par le FCPA. La cellule FCPA a été créée au sein de la « *Fraud Section* » en 2006 afin de traiter notamment des poursuites, des procédures d'opinion¹⁴¹⁵ ou encore la sensibilisation du public en matière de corruption. Selon le rapport de la Phase 3 du Groupe de travail de l'OCDE, on compte jusqu'à 16 avocats travaillant à plein temps dans la cellule pertinente au DOJ.

2 - La *Criminal division* du DOJ

Le FBI – sous la supervision de la *Criminal Division* du DOJ - conduit des enquêtes criminelles en matière de violations du FCPA. Deux cellules spécialisées dans le FCPA ont été créées en son sein : l'International Corruption Unit (ICU) et une cellule nationale à Washington D.C. L'avocat spécialiste du FCPA M. Cohen a confirmé à l'auteur de la présente recherche l'engagement croissant du FBI dans la mise en œuvre du FCPA¹⁴¹⁶.

3 – L'*Enforcement division* de la SEC

Quant à la SEC, son *Enforcement division* est responsable de la mise en œuvre civile du FCPA à l'encontre des « émetteurs de valeurs ». La SEC a plusieurs armes à utiliser contre les « émetteurs » auteurs de la corruption comme par exemple les sanctions civiles ou le « *disgorgement* » des biens mal acquis. Cette cellule de la SEC a été créée en janvier 2010 avec une cellule spécialisée en matière du FCPA qui comprend environ 30 avocats. On note également que la SEC dispose d'un grand nombre d'experts et de technologie très moderne afin de lutter contre les infractions du FCPA¹⁴¹⁷.

¹⁴¹³ *Criminal Division*.

¹⁴¹⁴ Pour la définition de la notion de « émetteurs de valeurs » se rapporter à l'analyse du Chapitre 2 de la présente recherche.

¹⁴¹⁵ Pour l'analyse des « procédures d'opinion » voir ci-dessus chapitre 2.

¹⁴¹⁶ Entretien avec l'auteur de la présente recherché du 19 août 2011.

¹⁴¹⁷ OCDE, *United States: Phase 3, op.cit.*, p. 9.

4 – Conclusion sur les autorités de poursuites en matière du FCPA

L'évaluation de la Phase 3 par le Groupe de travail de l'OCDE a démontré les ressources importantes affectées à la mise en œuvre du FCPA par les Etats-Unis. De plus, la création des cellules du FCPA au sein du DOJ, de la SEC et du FBI a très largement profité à l'efficacité du travail. En égard à la complexité des affaires en matière du FCPA, il est clair que l'efficacité de ces cellules spécialisées est vitale¹⁴¹⁸.

Le rapport de la Phase 3 note que depuis la création de la cellule FCPA en 2006 au sein du DOJ, le niveau de mise en œuvre a accru de manière importante. La création de l'*International Corruption Unit* au sein du FBI en 2008 a renforcé cette tendance. L'attribution des ressources et expertises de l'appareil de mise en œuvre judiciaire aux Etats Unis à la lutte contre la corruption de l'agent public étranger est le reflet de l'importance de cette problématique dans la politique étatsunienne¹⁴¹⁹.

§ 2 – La tentation de la réPLICATION du système étatsunien de justice transactionnelle en droit international

En matière du FCPA, les Etats-Unis font un usage étendu de la justice transactionnelle (A) et connaissent l'utilisation croissante des poursuites civiles qui ont pour but la récupération des profits mal acquis (D). L'utilisation des *corporate monitors* à la suite des accords transactionnels pourrait aussi être une voie à répliquer (C). Bien que certains Etats n'affectionnent pas traditionnellement la justice traditionnelle, elle pourrait être une arme efficace de lutte contre la corruption (B).

A – La justice transactionnelle américaine en matière du FCPA

Les méthodes innovatrices utilisées aux Etats-Unis - notamment en matière de justice transactionnelle - doivent être mises en exergue. On fera référence d'abord aux

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 13.

« *Principles of Prosecution* »¹⁴²⁰. Ces principes prévoient les facteurs à prendre en compte par l'autorité de mise en œuvre lors de la décision de lancer des poursuites pénale à l'encontre d'une entité ou négocier un accord à l'encontre de cette entité dans l'optique de résoudre les poursuites pénales éventuelles. Les facteurs à prendre en considération comprennent le *disclosure* - volontaire et dans les délais impartis - par l'entreprise de son comportement corrompu et sa volonté de coopérer avec les enquêtes de ses agents. Ces principes disposent clairement que la coopération est un « *potential mitigating factor* » par lequel l'entreprise peut favoriser sa situation qui est autrement destinée aux poursuites devant les tribunaux. Dans ce contexte, les entreprises soupçonnées de violations du FCPA sont très souvent d'accord pour résoudre ces affaires de cette manière. De plus, puisque le *disclosure* volontaire est récompensé par le DOJ, de nombreuses entreprises sont souvent prêtes à accepter l'accord proposé par le DOJ –nonobstant le fait que le comportement n'est pas forcément une violation du FCPA¹⁴²¹.

Il est question ici de ce qui est désigné aux Etats-Unis par *plea agreements* (PA), *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) ou encore *Non-Prosecution Agreements* (NPA). On peut ajouter à cette liste l'utilisation des *corporate monitors* puisque cela est une conséquence directe de ces accords. Il s'agit d'une mise en œuvre rigoureuse, des sanctions importantes alliées à l'engagement croissant du secteur privé à encourager l'établissement d'un programme et des mesures de « *compliance* » rigoureux, surtout au sein des grosses entreprises. Il est de l'avis du Groupe de travail de l'OCDE que ces pratiques pourraient être considérées par d'autres Etats parties à la convention dans la mesure du possible, selon leurs propres cadres politico-juridiques ¹⁴²².

Aux Etats-Unis, le DOJ résout la plupart des affaires en matière du FCPA par le biais des *plea agreements* (PA), les *deferred prosecution agreements* (DPA) et des *non-prosecution agreements* (NPA). Ces accords fournissent à la fois des sanctions appropriées mais aussi assez de souplesse pour pouvoir récompenser la coopération ou encore des *voluntary disclosures*. Cette pratique a très bien fonctionné dans le système juridique

¹⁴²⁰ DOJ, U.S. Attorney's Manual §9-28.000 (2008) disponible au site:
<http://www.justice.gov/opa/documents/corp-charging-guidelines.pdf>.

¹⁴²¹ Pour une analyse de cette question, voir M. KOEHLER, *op.cit.*, pp. 924 – 932.

¹⁴²² OCDE, *United States: Phase 3*, *op.cit.*, p. 9.

étatsunien et a eu pour résultat une forte mise en œuvre du FCPA et des efforts de conformité remarqué du secteur privé¹⁴²³.

1 - Plea agreements

Les *Plea agreements* sont des accords écrits et négociés entre les parties dont l'objet est de préciser les obligations des deux parties lorsque le défendeur plaide coupable. Les « *Principles of Prosecution* » précise que les personnes physiques ou morales peuvent être parties d'un tel accord. Il s'agit le plus souvent d'un accord négocié entre l'entreprise et le DOJ. Nonobstant les interrogations sur le bien fondé juridique de tels accords, les entreprises à qui le DOJ propose un tel accord sont souvent tentées de les accepter¹⁴²⁴.

Lorsque le défendeur plaide coupable, le *Plea agreement* est divulgué au tribunal. Ensuite, le tribunal accepte, modifie ou rejette le *Plea agreement*¹⁴²⁵.

2 - Deferred prosecution agreements et des Non-prosecution agreements

Les *Deferred prosecution agreements* (DPA) et les *Non-prosecution agreements* (NPA) n'ont pas pour finalité la conviction du défendeur et en ce sens ils se différencient des *plea agreements*. Les « *Principles of Prosecution* » dispose que « *in certain instances, it may be appropriate... to resolve a corporate criminal case by means other than indictment* ». Il s'agit pour le DOJ d'une troisième voie autre que la décision de poursuivre pénalement l'auteur présumé de la corruption ou de ne pas le poursuivre¹⁴²⁶.

Lors d'un DPA, les poursuites sont reportées pour la durée de l'accord et le défendant doit saisir certains critères pour la durée de l'accord, auquel cas la *prosecution* retire les poursuites. Un DPA est déposé au tribunal. Il est question d'un accord privé négocié entre l'entreprise et le DOJ.

Quant au NPA, ce dernier ne concerne pas les tribunaux. En effet, le NPA n'est pas déposé au tribunal mais constitue un accord privé négocié entre l'entreprise et le DOJ. Il

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 31.

¹⁴²⁴ M. KOEHLER, *op.cit.*, p. 939.

¹⁴²⁵ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 ; voir également USAM 9-27.400.

¹⁴²⁶ M. KOEHLER, *op.cit.*, p. 933.

comprend souvent un document écrit au sein duquel on trouve l'aveu de l'entreprise des faits reprochés et également des engagements au niveau de « *compliance* » que l'entreprise décide de respecter.

Outre le fait de déposer ou non l'accord au tribunal, il y a peu de différence entre le NPA et le DPA.

Depuis 2004, ces accords ont été souvent utilisés lors des poursuites pénales à l'égard des entreprises. Le rapport de l'OCDE sur la revue de la Phase 3 du monitoring fournit des explications qui justifient cette approche de la part des autorités de poursuite étatsunies. L'importance de cette approche a largement accru peu de temps après les poursuites et l'effondrement du cabinet comptable Arthur Andersen. Cet évènement a causé la perte de milliers d'emplois. Eviter des « *conséquences collatérales* » des poursuites est généralement la motivation derrière l'utilisation des DPA et des NPA. Dans des affaires de FCPA, les facteurs tels que la protection des employés et des actionnaires sont des considérations importantes pour les autorités américaines. Selon ces mêmes autorités, les entreprises préfèrent le cadre des DPA et les NPA à la tenue d'un procès qui est potentiellement longue et peut nuire à la réputation de l'entreprise. De tels accords peuvent motiver les entreprises à procéder à une « *disclosure* » volontaire et à la coopération ; d'ailleurs c'est souvent la coopération du défendant qui provoque l'accord. L'autre avantage de ces accords réside dans la vitesse d'exécution qui leur est propre. En dernier lieu, les affaires du FCPA concernent souvent un besoin d'obtenir des preuves des pays étrangers, qui peut prendre du temps et n'aboutit pas toujours à des résultats positifs. Les DPA et les NPA peuvent être utilisés afin de provoquer la coopération de l'entreprise et afin d'obtenir des preuves qui auraient nécessité autrement un processus lourd ou même voué à l'échec.

Les autorités américaines cherchent également à accroître la transparence en sensibilisant le public à ces accords. Le DOJ publie par exemple sur son site internet les PA, les NPA et les DPA. Les publications relatives au PA sont particulièrement informatives¹⁴²⁷. On note qu'en janvier 2010, la SEC a annoncé qu'elle commencera à

¹⁴²⁷ OCDE, *United States: Phase 3, op.cit.*, p. 33.

utiliser les « *co-operation agreements* », les DPA et les NPA dans les affaires du FCPA. Un « *co-operation agreements* » est similaire à un « *plea agreement* » lors de la procédure pénale mais est utilisé par la SEC en matière civile.

B – Comparaison des droits nationaux en matière de justice transactionnelle

Comme nous le montre le système américain, la justice transactionnelle peut prendre plusieurs formes. Cela peut comprendre le fait de plaider coupable en échange d'une peine réduite pour l'infraction concernée ou encore de remplacer des chefs d'accusation avec d'autres moins sévères. La justice transactionnelle, sous ses formes variées, fait partie des systèmes justiciers de nombreux pays du *Common law*, mais n'en est pas le domaine exclusif de ces derniers puisque les pays de droit romano-germaniques sont sous pression d'introduire un tel système pour des raisons administratives¹⁴²⁸.

Le système américain montre-t-il la voie à suivre ? A premier vu, la réussite des Etats-Unis en la matière – les condamnations et les accords - semblent soutenir une telle conclusion. Pour G. Dell à TI Berlin, la justice transactionnelle peut représenter une solution en matière de lutte contre la corruption mais doit être utilisée avec précaution. En effet, il reste une grande divergence à ce niveau entre les différents systèmes juridiques et on peut arguer que ce système est d'une certaine manière moins dissuasif¹⁴²⁹. On peut également arguer que la justice transactionnelle porte atteinte aux droits de la défense. Cependant, la justice transactionnelle peut augmenter considérablement le nombre de dossiers traités en encourageant la volonté des entreprises à coopérer avec la justice.

En France – pays traditionnellement hostile au plaider coupable- cette question a été tout dernièrement analysée par la Section nationale de Transparency Internationale France¹⁴³⁰. TI France rappelle que le recours à la justice transactionnelle a été de plus en

¹⁴²⁸ P. J. CULLEN, « Article 5 – Enforcement », in M. PIETH *et al.*, *The OECD convention on Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 308.

¹⁴²⁹ Entretien avec l'auteur de la présente recherche du 28 juillet 2011.

¹⁴³⁰ Le Rapport moral de TI France 2010, pp. 13 - 14 : http://www.transparencefrance.org/e_upload/pdf/ti_france_rapport_moral_2010.pdf.

plus fréquent lors des affaires de corruption dans certains grands pays industriels signataires de la convention de l'OCDE – tout particulièrement au Royaume-Uni et en Allemagne. Si pour TI la procédure permet à priori une justice plus efficace eu égard aux procédures rapides, l'ONG apporte néanmoins certaines précisions à cette question. Ainsi, si TI prend acte des avantages de la justice transactionnelle, il recommande néanmoins de la soumettre à plusieurs conditions et ceci dans l'optique de préserver les droits de toutes les victimes des malversations. Les conditions de TI sont les suivantes : les accords conclus par les procureurs doivent être validés par d'autres magistrats et les résultats de ces validations rendus publics ; les points de vue de toutes les personnes et organisations affectées par l'accord doivent être considérés ; les amendes prévues pour mettre fin aux poursuites doivent être suffisamment dissuasives (elles doivent clairement excéder les profits retirés du recours à la corruption) ; les pays victimes doivent pouvoir récupérer au moins une partie des amendes prévues par les accords ; les accords conclus par les entreprises pour mettre fin aux poursuites qui les visent ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher de rechercher les responsabilités individuelles ; afin notamment que toutes les victimes puissent faire valoir leurs droits, les juridictions recourant à la justice transactionnelle doivent pleinement coopérer avec les juridictions des autres pays saisies des mêmes affaires (transfert d'information) ; les entreprises concluant ce type d'accord doivent s'engager à mettre en œuvre des programmes anti-corruption supervisés par des contrôleurs indépendants¹⁴³¹.

Cette question connaît également une actualité juridique au Royaume-Uni. En effet, la personne morale, Macmillan Publishers Limited – qui a avoué les tentatives de corrompre des employées de la Banque mondiale afin d'obtenir des contrats en Afrique – doit payer £ 11 million dans un accord civil annoncé par le Serious Fraud Office (SFO) le 22 juillet 2011¹⁴³². Macmillan a été *debarred* (exclu) par la Banque mondiale pour une durée trois ans, et l'entreprise s'est retirée volontairement de toutes les offres publiques d'achat dans le secteur pertinent en Afrique de l'Ouest et de l'Est. On souligne que les poursuites civiles dans l'affaire Macmillan ont été fondées sur la loi britannique de 2002 –

¹⁴³¹ Le Rapport moral de TI France 2010, p 14 : http://www.transparencefrance.org/e_upload/pdf/ti_france_rapport_moral_2010.pdf.

¹⁴³² <http://www.fcpablog.com/blog/2011/7/22/macmillan-in-11-million-uk-civil-settlement.html>.

Proceeds of Crimes Act – et non la nouvelle loi britannique contre la corruption – la UK Bribery Act qui est une loi pénale entrée en vigueur le 1 juillet 2011. L'approche du SFO a été critiquée par des juges britanniques par le passé pour ce qui était vu comme leur tentative de régler les poursuites pénales de la corruption internationale par le biais de la justice transactionnelle à l'américaine. Le directeur du SFO –R. Alderman - a néanmoins justifié une approche qui favorise la justice transactionnelle. Selon ce dernier, ce genre de recouvrement civil est un moyen de traiter efficacement de certains cas de comportements fautifs par les entreprises. Cela réduit les dépenses publiques puisqu'il n'est pas question de poursuites potentiellement longues et coûteuses et d'ailleurs les avoirs produits du comportement illicite peuvent être récupérés. En dernier lieu, un tel processus oblige l'entreprise de reformer ses pratiques à l'avenir¹⁴³³.

C - L'utilisation des Corporate monitor

Dans le cadre du FCPA, une des conséquences de la justice transactionnelle est souvent l'exigence que l'entreprise qui a violé le FCPA doit travailler avec ce qui est désigné comme un *corporate monitor*. L'objectif du *corporate monitor* est d'évaluer et surveiller le respect par l'entreprise des termes de l'accord¹⁴³⁴. Cette pratique peut réduire la possibilité d'une violation prolongée du FCPA, s'assurer de la mise en œuvre d'un programme de conformité ou encore fournir un mécanisme pour évaluer les conditions des accords sans l'investissement nécessaire des ressources additionnelles occasionnées lors des poursuites judiciaires. Une entreprise qui entre dans un PA, DPA ou NPA doit assumer le coût d'un *corporate monitor*¹⁴³⁵. On note également que la SEC a aussi utilisé les *corporate monitors* de façon extensive dans les affaires relatives au FCPA et d'autres lois.

L'approche étatsunienne est de considérer que l'usage des *corporate monitors* et des mécanismes « *self-reporting* » sont des moyens d'assurer que les entreprises ont conscience de la nature sérieuse des violations du FCPA. Une violation du FCPA par une entreprise doit lui servir de leçon et cette dernière doit alors analyser les infractions

¹⁴³³ <http://fcpablog.squarespace.com/>

¹⁴³⁴ OCDE, *United States: Phase 3*, *op.cit.*, p. 35.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, p. 35.

commises et mettre en œuvre des contrôles afin d'éviter des infractions futures¹⁴³⁶. Le fait de sensibiliser le public aux accords réalisés dans le cadre du FCPA crée également de la transparence selon l'avis étatsunien.

En vue de l'efficacité de sa mise en œuvre, le modèle américain des sanctions fait office d'exemple. L'innovation démontrée par les PA, DPA et NPA et l'utilisation des « *corporate monitors* » sont devenues un élément important du paysage juridique pénal étatsunien et ont largement favorisé la forte mise en œuvre du FCPA.

D - Confiscation des produits de la corruption

La revue de la phase 2 aux Etats Unis avait déjà souligné deux autres solutions utilisées en matière de produits de la corruption : *disgorgement* et *forfeiture*.

La SEC utilise le procédé du « *disgorgement* » des biens mal acquis lors des poursuites civiles en matière du FCPA à l'encontre d'un « *émetteur de valeurs* » ou les personnes agissant pour le compte desdits « *émetteur de valeurs* ». Le *disgorgement* est prévu par la *Securities Exchange Act* du 6 juin 1932. Il est ici question de s'assurer que les auteurs des infractions ne profitent pas de leurs activités illicites. De plus, on peut dédommager des investisseurs qui ont été lésés par de telles violations même si techniquement cela n'a pas été prévu explicitement par la loi. On précise néanmoins que le but principal du *disgorgement* est de récupérer des biens mal acquis et ainsi d'éviter l'enrichissement illicite : « *[I]t is simple equity that a wrongdoer should disgorge his fraudulent enrichment* »¹⁴³⁷. Cette technique n'entend pas récupérer une somme plus importante que le profit mal acquis par l'entité concernée.

Le « *disgorgement* » est devenu un remède très utilisé dans la mise en œuvre du FCPA à l'égard des entreprises. La SEC a utilisé le remède du « *disgorgement* » des profits depuis l'entrée en vigueur du FCPA et elle a récupéré par ce moyen des bonus et d'autres bénéfices produits du comportement corrompu des responsables et employés qui ont violé le FCPA. La SEC a également récupéré des commissions faites à des tiers qui ont facilité

¹⁴³⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹⁴³⁷ *Janigan v. Taylor*, 344 F.2d 781, 786 (1st Cir. 1965).

la corruption pour le compte de « *l'émetteur de valeurs* ». En matière de poursuites civiles des violations du FCPA, depuis 2004, le « *disgorgement* » est devenu un outil juridique utilisé régulièrement dans le domaine du FCPA et dans ce cadre, les tribunaux américains ont demandé plus de un milliard de dollars. Le paiement de *disgorgement* en moyenne est de vingt cinq millions de dollars.

On remarque que la SEC avait largement évité le recours au *disgorgement* entre 1977 date de l'entrée en vigueur du FCPA et 2004. Depuis 2004, ce procédé est devenu un recours privilégié du SEC. Cette dynamique a été largement accélérée par le paiement de huit cent millions de dollars par Siemens AG en sanctions américaines aux fins de mettre terme à une enquête en matière du FCPA. Moment critique de l'histoire du FCPA, l'affaire Siemens a changé la façon dont les grandes multinationales appréhendent cette loi fédérale américaine¹⁴³⁸.

Une violation du FCPA peut aussi provoquer la *forfeiture* (procédure civile ou pénale) des avoirs retenus par le corrupteur, qui représentent les produits de la corruption. Cela est cependant rare au niveau pénal puisqu'il constitue la même chose que le *disgorgement* des profits par la SEC¹⁴³⁹. La *forfeiture* des produits de la corruption retenus par l'agent public étranger est logiquement rare puisque le pot-de-vin est localisé dans un pays étranger et les Etats-Unis auraient rarement compétence juridictionnelle sur l'agent corrompu.

Le Groupe de travail de l'OCDE a répété que la confiscation des produits de la corruption est un élément important des sanctions efficaces de la corruption étrangère et on constate que la SEC a souvent obtenu la confiscation des produits (FCPA) à travers le *disgorgement* à l'encontre des émetteurs de valeurs ou ceux qui ont agit pour leur compte. La *forfeiture* (par exemple par le DOJ en matière pénale) pourra jouer un rôle important puisque le *disgorgement* peut servir seulement à l'encontre des « *émetteurs de valeurs* » et ceux qui agissent pour leur compte.

¹⁴³⁸ Entretien avec l'avocat spécialiste du FCP, M. Cohen.

¹⁴³⁹ OCDE, *United States: Phase 3, op.cit.*, p. 42.

Au moins un commentateur juridique¹⁴⁴⁰ remet partiellement en cause le bien fondé juridique de l'utilisation du *disgorgement* par la SEC en matière du FCPA et demande si cela a été l'intention du *Congress* américain de permettre une augmentation aussi importante de l'utilisation de cette méthode. On peut néanmoins difficilement remettre en question l'effet dissuasif des procédures de *disgorgement* lorsque ce dernier est proportionné à l'importance des comportements illicites. L'exemple étatsunien en matière de *disgorgement* semble une piste propice à répliquer ou au moins d'en tirer inspiration. La technique de *disgorgement* utilisée par la SEC en matière FCPA aurait dans les années à venir besoin néanmoins de clarification juridique. En confisquant les profits mal acquis en matière de corruption, le *disgorgement* est un outil extrêmement dissuasif. Reste néanmoins la question de proportionnalité qui doit être réglée puisque la plupart de conventions internationales insistent sur les sanctions « *efficaces, proportionnées et dissuasives* ». On peut également s'interroger sur l'exactitude de l'estimation des profits assujettis au *disgorgement*.

SECTION 2

L'ETUDE DES HYPOTHESES DE CHANGEMENT DE PARADIGME EN MATIERE DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION EN VUE D'UNE EFFICACITE ACCRUE

Pour lutter de manière efficace contre la corruption, il est obligatoirement question d'une volonté politique internationale importante. Cela pourrait se traduire par la reconnaissance de la compétence de la Cour pénale internationale pour incriminer les crimes de corruption (§1). Une deuxième voie - plus novatrice – concerne l'évolution du *corpus de soft law* grandissant qui a trait à la protection des droits de l'homme dans le commerce international (§2).

¹⁴⁴⁰ D. C. WEISS, *op.cit.*, p. 499.

§ 1 - Le rôle potentiel de la répression internationale dans la lutte contre la corruption

Plusieurs commentateurs juridiques estiment que la Cour pénale internationale doit devenir compétente pour connaître des crimes de corruption. Afin d'exposer ce postulat, on rappellera préalablement la place de la corruption dans le contexte de la répression internationale (A). La mutation préconisée pourrait se cristalliser soit à travers la modification du Statut de Rome pour viser la corruption en tant qu'agression économique (B), soit par la reconnaissance de la corruption en tant que crime contre l'humanité (C).

A – La corruption dans le contexte de la répression internationale

1 – L'évolution de la répression internationale : approche synthétique

Dans un intérêt de clarté, on rappellera certains éléments clés de l'évolution de la répression internationale afin d'octroyer un contexte cohérent à notre analyse¹⁴⁴¹.

A la suite de la Première Guerre mondiale, le Traité de Versailles a été signé le 28 juin 1919. Selon l'article 227 du texte « *les puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités. Un tribunal spécial sera constitué pour juger l'accusé en lui assurant les garanties essentielles du droit de défense* ». S'il s'agissait bien de la première commission d'enquête internationale, mais l'exil – et non extradition - de Guillaume II aux Pays-Bas et les procès peu convaincants de la Cour allemande de Leipzig ont pourtant été décrits par le Professeur Bassiouni comme « *a complete farce* »¹⁴⁴².

Les Alliés ont réagi d'une manière juridique plus efficace face aux atrocités de la

¹⁴⁴¹ Voir à ce titre P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, pp 797 – 799 ; M. C. BASSIOUNI, « L'expérience des premières juridictions pénales internationales », in H. ASCENSIO et al., *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 635 – 659 ; M. C. BASSIOUNI, « The International Criminal Court In Historical Context », *op.cit.*, pp. 55 – 67.

¹⁴⁴² M. C. BASSIOUNI, « The International Criminal Court In Historical Context », *op.cit.*, p. 59.

Seconde Guerre mondiale qu'en 1918-1919¹⁴⁴³. A la suite de la Seconde Guerre mondiale, les alliés ont ainsi créé les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg¹⁴⁴⁴ et de Tokyo¹⁴⁴⁵ dans l'optique de châtier les criminels de guerre.

Entre 1951 et 1992, malgré les efforts des Nations Unies - surtout dans leur volonté de créer une cour pénale internationale - on constate une absence de poursuites internationales. On peut souligner à ce sujet une « *double hostilité de l'URSS à la reconnaissance d'une personnalité juridique internationale aux individus et au principe même de toute juridiction internationale* »¹⁴⁴⁶. En 1992, à la suite des violences armées et de graves conflits ethniques dans l'ancienne Yougoslavie, surtout en Bosnie-Herzégovine, le Conseil de Sécurité des Nations Unies s'est inspiré du précédent¹⁴⁴⁷ du Tribunal International de Nuremberg de 1945 et a alors institué un tribunal spécial pour juger les auteurs présumés de violations graves du droit humanitaire dans l'ex-Yougoslavie.¹⁴⁴⁸ Suite aux massacres au Rwanda en 1994 un tribunal *ad hoc* similaire a également été créé¹⁴⁴⁹. On note également l'existence d'un nouveau type de juridiction dit hybride chargé de réprimer les violations graves du droit humanitaire international¹⁴⁵⁰.

Le Statut de la Cour pénale internationale (CPI) a été adopté par la Conférence de Rome le 17 juillet 1998. Il s'agit de « *l'évènement juridique le plus marquant et le plus significatif de l'après-guerre froide. [...] la conception qui a prévalu dans l'élaboration de ce statut est très significative du recul de l'Etat et, plus précisément, du concept classique*

¹⁴⁴³ Voir la Déclaration de Moscou du 1 novembre 1943 ; M. C. BASSIOUNI, « The International Criminal Court In Historical Context », *op.cit.*, p. 60.

¹⁴⁴⁴ Accord de Londres du 8 août 1945.

¹⁴⁴⁵ Décision du Commandement en chef des troupes d'occupation au Japon du 19 juillet 1946.

¹⁴⁴⁶ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 800.

¹⁴⁴⁷ M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 59.

¹⁴⁴⁸ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY).

¹⁴⁴⁹ Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR).

¹⁴⁵⁰ Ce type de juridiction a commencé à voir le jour notamment au Cambodge et en Sierra Leone. L'objectif de ces tribunaux n'est pas de suivre le même modèle du TPIY ou le TPIR mais des instances nationales soumises à un contrôle international des Nations Unies c'est-à-dire les juridictions mixtes qui devraient appliquer partiellement le droit international et le droit national des pays concernés.

de la souveraineté en tant que fondement du droit international »¹⁴⁵¹. Le Statut de la Cour pénale internationale prévoit la compétence de la Cour pour juger les individus présumés coupables de crime de génocide, de crime contre l'humanité, de crime d'agression et de crime de guerre. On note néanmoins le refus de certains Etats puissants de ratifier la convention de Rome – notamment les Etats-Unis, la Russie et la Chine – qui nuit largement à l'effectivité de cette juridiction¹⁴⁵².

La CPI est un organe complémentaire des tribunaux nationaux. Il est question d'une compétence partagée entre les juridictions nationales et cette dernière. En ce sens, selon le statut de Rome, la CPI n'agit qu'en complémentarité des juridictions nationales - les Etats sont tenus de coopérer pleinement avec la CPI lors des enquêtes et poursuites pour les crimes relevant de sa compétence. La coopération prévue par le Statut de Rome se différencie de la coopération prévue par les textes internationaux de lutte contre la corruption notamment parce qu'elle est « *emprunte du sceau de la verticalité et de l'obligatorieté* »¹⁴⁵³.

Le Statut de Rome prévoit un pouvoir de contrôle sur l'action des tribunaux nationaux dont l'objectif est d'éviter que les Etats parties laissent sans punir les responsables des crimes internationaux. L. Louvet souligne en ce sens que le principe « *non bis in idem* » subit une exception importante lorsque la CPI constate, d'une part, que le procès entamé par un tribunal national avait pour optique de soustraire l'accusé de crimes de droit international à toute responsabilité pénale, plus précisément lorsqu'un tribunal national cherche à constituer une impunité judiciaire et, d'autre part, lorsque le

¹⁴⁵¹ M. BENNOUNA, « La Cour pénale internationale », in H. ASCENSIO et al., *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 735 ; voir *ibid.* : « Dès lors, la souveraineté ne peut plus constituer cette enveloppe opaque, protégée par le principe de non-ingérence, derrière laquelle les dictateurs et les grands criminels peuvent s'abriter, en toute impunité, sous prétexte qu'ils défendent l'intérêt général de leur Etat ».

¹⁴⁵² M. GOUNELLE, *op.cit.*, p. 59 ; voir également les commentaires de L. LOUVET, *op.cit.*, pp. 406 – 416, « sous couvert de lutte contre le terrorisme, le gouvernement américain a affirmé craindre des plaintes sans fondement et teintées d'arrière-pensées politiques dirigées contre ses nationaux [...] un arsenal juridique complexe visant l'impunité des nationaux américains a été depuis lors mis en place. Pourtant la Cour sera gouvernée par le principe de complémentarité qui confère aux juridictions nationales la primauté de poursuite et de jugements des crimes ».

¹⁴⁵³ Y. RADI, *op.cit.*, p. 210 « tout d'abord cette coopération vise de très nombreux domaines. Posés à l'article 86 du Statut, l'obligation est ensuite détaillée, article par article, pour toute les phases de l'enquête, jusqu'aux suites du procès. » ; voir en ce sens, articles 86 – 88 du Statut de Rome.

procès n'avait pas été conduit avec impartialité¹⁴⁵⁴.

Le règlement de la Cour a été adopté par les juges le 26 mai 2004. La CPI a ouvert sa première enquête - concernant la situation en République Démocratique du Congo (RDC) - le 21 juin 2004.

2 – L'évolution de la lutte contre la corruption : vers la troisième étape du processus d'internationalisation du droit pénal

Pour comprendre l'évolution potentielle de la lutte contre la corruption sur le plan de la répression internationale, on doit conceptualiser cette notion. Il existe en effet certaines dimensions ou étapes de développement du droit international pénal¹⁴⁵⁵ et il nous importe d'étudier le statut de la corruption à la lumière de ces critères.

La première étape de ce développement « *se limite à l'établissement conventionnel d'une coopération policière et judiciaire entre Etats pour une meilleure application de leurs droits pénaux internes* »¹⁴⁵⁶. Un exemple classique de cela est une convention d'extradition.

La lutte contre la corruption actuelle connaît¹⁴⁵⁷ la deuxième étape du processus d'internationalisation du droit pénal, c'est-à-dire la définition des « *incriminations pénales par des règles internationales, ou au minimum à prévoir leur incrimination, généralement par des conventions multilatérales* »¹⁴⁵⁸. La deuxième étape concerne toujours l'internationalisation normative et non institutionnelle puisqu'il est ici question uniquement de répression par le biais des juridictions nationales. On vise ici l'ubiquité de la répression qui a pour finalité une compétence universelle qui a toujours pour cadre les tribunaux internes.

Dans l'optique de l'efficacité de la lutte contre la corruption, l'espoir serait

¹⁴⁵⁴ L. LOUVET, *op.cit.*, p. 404.

¹⁴⁵⁵ Voir l'analyse du S. SUR, *Le droit international pénal entre l'Etat et la société internationale*, Actualité et Droit international, octobre 2001, (<http://www.ridi.org/adi>), pp. 1 – 10.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 1.

¹⁴⁵⁷ Voir en ce sens l'avis de Y. RADI, *op.cit.*, p. 176.

¹⁴⁵⁸ S. SUR, *op.cit.*, p. 2.

d'amener cette lutte à un processus de transformation vers ce que peut être désigné comme la troisième étape du processus d'internationalisation du droit pénal. En ce sens, il s'agit de la constitution d'une juridiction internationale pénale, compétente pour juger les auteurs d'infractions en vertu d'incriminations résultant de normes internationales, suivant des procédures internationales. On est ici dans le cadre d'une internationalisation supérieure en comparaison aux autres étapes car il s'agit d'une internationalisation institutionnelle qui mène « à l'apparition d'un droit international pénal, au delà du droit pénal international classique reposant sur une coordination des droits et procédures pénaux internes »¹⁴⁵⁹.

L'objectif serait ainsi de dépasser les spécificités nationales pour atteindre « *l'internationalisation normative intégrée du crime de corruption [...]* »¹⁴⁶⁰. C'est en ce sens que Y. Radi suggère que la Cour pénale internationale pourrait en devenir le « *passeur* » et pourrait faciliter la « *cristallisation institutionnelle* » du crime de la corruption¹⁴⁶¹.

Plusieurs commentateurs juridiques s'accordent ainsi sur une approche qui affectionnerait la modification du Statut de Rome afin de connaître les crimes de corruption notamment sous la forme d'une agression économique¹⁴⁶² alors que d'aucuns estiment que la corruption devrait être reconnue comme crime contre l'humanité et être dorénavant visée par la CPI¹⁴⁶³.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 2.

¹⁴⁶⁰ Y. RADI, *op.cit.*, p. 193.

¹⁴⁶¹ Y. RADI, *op.cit.*, p. 193.

¹⁴⁶² Voir par exemple : l'avocat spécialiste du FCPA, R. CASSIN; L. LOUVET, *op.cit.*, pp. 403- 426 ; Y. RADI, *op.cit.*, pp. 169 – 213.

¹⁴⁶³ I. BANTEKAS, « Corruption as an International Crime and Crime Against Humanity – An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies », *Journal of International Criminal Justice*, 2006, n° 4, pp. 466 – 484 ; S. STARR, « Extraordinary Crimes At Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations », *101 Nw.U.L.Rev*, pp. 1257 – 1314.

B – La modification du Statut de Rome : la corruption comme crime d’agression économique

1 – L’identification de la corruption en tant que crime international

Il nous importe d’identifier le statut de la corruption en droit international pénal dans l’optique de savoir si ce crime est réprouvé de manière universelle. Cela est primordial dans notre analyse car la Cour pénale internationale est « *dotée d’une compétence générale [...] a vocation à connaître à terme des crimes universellement réprouvés* »¹⁴⁶⁴.

Depuis fort longtemps et tout particulièrement à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale « *les Etats ont jugé tellement graves certains agissements des individus qu’ils les ont érigé en infractions internationales* »¹⁴⁶⁵. On note que cette dynamique ne répond pas « *à un plan d’ensemble et l’on peut guère qu’énumérer les diverses infractions internationales en suivant l’ordre chronologique de leur apparition* »¹⁴⁶⁶. La liste – non exhaustive - des infractions internationales est la suivante : la piraterie en haute mer (d’origine coutumière), la traite des esclaves, le trafic de stupéfiants, trois infractions distinctes en matière d’interférence illicite dans l’aviation civile internationale, le terrorisme, la circulation et le trafic des publications obscènes, la protection de biens culturels en cas de conflit armé, la protection physique des matières nucléaires et la corruption.

Au moins deux commentateurs juridiques démontrent que c'est la formalisation de la réprobation universelle de la corruption active par les conventions internationales qui l'institue implicitement en crime international conventionnel¹⁴⁶⁷. L'avis de ces auteurs s'accorde en faisant explicitement référence aux écrits de M. le Professeur Bassiouni. Selon ce dernier, certains critères permettent de conclure à l'institution conventionnelle

¹⁴⁶⁴ Y. RADI, *op.cit.*, p. 207.

¹⁴⁶⁵ P. DAILLIER *et al.*, *op.cit.*, p. 780.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 780.

¹⁴⁶⁷ N. KOFEL-KALE, « The Right To A Corruption-Free Society As An Individual And Collective Human Right: Elevating Official Corruption To A Crime Under International Law », *op.cit.*, p. 172 ; Y. RADI, *op.cit.*, p. 178.

d'un crime international par l'accumulation de plusieurs caractères pénaux par les conventions internationales¹⁴⁶⁸. On précise en ce sens que M. le Professeur Bassiouni a dénombré – à travers ces critères - vingt-huit crimes internationaux, dont le vingt-huitième est le « *bribery of foreign public officials* »¹⁴⁶⁹.

On voit par exemple que les conditions du premier critère de M. le Professeur Bassiouni¹⁴⁷⁰ apparaissent amplement remplies. D'une part, la corruption a été depuis longtemps incriminée dans les lois et les constitutions de la plupart des Etats et ces développements sont la preuve des « *expressions of de lege feranda for treating corruption as a crime punishable under international law* »¹⁴⁷¹. D'autre part, on souligne qu'il existe ; depuis plusieurs années une réprobation universelle de la corruption et cela paraît très clair à la lecture des préambules des textes internationaux étudiés par la présente recherche.

Le statut pénal international de la corruption est renforcé davantage par ce que Y. Radi désigne comme le parachèvement du processus de « coutumiérisation » de l'incrimination internationale de la corruption. En effet les traités de lutte contre la corruption conclus à compter de 1996 « *apparaissent avoir cristallisé la norme coutumière*

¹⁴⁶⁸ M. C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers Inc., Ardsley, New York, 2003, pp. 114-115 ; (1) explicit recognition of proscribed conduct as constituting an international crime, a crime under international law, or a crime; (2) implicit recognition of the penal nature of the act by establishing a duty to prohibit, prevent, prosecute and punish; (3) criminalization of the proscribed conduct; (4) duty or right to prosecute; (5) duty or right to punish the proscribed conduct; (6) duty or right to extradite; (7) duty or right to cooperate in prosecution, punishment (including judicial assistance in penal proceedings); (8) establishment of a criminal jurisdictional basis (or theory of criminal jurisdiction or priority in criminal jurisdiction); (9) reference to the establishment of an international criminal court or international tribunal with penal characteristics (or prerogatives); and (10) elimination of the defense of superior orders ; voir également M. C. BASSIOUNI, « The Penal Characteristics of conventional International Criminal Law », 15 CASE W. RES. J. INT'L L., 1983, pp. 27 – 37.

¹⁴⁶⁹ N. KOFELLE-KALE, « The Right To A Corruption-Free Society As An Individual And Collective Human Right: Elevating Official Corruption To A Crime Under International Law », *op.cit.*, p. 170 ; Y. RADI, *op.cit.*, p. 179 ; M. C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. 117.

¹⁴⁷⁰ « *Explicit ou implicit recognition of proscribed conduct as constituting an international crime, or a crime under international law, or a crime.* » : M. C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, *op.cit.*, p. 114.

¹⁴⁷¹ N. KOFELLE-KALE, « The Right To A Corruption-Free Society As An Individual And Collective Human Right: Elevating Official Corruption To A Crime Under International Law », *op.cit.*, p. 170.

*de prohibition de la corruption alors en formation »*¹⁴⁷².

2 – L'idéal de la modification du Statut de Rome

On est ici dans le cadre d'une proposition de modification du Statut de Rome en soulignant que « *le cadre institutionnel international qui constitue la Cour permettrait d'inscrire les négociations interétatiques, et son enjeu, l'incrimination de la corruption, à un niveau proprement supra-étatique* »¹⁴⁷³. La question serait alors de savoir si la corruption serait inscrite dans le statut de la CPI aux côtés du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et du crime d'agression.

Selon l'article 121 du Statut de Rome, « *à l'expiration d'une période de sept ans commençant à la date d'entrée en vigueur du présent Statut, tout État Partie peut proposer des amendements à celui-ci* ». On rappelle le libellé de l'article 123 du Statut de Rome qui dispose que « *sept ans après l'entrée en vigueur du présent Statut, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies convoquera une conférence de révision pour examiner tout amendement au présent Statut. L'examen pourra porter notamment, mais pas exclusivement, sur la liste des crimes figurant à l'article 5. La conférence sera ouverte aux*

¹⁴⁷² Y. RADI, *op.cit.*, p. 182 ; « *un tel rôle « cristallisant », des traités multilatéraux fut reconnu par la C.I.J. dans son arrêt de 1969 rendu en l'affaire du Plateau continental de la Mer du Nord* ». C.I.J., Affaire du Plateau Continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, C.I.J., Recueil, 1969, paragraphe 62, p. 38 ; voir également l'analyse de N. KOFELA-KALE, « *The Right To A Corruption-Free Society As An Individual And Collective Human Right: Elevating Official Corruption To A Crime Under International Law* », *op.cit.*, pp. 172-173 : Pour le Professeur N. Kofele-Kale, on peut conclure que le postulat d'une norme coutumière émergeante qui traite la corruption de crime selon le droit international est soutenu par les points suivants : (i) la proscription et incrimination constantes et répandues de la pratique de la corruption par les Etats ; (ii) la condamnation répandue des actes de corruption reflétée dans les préambules des conventions de lutte contre la corruption des organisations internationales ou encore leurs déclarations et résolutions ; (iii) les déclarations par les Etats lors des dernières années qui démontrent la condamnation universelle des pratiques corrompues par les agents publics (Etat de droit, droits de l'homme, institutions démocratiques...) (iv) un intérêt général dans la coopération afin de réprimer les actes de corruption ; (v) les écrits de publicistes de renommé reconnaissant la corruption comme un élément des crimes économiques internationaux.

¹⁴⁷³ Y. RADI, *op.cit.*, p. 194.

*participants à l'Assemblée des États Parties, selon les mêmes conditions »*¹⁴⁷⁴.

La première Conférence de révision du Statut de Rome a eu lieu à Kampala (Ouganda) du 31 mai au 11 juin 2010. Les États parties de la Cour pénale internationale, des États observateurs, des organisations internationales, des ONG ou encore d'autres participants se sont réunis à Kampala pour débattre d'amendements au Statut de Rome et pour faire le bilan de l'impact du Statut. Les espoirs de voir la corruption d'agent public comme crime à l'égard duquel la Cour aurait compétence n'ont pas été cristallisés. Une preuve de la volonté de donner compétence à la CPI en matière de corruption a été donnée par la chambre des représentants de Belgique qui avait adopté le 17 juillet 2000 une « *proposition de résolution étendant la compétence de la Cour pénale internationale à d'autres délits internationaux graves, en particulier les délits économiques » dans laquelle se trouvait la corruption active et passive de fonctionnaires étrangers* »¹⁴⁷⁵.

La Conférence de révision du Statut de Rome a vu naître un accord sur les modalités de la définition du crime « *d'agression* » et le régime de l'exercice de la compétence de la Cour à l'égard de ce crime. Néanmoins, les conditions d'entrée en vigueur adoptées à Kampala disposent que la Cour pénale internationale ne pourra exercer sa compétence à l'égard dudit crime qu'à partir du 1er janvier 2017, date à compter de laquelle les États parties devront prendre une décision pour activer la compétence. Lors de l'entretien avec l'auteur de la présente recherche, le Docteur Ph. Webb¹⁴⁷⁶ a souligné que même si la Conférence de Révision a connu des propositions en amont relatives à certains crimes relatifs à la drogue ou encore des armes nucléaires, la question de la corruption n'a pas été débattue sérieusement. Cela n'empêcherait pas la CPI de viser néanmoins la corruption d'agent public dans l'avenir. Il est évidemment tâche ardue de trouver ici un accord et il va sans dire qu'on est ici dans une problématique de volonté politique. L'exemple des crimes relatifs au terrorisme démontre que les Etats sont réticents de voir formuler une définition qui est trop large ou trop vague. En effet une telle définition aurait un champ d'application étendu et il est peu probable que cela soit le désir des Etats.

¹⁴⁷⁴ <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ECB09E5F-26B0-48CD-862B-A9D6A191FC32/0/RomeStatuteFra.pdf>.

¹⁴⁷⁵ Y. RADI, *op.cit.*, p. 193.

¹⁴⁷⁶ Entretien à Paris le 24 juin 2011.

On note que la thèse de A. Genevois écarte la solution de complémentarité retenue par la Cour pénale internationale dans « *la mesure où les Etats sont largement complices dans la plupart des cas et que l'on ne peut envisager, dans une logique d'équité et d'égalité du système de répression [...] un système dans lequel la Chine [...] et les USA ne seraient pas soumis* »¹⁴⁷⁷. La thèse écarte l'idée également d'une approche semblable du type TPI pour l'ex-Yougoslavie qui exerce sa compétence sans le consentement des états concernés en disposant d'un pouvoir d'auto saisine et de dessaisissement des autorités judiciaires nationales.

Cette solution est certes difficilement envisageable pour l'instant mais s'apparente à une des voies salvatrices qui s'offrent à une lutte qui pourrait bien être en perte de vitesse.

C - La corruption incriminée par la Cour pénale internationale en tant que crime contre l'humanité

Ici l'hypothèse de mutation se nuance parce qu'il ne s'agit pas d'une proposition de modification du Statut de Rome mais une approche – selon au moins deux commentateurs juridiques – soutenant que le crime de la corruption peut être qualifié de « *crime contre l'humanité* ». Il n'est pas forcément question ici des formes de corruption active qui sont visées notamment par le FCPA et la convention de l'OCDE. Ce qui nous concerne ici est surtout la question de la corruption passive, notamment par les hauts responsables étatiques. Il s'agit ce que l'on peut désigner comme « *grande corruption* » (*grand bribery*) « *c'est-à-dire la corruption à grande échelle, à travers laquelle certains oligarques orientent la formation des normes législatives à leur profit, influent sur toutes les décisions politiques de l'exécutif et imposent leurs interprétations au système judiciaire, tout en ayant un pouvoir de pression considérable sur le quatrième pouvoir, celui de la presse* »¹⁴⁷⁸.

L'article 6 (c) de la Charte de Nuremberg a défini les crimes contre l'humanité pour la première fois de la manière suivante : « *l'assassinat, l'extermination, la réduction en*

¹⁴⁷⁷ A. GENEVOIS, *op.cit.*, p. 50.

¹⁴⁷⁸ P. JANOT, *op.cit.*, p. 429 : selon cet auteur, il s'agit même d'une capture d'Etat à travers tous ses organes de pouvoir et de contre pouvoir.

esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

L'article 7 (1) du Statut de la Cour pénale internationale, lui, précise la notion de crime contre l'humanité en fournissant une liste d'actes pertinents lorsqu'un tel acte est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque¹⁴⁷⁹.

On note à la lecture de la Charte de Nuremberg que la plus grande différence entre la notion de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre est que les premiers sont commis par des combattants contre la population civile alors que les seconds sont commis par un combattant contre un autre combattant¹⁴⁸⁰. D'après la pratique des Etats et des cours pénales internationales, aucun lien n'est exigé entre les crimes contre l'humanité et les conflits armés. Pour les besoins de clarté juridique, cela entend que de tels crimes peuvent être commis même en temps de paix.

1 – Corruption et « déportation ou transfert forcé de population »

Pour M. le Professeur Bantekas¹⁴⁸¹ un crime contre l'humanité pourrait être commis à l'encontre d'une population civile par le biais de la corruption. C'est en ce sens que de

¹⁴⁷⁹ « a) Meurtre ; b) Extermination ; c) Réduction en esclavage ; d) Déportation ou transfert forcé de population ; e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; f) Torture ; g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ; i) Disparitions forcées de personnes ; j) Crime d'apartheid ; k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ».

¹⁴⁸⁰ M. C. BASSIOUNI, « The International Criminal Court In Historical Context », *op.cit.*, p. 59 : Cette différence avait pour conséquence que les crimes du régime Nazi avant 1939 n'ont pas pu être poursuivis puisqu'il n'y avait pas de *nexus* à la guerre. De ce fait, les Nazis ont échappé aux poursuites pour les crimes commis avant 1939.

¹⁴⁸¹ I. BANTEKAS, *op.cit.*, pp. 474 – 476.

telles pratiques augmenteraient l'éventail des actes considérés comme des attaques pour y inclure la déportation et le transfert forcé des populations ou encore l'extermination.

Pour la définition de « *déportation ou transfert forcé de population* » on doit se reporter à l'article 7 (2) (d) du Statut de la CPI : « *on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international* »¹⁴⁸². Une hypothèse de corruption peut servir pour illustrer comment un crime de corruption peut constituer un crime contre l'humanité¹⁴⁸³. L'hypothèse ici concerne un pays en voie de développement qui - par le biais de son gouvernement corrompu - déplace une population locale sans prendre de mesures pour prévoir leurs moyens de vie future, afin d'octroyer des terres et des droits miniers à des investisseurs étrangers. Dans cette hypothèse, d'une part le processus coûterait la vie (meurtre par les forces de sécurité) des personnes qui ne veulent pas se déplacer et d'autre part, le contrat entre l'investisseur et le gouvernement rendrait pratiquement impossible l'accès à la nourriture et aux médicaments à la population civile pendant dix ans.

Apporter la preuve de l'élément matériel de l'infraction serait moins ardu que celle de l'élément moral et on rappelle en ce sens que selon l'article 30 (1) du statut de la CPI : « *Sauf disposition contraire, nul n'est pénallement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance* »¹⁴⁸⁴. M. le Professeur Bantekas¹⁴⁸⁵ souligne néanmoins que l'article 30 (2) (b) dispose qu'il y a intention au sens de cet article lorsque « *relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements* »¹⁴⁸⁶. Un tel élément de dol suffit pour tenir les membres du gouvernement responsables pour les

¹⁴⁸² <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ECB09E5F-26B0-48CD-862B-A9D6A191FC32/0/RomeStatuteFra.pdf>.

¹⁴⁸³ I. BANTEKAS, *op.cit.*, pp. 474 – 476.

¹⁴⁸⁴ <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ECB09E5F-26B0-48CD-862B-A9D6A191FC32/0/RomeStatuteFra.pdf>.

¹⁴⁸⁵ I. BANTEKAS, *op.cit.*, p. 474.

¹⁴⁸⁶ <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ECB09E5F-26B0-48CD-862B-A9D6A191FC32/0/RomeStatuteFra.pdf>.

crimes contre l'humanité commis contre sa propre population en temps de paix en les plaçant dans des conditions de vie qui dans « *le cours normal des événements* » les priveraient de l'accès à une alimentation suffisante et à des soins médicaux.

2 – Corruption et « *autres actes inhumains* »

Pour Mme le Professeur Starr, il serait également question d'utiliser le Statut de Rome actuel et d'incriminer la corruption en tant que crime contre humanité¹⁴⁸⁷. A l'encontre de M. Professeur Bantekas, selon Mme le Professeur Starr, l'article le mieux disposé à la réalisation de ce processus est l'article 7 (1) (k) du Statut de Rome. Dans la liste des crimes contre l'humanité lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque on retrouve les « *autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale* ». On note que les éléments de crime¹⁴⁸⁸ permettent la CPI à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8 du Statut de Rome. Mme le Professeur Starr a établi une liste de sept critères qui englobent à la fois les dispositions de l'article 7 (1) (k) et des éléments de crime¹⁴⁸⁹ pour démontrer qu'il n'est pas nécessaire de définir l'infraction de corruption puisque dans la mesure où la nature de l'infraction remplit les critères du Statut, elle serait reconnue comme un crime contre l'humanité.

Résumé des propositions d'évolution juridique en matière de la répression internationale de lutte contre la corruption

Malgré l'aspect idéaliste de telles propositions, il paraît clair que la CPI est « *l'institution la plus à même de centraliser à l'échelon international le contentieux de la*

¹⁴⁸⁷ S. STARR, « *Extraordinary Crimes At Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations* », *op.cit.*, pp. 1257 – 1314.

¹⁴⁸⁸ Les éléments des crimes ci-après aident la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8 conformément au Statut ; <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7730B6BF-308A-4D26-9C52-3E19CD06E6AB/0/ElementsOfCrimesFra.pdf>.

¹⁴⁸⁹ There was an inhumane act; this act was "of a similar character" to any of the other acts listed in Article 7(1); the act caused great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health; these consequences were intentional, in that the accused was aware of the factual circumstances giving rise to them; the act was part of an attack directed against any civilian population; the attack was widespread or systematic; and the accused knew that his act was connected to this attack.

corruption internationale »¹⁴⁹⁰. Les avantages de la concrétisation de cette mutation sont nombreux et combleraient les manques importants du dispositif juridique international actuel. M. le Professeur Banketas rappelle que cela aurait pour conséquence - au vu de la compétence de la CPI - que l'incrimination des crimes de corruption connaît une compétence universelle. Les sanctions pénales dans le cadre de la CPI seraient plus sévères que le régime de sanctions actuelles des conventions internationales¹⁴⁹¹. Cette approche offre également les possibilités concrètes en matière de recouvrement des avoirs. On note en effet que la CPI a compétence d'ordonner la restitution des avoirs comme sanction et peut ordonner le gel des avoirs lors de l'enquête¹⁴⁹². De plus, les sources des paiements corrompus étrangers pourraient se tarir lorsqu'un Chef d'Etat se voit attribuer le statut de criminel international, et les banques étrangères seraient moins volontaires à « *cacher* » les avoirs pertinents. Les poursuites internationales contribueraient également à la transparence, en dévoilant le rôle des entreprises étrangères avec la possibilité de les voir poursuivies dans leurs pays d'origine¹⁴⁹³.

On note en dernier lieu que la solution de la CPI serait avantageuse sur le plan procédural et au niveau de la coopération juridique interétatique. Les potentialités de coopération judiciaire prévue par le Statut de Rome pourraient enfin répondre enfin à l'Appel de Genève alors que « *les modalités de saisine de la CPI paraissent bien plus à même de permettre l'exercice de telles poursuites* »¹⁴⁹⁴.

§2 - Une métamorphose souhaitable de la lutte contre la corruption : le respect par les sociétés multinationales des droits de l'homme

La protection des droits de l'homme dans le cadre du commerce international peut faire l'objet d'un nouveau paradigme qui doit bénéficier à la lutte contre la corruption (D). En effet l'affirmation des droits de l'homme peut être considérée comme un moyen de

¹⁴⁹⁰ Y. RADI, *op.cit.*, p. 207.

¹⁴⁹¹ I. BANTEKAS, *op.cit.*, p. 475.

¹⁴⁹² Voir à ce sujet Statut de Rome, arts. 77, 86-87, 93, 109.

¹⁴⁹³ S. STARR, « Extraordinary Crimes At Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations », *op.cit.*, pp. 1286 – 1290.

¹⁴⁹⁴ Y. RADI, *op.cit.*, p. 209.

lutter contre la corruption (A). Certains indicateurs soulignent l'évolution d'un *corpus* de normes grandissant en la matière (B). Il faut à ce sujet mettre tout particulièrement en lumière le travail des Nations Unies mené par M. le Professeur Ruggie (C).

A - Corruption et droits de l'homme

La lutte contre la corruption peut raisonnablement espérer profiter de l'élan récent concernant le respect par les sociétés multinationales des droits de l'homme. On rappelle en ce sens que la corruption peut nuire gravement aux droits de l'homme. La corruption se heurte à la relation d'échange et empêche toute réciprocité qui peut léser de façon considérable aux relations interindividuelles. Les droits de l'homme sont incompatibles avec la corruption qui « va de pair avec les discriminations et les inégalités, notamment devant la justice »¹⁴⁹⁵. C'est ainsi que l'Etat de droit même est menacé, car la corruption « [en ébranle] les piliers que sont aujourd'hui « la séparation des pouvoirs et l'institutionnalisation des droits de l'homme »¹⁴⁹⁶. La corruption s'apparente en ce sens à « l'envers des droits de l'homme »¹⁴⁹⁷. Le préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements »¹⁴⁹⁸. On voit par cette déclaration que « l'affirmation des droits de l'homme se présente comme un moyen de lutter contre la corruption »¹⁴⁹⁹.

Le droit d'une société d'être libre de toute corruption est, selon M. le Professeur Kofele-Kale, un droit humain fondamental puisque la vie, la dignité et d'autres valeurs humaines dépendent de ce droit. En d'autres termes il s'agit d'un droit *sans* lequel ces valeurs essentielles perdent leurs sens¹⁵⁰⁰. Une manière de justifier cette

¹⁴⁹⁵ M. HUNAULT, *op.cit.*, p. 10 ; voir également *ibid.*, p. 10 : la corruption « porte atteinte au droit de propriété en favorisant des appropriations abusives par des manipulations de cadastre ».

¹⁴⁹⁶ P. TRUCHE, M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 716.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 716.

¹⁴⁹⁸ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; <http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm>.

¹⁴⁹⁹ E. ALT, I. LUC, *op.cit.*, p. 5.

¹⁵⁰⁰ N. KOFELE-KALE, « The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime Under International Law », *op.cit.*, p. 163.

approche est par le postulat que le droit à une société libre de la corruption découle du droit d'un peuple d'exercer leur droit de souveraineté permanente sur leurs richesses et leurs ressources naturelles, ce qui peut être désigné comme « *economic self-determination* » reconnu à l'article 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966¹⁵⁰¹.

La lutte contre la corruption fait alors intrinsèquement partie d'un ensemble plus large qui comprend la lutte pour la protection des droits de l'homme dans le commerce mondial ou au moins dans le cadre des sociétés multinationales, qui agissent trop souvent dans l'impunité. Le comportement des entreprises peut prendre plusieurs formes et peut toucher à des aspects différents de la justice sociale, tel que les questions relatives au travail, la santé et sécurité au travail ou encore la protection de l'environnement¹⁵⁰².

Le comportement éthique des entreprises dans le commerce mondial est un sujet d'actualité et c'est par le biais de la protection des droits de l'homme que certaines OIG – notamment les Nations Unies – ont souhaité lutter contre ce phénomène.

¹⁵⁰¹ « 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. 2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance. » ; L'adoption de plusieurs instruments par les Nations Unies - Par exemple la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962 : « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles» - a élargi le sens de la notion du « *patrimoine du peuple* » qui ne comprend pas seulement les richesses découlant des ressources naturelles mais toutes les « *wealth-generating activities* » de la société. Le Professeur Kofele-Kale souligne alors que le droit de l'exercice de la souveraineté à l'égard des richesses et ressources naturelles d'un Etat implique deux choses. D'une part, le droit d'un Etat d'exercer la réglementation des richesses et ressources naturelles et d'autre part le droit de tous les peuples au sein de l'Etat de pouvoir disposer et exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles dans l'intérêt suprême du développement national. Dans les deux cas, l'objectif final est « *self-determination* ». De plus le droit à une société libre de la corruption implique également un droit collectif au développement.

¹⁵⁰² L. VAN DEN HERIK, J. LETNAR CERNIC, « Regulating Corporations Under International Law From Human Rights To International Criminal Law And Back Again », *8 J. Int'l Crim. Just.*, 2010, p. 729.

B – Les indicateurs du développement croissant de la protection des droits de l'homme dans le commerce international

Il existe certains indicateurs du développement majeur de l'approche alliant les droits de l'homme et le commerce international. On analysera notamment deux d'entre eux : le Pacte mondial (1) et puis les nouveaux développements au sein de l'OCDE (2). Ces instruments constituent des outils de sécurisation des investissements étrangers ; ils représentent le vecteur du développement des bonne relations entre les Etats et également entre investisseurs et tous ceux qui sont directement ou indirectement intéressés par leurs activités tels celles et ceux qui travaillent pour le projet (employés, sous-traitants, etc.), les communautés locales et les populations¹⁵⁰³.

1 – Le Pacte mondial des Nations Unies

Le premier exemple de cette tendance est l'adoption par les Nations Unies du Pacte mondial¹⁵⁰⁴. Il est question ici d'un pacte par lequel des entreprises s'engagent à aligner leurs opérations et leurs stratégies sur dix principes universellement acceptés, touchant les droits de l'homme, les normes de travail, l'environnement et la lutte contre la corruption. Le premier objectif affiché de ce Pacte est de promouvoir la légitimité sociale des entreprises et des marchés. Pour les Nations Unies, les pratiques commerciales responsables sont celles qui favorisent un climat de confiance et la mise en valeur du « capital social » et qui contribuent ainsi, à la viabilité des marchés et au développement¹⁵⁰⁵. La phase opérationnelle du Pacte mondial a été lancée le 26 juillet 2000.

Le Pacte mondial vise très clairement la protection des droits de l'homme au sein

¹⁵⁰³ S. BRABANT, *Les entreprises ne peuvent plus ignorer les droits de l'homme*, op.cit.

¹⁵⁰⁴ Selon le site internet des Nations Unies le Secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, a évoqué l'idée du Pacte Mondial dans un discours prononcé au Forum économique mondial de Davos, le 31 janvier 1999. Le Secrétaire général a invité les dirigeants d'entreprise à se joindre à une initiative internationale - le Pacte Mondial - qui rassemblerait les entreprises et les organismes des Nations Unies, le monde du travail et la société civile autour de neuf principes universels relatifs aux droits de l'homme, aux normes du travail et à l'environnement. Depuis le 24 juin 2004, le Pacte Mondial compte un dixième principe relatif à la lutte contre la corruption.

¹⁵⁰⁵ <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>.

des deux premiers principes : 1) Les entreprises sont invitées à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'homme ; 2) les entreprises sont invitées à veiller à ne pas se rendre complices de violations des droits de l'homme. Pour les Nations Unies la progression constante de cet impératif moral est liée au fait de reconnaître qu'un bon bilan sur le plan du respect des droits de l'homme favorise en principe l'amélioration des performances commerciales¹⁵⁰⁶. La lutte contre la corruption est très clairement liée à cette démarche puisque le principe dix dispose que « *les entreprises sont invitées à agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin* »¹⁵⁰⁷.

Les entreprises ayant adhéré au Pacte mondial s'engagent à appliquer les dix Principes du Pacte et à les intégrer à leurs stratégies et activités. En termes simples et concrets, l'application des principes du Pacte mondial consiste tout d'abord en un engagement, puis en l'élaboration de politiques et de stratégies, dans l'action à proprement parler, et, enfin, dans la communication sur les progrès accomplis. L'important n'est pas tant la performance de l'entreprise au moment de l'adhésion au Pacte, mais plutôt l'engagement de l'entité en question de se transformer et de s'améliorer en permanence¹⁵⁰⁸.

Si le Pacte mondial connaît de nombreuses lacunes on doit souligner néanmoins son potentiel important et ceci à travers trois points¹⁵⁰⁹. Premièrement, le Pacte mondial constitue une reconnaissance subtile d'autres efforts en la matière tels que le travail de l'OCDE. Deuxièmement, le Pacte mondial encourage la participation de la société civile dans ce processus et cela renforce leur légitimité à l'égard des sociétés multinationales. Les ONG ont à ce niveau un potentiel d'influence très important. En dernier lieu, on remarque que le Pacte mondial ressemble à un partenariat entre les Nations Unies et les entreprises. Cela est particulièrement important puisque les entreprises ne sont pas traditionnellement perçues comme des sujets de droit international. C'est les Etats qui mettent en œuvre des dispositions des conventions internationales à l'égard des entreprises. L'intérêt à long

¹⁵⁰⁶ <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>.

¹⁵⁰⁷ http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/dix_principes.html.

¹⁵⁰⁸ http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/ATS_FR.pdf.

¹⁵⁰⁹ E. OSHIONEBO, « The U.N. Global Compact And Accountability Of Transnational Corporations : Separating Myth From Realities », *19 Fla. J. Int'l L.*, 2007, p. 30.

terme est alors de viser une responsabilité des personnes morales en droit international.

Ainsi le Pacte mondial semble donner un élan à un mouvement qui va dans ce sens, c'est-à-dire demander des comptes aux sociétés multinationales et dépasser le protectionnisme traditionnel des Etats dont les intérêts financiers sont en jeu.

2 – Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales

Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sont des recommandations non contraignantes adressées aux entreprises par les gouvernements qui y ont souscrits. Leur objectif est d'aider les entreprises multinationales à agir en conformité avec les politiques gouvernementales et les attentes de la société¹⁵¹⁰.

Le 25 mai 2011 les ministres de l'OCDE et des économies en développement ont entériné de nouveaux Principes directeurs destinés à promouvoir un comportement plus responsable de la part des entreprises multinationales dans les transactions internationales ainsi qu'une seconde série de recommandations visant à limiter l'utilisation des « *minerais des conflits* ». Ces Principes directeurs intègrent de nouvelles recommandations qui concernent la violation des droits de l'homme et la responsabilité des entreprises tout au long de la chaîne d'approvisionnement, ce qui en fait le premier accord intergouvernemental dans ce domaine.

Les principes directeurs imposent aux entreprises de respecter les droits de l'homme dans tous les pays avec lesquels elles travaillent¹⁵¹¹.

Ces nouveaux principes directeurs comprennent le chapitre sur les droits de l'homme en s'appuyant notamment sur le travail de M. le Professeur Ruggie, Représentant spécial des Nations Unies pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. Les nouveaux principes élargissent le champ d'action des recommandations. En effet, au-delà des anciens principes qui concernaient l'environnement, les sciences et technologies ou encore la corruption, ils comprennent un chapitre sur les droits de l'homme qui s'appuie directement sur le travail du

¹⁵¹⁰ http://www.oecd.org/department/0,3355,fr_2649_34889_1_1_1_1,1,00.html.

¹⁵¹¹ http://www.oecd.org/document/62/0,3746,fr_21571361_44315115_48035326_1_1_1_1,1,00.html.

Professeur Ruggie.

Il est question pour les entreprises de « *respecter les droits de l'homme internationalement reconnus vis-à-vis des personnes affectées par leurs activités* »¹⁵¹². Le chapitre IV est consacré aux droits de l'homme et est ouvertement inspiré « *du cadre pour les entreprises et les droits de l'homme « Protéger, respecter et réparer » établi par les Nations Unies et est conforme à ses lignes directrices de mise en œuvre* »¹⁵¹³. De plus, le texte de l'OCDE dispose que dans tous les cas et indépendamment du pays ou du contexte spécifique dans lequel s'inscrivent les activités des entreprises, il faut se référer pour le moins aux droits de l'homme reconnus internationalement exprimés dans la Charte internationale des droits de l'homme, qui comprend la Déclaration universelle des droits de l'homme et les principaux instruments d'après lesquels elle a été codifiée : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'aux principes concernant les droits fondamentaux exposés dans la Déclaration de l'Organisation internationale du travail de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail¹⁵¹⁴.

Le nouveau chapitre recommande aux entreprises « *d'exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme* »¹⁵¹⁵. Cela constitue un processus qui implique l'évaluation des incidences réelles et potentielles sur les droits de l'homme, l'intégration des résultats et le fait d'engager des actions correspondantes, de suivre les réponses et de faire connaître les mesures prises pour parer aux incidences.

La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme peut être intégrée dans les systèmes généraux de gestion des risques de l'entreprise, à condition qu'ils ne se limitent pas à identifier et gérer les risques significatifs pour l'entreprise proprement dite,

¹⁵¹² Point II (A), OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*, Réunion ministérielle du 25 mai 2011, p. 19, <http://www.oecd.org/dataoecd/43/30/48004355.pdf>.

¹⁵¹³ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*, Réunion ministérielle du 25 mai 2011, p. 19, <http://www.oecd.org/dataoecd/43/30/48004355.pdf>.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 34.

¹⁵¹⁵ *Ibid.* p. 36.

mais s'étendent aux risques pour les détenteurs de droits.

Cette action de la part de l'OCDE est encore une preuve de l'influence croissante des droits de l'homme dans le monde des entreprises. De plus, il est clair que le travail onusien se développe, se propage et devient une part entière du monde des entreprises.

C - Le travail du Professeur J. Ruggie : Représentant spécial des Nations Unies pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises

La lutte contre la corruption internationale est peut être à l'aube d'une nouvelle ère. En vue de la nécessité d'adopter des mesures au niveau mondial qui s'appliqueraient aussi aux entreprises, même si elles ne peuvent être contraignantes, le 24 mars 2011, les Nations Unies ont publié les «*Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies*»¹⁵¹⁶ et ces principes ont été affirmés par le Conseil des droits de l'homme le 16 juin 2011. C'est la première fois que le Conseil des droits de l'homme a approuvé un texte normatif qui n'a pas été négocié par les gouvernements eux-mêmes. Ces principes proposent pour la première fois, des critères mondiaux dont l'objet est de prévenir et faire face aux dangers pour les droits de l'homme dans les activités commerciales. Ce cadre est surtout destiné aux Etats et entreprises lors de la négociation des contrats d'investissement dans l'optique de permettre tant aux investisseurs qu'aux Etats de mieux appréhender les dispositions contractuelles qui pourraient avoir des conséquences sur les droits de l'homme.

C'est un Professeur de l'Université de Harvard, J. Ruggie, dans son rôle de Représentant spécial des Nations Unies pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises qui a mené six ans de recherche et de consultation dans ce cadre. Son travail a concerné des gouvernements, des entreprises, la société civile, des individus, des groupes ou encore des investisseurs partout dans le

¹⁵¹⁶ <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-principes-directeurs-21-mars-2011.pdf>.

monde.

Au sein du cadre onusien, les principes sont repartis en trois piliers selon le triptyque « *Protéger, Respecter et Réparer* » : le devoir étatique de protection à l’égard des abus des droits de l’homme par des tiers - comprenant des entreprises – à travers des bonnes pratiques, de la régulation et de l’adjudication ; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l’homme qui entend que les entreprises devraient agir dans le devoir « appropriée-raisonnable » de diligence¹⁵¹⁷ pour éviter l’abus des droits des tiers et pour faire face aux conséquences négatives de leurs actes et ; le besoin d’un plus grand accès aux recours en réparation pour les victimes des abus liés au commerce, que cela soit judiciaires ou non¹⁵¹⁸.

Chaque pilier du triptyque est une composante essentielle d’un système interdépendant et dynamique de mesures de prévention et de réparation: l’obligation de protéger incombe à l’État car c’est le cœur même du régime international des droits de l’homme; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l’homme car la société attend d’elles au minimum qu’elles les respectent; et l’accès à des mesures de réparation parce que même les efforts les plus concertés ne peuvent pas prévenir toutes les pratiques abusives¹⁵¹⁹.

Selon l’avocat spécialiste du FCPA, Richard Cassin¹⁵²⁰, le travail de M. le Professeur Ruggie a pour objectif d’attirer l’attention au devoir – jusqu’alors non contraignant – de faire du commerce dans le respect des droits de l’homme. En soulignant ces questions, le travail du Professeur Ruggie amène ce dialogue et ce débat vers des salles de conseils des entreprises.

Dans un deuxième temps, le travail de M. le Professeur Ruggie encouragera des praticiens formés dans le conseil en entreprises en matière de *compliance* d’élargir l’éventail de leurs services afin de fournir des conseils en matière du respect des droits de

¹⁵¹⁷ Traduction de la notion anglo-saxonne de « due diligence ».

¹⁵¹⁸ <http://www.fcpablog.com/blog/2011/4/25/respecting-human-rights-through-due-diligence.html>.

¹⁵¹⁹ <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-principes-directeurs-21-mars-2011.pdf>.

¹⁵²⁰ Entretien avec l’auteur de la présente recherche le 27 juillet 2011.

l’homme. Les entreprises qui sont conseillées dans ce domaine verraient, selon le cas, les drapeaux rouges signalant d’éventuelles violations de droits de l’homme dans l’affaire qu’elles voulaient conclure. On pourrait alors imaginer qu’une telle entreprise éviterait de traiter avec des personnes soupçonnées de telles violations.

En dernier lieu, le travail de M. le Professeur Ruggie recentrerait le débat au sein des gouvernements vers le domaine de la responsabilité des personnes morales en matière des droits de l’homme. Les ONG pourraient aussi jouer un rôle essentiel dans le développement de ces principes. En effet, il sera de plus en plus important pour les entreprises de prendre en compte le respect des droits de l’homme lors de la négociation de contrats internationaux avec les Etats. Les investisseurs seront plus particulièrement « *sous l’œil attentif de ces nouveaux "juges de l’éthique" des droits de l’homme – aussi qualifiés de "tribunal de l’opinion publique" – que sont les ONG, la presse, les marchés et organismes financiers internationaux et nationaux* »¹⁵²¹.

A mesure que les entreprises de par le monde prennent en compte les abus des droits de l’homme à travers le devoir de diligence, les connaissances et expériences des entreprises, qui disposent déjà des systèmes de prévention des impacts négatifs du commerce, deviendraient une ressource précieuse pour les entreprises¹⁵²². Le cadre donné par les travaux de M. le Professeur J. Ruggie est une étape importante vers l’établissement d’autres critères plus concrets à l’égard des entreprises et gouvernements¹⁵²³. Il fourni une base et un tremplin pour évoluer du *soft law* vers des normes précises et juridiquement contraignantes.

Par une résolution du 16 juin 2011 adoptée sans vote, le Conseil des droits de l’homme a décidé de créer un groupe de travail pour une période de trois ans sur la question des droits de l’homme et des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales. Le Conseil des droits de l’homme a prié ce Groupe de travail de promouvoir la diffusion efficace et globale, ainsi que la mise en œuvre des Principes

¹⁵²¹ S. BRABANT, *op.cit.*

¹⁵²² <http://www.fcpablog.com/blog/2011/4/25/respecting-human-rights-through-due-diligence.html>.

¹⁵²³ C. JOCHNICK, N. RABAEUS, « Business And Human Rights Revitalized: A New Un Framework Meets Texaco In The Amazon », *33 Suffolk Transnat'l L. Rev*, 2010, p. 437.

directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme proposés par le Représentant spécial sur la question¹⁵²⁴. Ces principes posent notamment le devoir de l'Etat de protéger contre toute atteinte aux droits de l'homme par les sociétés et compagnies privées et la responsabilité des sociétés de respecter les droits de l'homme, ce qui implique pour elles d'éviter d'empêter sur les droits d'autrui, de remédier aux impacts négatifs susceptibles de se produire du fait de leurs activités et de faire en sorte que les victimes aient accès à de véritables réparations, juridiques ou autres¹⁵²⁵.

La tendance est à l'émergence d'une reconnaissance par des institutions à vocation universelle et régionale que la corruption est une violation des droits de l'homme fondamentaux.

D – Les entreprise et les droits de l'homme : vers un nouveau paradigme juridique international

Depuis plusieurs années, le débat mondial – notamment à travers le travail de M. le Professeur Ruggie - sur les rapports entre le commerce et les droits de l'homme n'a cessé de croître¹⁵²⁶. En effet, les activités des entreprises multinationales ont souvent provoqué les violations des droits de l'homme et étant donné le manque de protection institutionnelle à ce niveau, des entreprises multinationales peuvent exploiter ces lacunes et le manque de protection de ces droits¹⁵²⁷.

Est-ce que le droit international peut représenter la solution pour la mise en œuvre

¹⁵²⁴ <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11165&LangID=F>.

¹⁵²⁵ http://www.aidh.org/ONU_GE/conseilddh/11/17_rapp_dh_sté_trans.htm.

¹⁵²⁶ On peut dans un premier temps souligner que les tentatives onusiennes des années 1970 et 1980 ont connu peu de réussite et n'ont pas pu concrétiser un cadre pour les sociétés multinationales dans ce domaine. C'est sans doute par le biais du corpus croissant de *soft law* en la matière qu'un nouveau paradigme pourrait être réalisé. Malgré le fait que le texte n'a pas été adopté par la Commission des droits de l'homme de l'ONU, on peut citer à ce sujet notamment les « *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises* » du 13 août 2003 et qui peut constituer un point de départ. <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridocda.nsf/0/fa319e648a7b3389c1256d5900459385?Open document> ; L. VAN DEN HERIK, J. LETNAR CERNIC, *op.cit.*, p. 734.

¹⁵²⁷ J. LETNAR CERNIC, « Two Steps Forward, One Step Back: The 2010 Report By The Un Special Representative On Business And Human Rights », *11 German L.J.*, 2010, p 1264

des droits de l'homme dans le contexte du commerce international et par ce biais constituer une arme potentielle pour la lutte contre la corruption ?

Le débat sur les droits de l'homme et le commerce est une question juridique complexe puisque l'on vient ici au cœur de la problématique de la reconnaissance de la responsabilité des personnes morales au niveau du droit international. Même si ce débat dépasse largement le cadre de la présente recherche on doit y faire référence. D'une part parce qu'il faut trouver à long terme la solution juridique pour concrétiser la volonté exprimée par les travaux, notamment de M. le Professeur Ruggie. D'autre part puisque les entreprises transnationales -corruptrices ou non - ont pris une telle place dans le monde qu'il faut trouver une réponse juridique à la hauteur de leur influence « *d'autant plus que certaines [entreprises internationales] ont une puissance financière qui dépasse le budget de nombreux Etats* »¹⁵²⁸.

Traditionnellement, les conventions et traités internationaux s'appliquent aux Etats et non aux entreprises. Cela constitue le centre de la problématique puisque comme l'exprime P. Janot, ces entreprises installent leurs activités juridiques « *entre deux ordres juridiques peu capables de les sanctionner efficacement* »¹⁵²⁹. En effet les personnes morales « *ne sont en principe destinataires des règles de droit international que par la médiation d'un ordre juridique étatique* »¹⁵³⁰. Il n'a pas été possible d'imposer aux entreprises des normes internationales juridiquement contraignantes et l'article 2¹⁵³¹ de la convention de l'OCDE en est un bon exemple. En effet, cet article entend réguler le comportement des entreprises dans le commerce international mais cela est fait par le biais du droit interne, et la marge de manœuvre laissée aux Etats parties est très (trop) importante puisque cette disposition prend en compte les principes juridiques de chaque partie. Une des conséquences en est alors les situations de non coïncidence importantes.

¹⁵²⁸ P. JANOT, *op.cit.*, p. 427.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, p 429 : selon cet auteur « *le droit commercial international n'a ni la vocation, ni la force de les atteindre, tandis que les ordres juridiques internes trouvent les limites de leurs actions dans les frontières internationales perméables aux enquêtes et aux poursuites judiciaires* ».

¹⁵³⁰ P. J. LOWE G., *op.cit.*, p. 144.

¹⁵³¹ Pour une analyse de cet article voir ci-dessus, chapitre 3.

Dans ce dernier cas ou encore dans certains domaines spécifiques,¹⁵³² il demeure la responsabilité de l'Etat de prendre les mesures appropriées.

En matière des principes concernant les droits de l'homme, hormis quelques exceptions – le droit du travail ou le droit de l'environnement – on est ici dans un domaine régi par le « *soft law* ». Maitre S. Brabant souligne que malgré la prédominance de *soft law*, que « *quand bien même la règle pourrait-elle être « soft », sa sanction peut être particulièrement lourde notamment en termes de réputation ou pour l'obtention de financements* »¹⁵³³. C'est en ce sens que les ONG et la société civile en général peuvent jouer un rôle prépondérant. Une autre solution pourrait se trouver dans le cadre des tribunaux du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). En effet, les arbitres sont de façon de plus en plus fréquente amenés à connaître des questions liées au respect de certains droits de l'homme lors de différends avec des investisseurs internationaux et cela concerne surtout le prix de l'eau. Dans le secteur de l'eau, les requêtes sont déposées devant le CIRDI par l'entremise des Traités bilatéraux d'investissements (TBI)¹⁵³⁴. Il est intéressant de mentionner une décision CIRDI¹⁵³⁵ qui soutient que les Etats doivent autant respecter leurs obligations en matière des droits de l'homme que celles résultant de leurs engagements internationaux envers les investisseurs étrangers (même valeur juridique). Ainsi la protection des investisseurs internationaux d'un Etat pour leurs investissements dans un autre Etat résultant des traités bilatéraux de protection des investissements entre les deux Etats doit être à tout moment compatible, en accord et sans contradiction avec la protection des droits de l'homme¹⁵³⁶.

En attendant une réponse supranationale normative contraignante, les entreprises sont désormais dans une situation où il serait peu prudent de faire abstraction de ces principes et la prise en compte de ces principes serait particulièrement conseillée lors des

¹⁵³² S. BRABANT, *op.cit.* : comme par exemple les droits de l'enfant, les discriminations à l'égard des femmes, les droits des personnes handicapées, le droit à l'alimentation et à la santé ou le droit à l'eau.

¹⁵³³ *Ibid.*

¹⁵³⁴ H. VASQUEZ, « La corruption devant les tribunaux CIRDI », in *L'eau en droit international*, SFDI Colloque d'Orléans, p. 270.

¹⁵³⁵ No ARB/03/19 du 30 juillet 2010.

¹⁵³⁶ S. BRABANT, *op.cit.*

investissements à l'étranger. Cela est d'ailleurs dans l'intérêt des entreprises car en respectant les droits de l'homme tel que le *corpus* grandissant des normes internationales l'entend, elles « *ne pourront avec le temps qu'attirer le meilleur personnel, les meilleurs actionnaires et partenaires et aussi assurer la stabilité et une "profitabilité" de leurs investissements sur le long terme et dans l'intérêt de tous* »¹⁵³⁷.

Bien que la responsabilité de respecter les droits de l'homme dans ce cadre précis ne relève pas de la « *hard law* », ces principes ont un potentiel juridique important. Comme le reflet d'un consensus social mondial sur le comportement des entreprises, il fait parti d'un *corpus* dynamique de normes *soft* et *hard* internationales, droit international et droit coutumier qui convergent vers l'émergence d'une « *lex mercatoria* » des droits de l'homme. Ce système normatif hybride guide et oriente le comportement des entreprises en l'absence d'une structure de gouvernance et de contrôle mondial¹⁵³⁸.

On ne croit pas que le droit international pénal en un coup de baguette magique puisse être « *the panacea that solves all theoretical and practical obstacles surrounding the debate on corporate human rights obligations* »¹⁵³⁹. Mais dans tous le cas « *le temps paraît [...] venu de penser à établir une gouvernance économique internationale réelle, afin de lui subordonner les firmes transnationales et de permettre ainsi l'assujettissement effectif de ces multinationales aux Etats* »¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ J. SHERMAN, A. LEHR, *Human Rights Due Diligence: Is It Too Risky?*, Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 55. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. 2010, p 15

¹⁵³⁹ L. VAN DEN HERIK, J. LETNAR CERNIC, *op.cit.*, p. 729.

¹⁵⁴⁰ P. JANOT, *op.cit.*, p. 435.

CONCLUSION

La première proposition d'amélioration de la présente recherche a trait à l'approche étatsunienne efficace de mise en œuvre du FCPA. Si la possibilité de « greffer » le modèle américain – et on penser notamment à la justice transactionnelle – dans d'autre systèmes rencontrera de nombreux obstacles de caractère juridiques ou politiques, il est de notre avis que ce système constitue - à un certain niveau - l'exemple à suivre.

La deuxième voie seraient fondée sur un changement de paradigme par le biais duquel on pourrait imaginer un jour les crimes de corruption visés par la Cour pénale internationale. On peut évidemment émettre des doutes quant à la volonté politique internationale de prendre une telle orientation. En effet, on peut difficilement imaginer pour l'instant les Etats exportateurs puissants mettre en péril leurs intérêts économiques de cette manière. De plus, la non participation des certains Etats puissants au Statut de Rome semble réduire encore plus l'efficacité d'une telle approche à court terme. On souligne néanmoins - à long et moyen terme - que la modification du Statut de Rome en ce sens serait évidemment un pas majeur pour l'efficacité de la lutte contre la corruption et pourrait la libérer de certains obstacles majeurs.

Pour conclure, l'avis du rédacteur de la présente recherche est que les travaux de M. le Professeur Ruggie en tant que Représentant spécial des Nations Unies pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises constituent un grand espoir pour la lutte contre la corruption en droit international. La suite du travail onusien - en cette fin de mandat de M. le Professeur Ruggie - aura la possibilité – et la lourde tâche - de rechercher un consensus intergouvernemental universel et de faire émerger une réelle volonté politique de faire face aux manques du dispositif international juridique en la matière.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Dans la mesure où le chapitre 8 de la présente recherche a pour objet de formuler certaines propositions d'amélioration au dispositif juridique international, il ne paraît pas utile de délivrer une conclusion supplémentaire.

CONCLUSION GENERALE

Après analyse détaillée, on voit bien que les arcanes de la pratique du droit international par les Etats se prêtent difficilement à l'efficacité de la lutte contre la corruption internationale. Les Etats, soucieux de sauvegarder leurs intérêts et avides de protéger leur souveraineté peuvent en ce sens bénéficier d'un – trop – grand nombre d'obstacles au bon fonctionnement des textes pertinents.

La question est alors de savoir si la communauté internationale souhaite réellement accélérer la lutte contre la corruption des agents publics étrangers, c'est-à-dire doter cette lutte des armes capables de réduire ce phénomène de manière concrète. Certaines solutions ont en ce sens été mises en exergue au sein de la présente recherche : la tentation de la réPLICATION du système étatsunien, le rôle potentiel de la Cour pénale internationale ou encore les récents travaux onusiens sur le respect des droits de l'homme dans le commerce international.

Il ne fait guère de doute que toute accélération de cette lutte serait le fruit d'une volonté politique importante et coordonnée des Etats concernés. Dans l'attente d'un changement éventuel de paradigme juridique tel que proposé au sein du chapitre 8, quels signes forts pourraient être envoyés à court terme au niveau international pour démontrer la volonté des Etats de lutter contre ce phénomène destructeur ?

On peut estimer en premier lieu que l'adhésion de toutes les puissances industrielles majeures sans exception- on pense à la Chine, l'Inde et la Russie - à la convention de l'OCDE serait une condition essentielle du progrès de la lutte contre la corruption internationale. Si l'OCDE souhaite réellement uniformiser autant que possible les conditions juridiques de cette lutte, cela semble irréaliste sans la participation active de ces Etats. L'implication de la Chine - la deuxième puissance économique mondiale - sur le continent africain constitue ainsi un élément de réflexion important. Si les entreprises américaines peuvent craindre l'approche parfois draconienne du *Department of Justice* des Etats-Unis ou la *Securities and Exchange Commission*, les entreprises chinoises semblent opérer dans un cadre moins rigide, ce qui permet d'obtenir ou de conserver plus facilement

des marchés en pays étrangers.

On peut estimer en second lieu que l'efficacité de la mise en œuvre du *Bribery Act* de 2010¹⁵⁴¹ par les autorités du Royaume-Uni est largement attendue par tous les praticiens de lutte contre la corruption. Si pour certains commentateurs – on pense à Transparency International – la lutte contre la corruption internationale semble marquer le pas, le *Bribery Act* pourrait être le catalyseur, l'accélérateur d'une nouvelle dynamique. En ce sens, il s'agirait non seulement d'épauler le *Foreign Corrupt Practices Act* étatsunien, mais également de continuer de tisser une véritable « toile d'araignée » mondiale de lutte contre la corruption qui aurait le potentiel de réduire de manière très importante les paiements illicites ainsi visés.

Trente quatre ans après l'adoption du *Foreign Corrupt Practices Act* aux Etats-Unis, il existe un dispositif juridique international qui en porte clairement l'empreinte. Personne ne sait vraiment si l'internationalisation de cette norme fédérale étatsunienne constituait ou non un objectif délibéré de l'administration Carter en 1977. On constatera simplement que les amendes payées notamment par la société allemande *Siemens* (2008) ou la société française *Technip* (2011) dans le cadre du FCPA témoignent de la tentation d'assurer l'extraterritorialité de cette loi fédérale et de la volonté étatsunienne de viser les entreprises multinationales ostensiblement européennes. Alors qu'il peut être hâtif de conclure que le FCPA constitue une arme de la guerre économique, la question se pose tout de même de l'intérêt final de la lutte étatsunienne contre la corruption. On peut alors légitimement se demander dans quelle mesure le FCPA constitue véritablement la matérialisation juridique d'une croisade morale née dans le sillage de l'affaire du Watergate ou bien si cette loi ne serait pas plutôt un outil de protection des intérêts américains à l'égard des entreprises européennes ou asiatiques : le chasseur cacherait-t-il ou non le loup ?

¹⁵⁴¹ Entré en vigueur le 1 juillet 2011.

BIBLIOGRAPHIE

1 - **Ouvrages et thèses** p. 415.

A – Ouvrages p. 415.

i – Ouvrages généraux p. 415

ii - Ouvrages spéciaux p. 416.

B – Thèses p. 418.

2 – **Articles et colloques** p. 419.

3 – **Documentation officielle** p. 433.

4 – **Documentation électronique** p. 435.

1 - OUVRAGES ET THESES

A - Ouvrages

i - Ouvrages généraux

ASCENSIO [H], DECAUX [E], PELLET [A], *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, 1054 p.

BOULOC [B], *Droit pénal général*, 20^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2007, 710 p.

COMBACAU [J], SUR [S], *Droit international public*, 9^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2010, 820 p.

DAILLIER [P], de LA PRADELLE [G], GHERARI [H], *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, 1120 p.

DAILLIER [P], FORTEAU [M], PELLET [A], *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 8^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2009, 1710 p.

DUPUY [P.M], KERBRAT [Y], *Droit international public*, 10^{ème} édition, Paris, Dalloz, 915 p.

GOUNELLE [M], *Relations internationales*, 9^{ème} édition, Paris, Dalloz, 252 p.

HUET [A], KOERING-JOULON [R], *Droit pénal international*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, 507 p.

REUTER [P], *Droit international public*, 3^{ème} édition, Paris, Presses Universitaires de France, 404 p.

SALMON [J], *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.

ii - Ouvrages spéciaux

ALT [E], LUC [I], *La lutte contre la corruption*, Paris, Presses universitaires de France (coll. Que sais-je ?), 1997, 128 p.

DE MAILLARD [J], *Un monde sans loi*, Paris, Stock, 2000, 144 p.

DEFFAINS [B], STASIAK [F] (dir), *L'organisation des dispositifs spécialisés de lutte contre la criminalité économique et financière en Europe : droits nationaux, droit comparé et droit international*, Paris, CREDES, 2002, 138 p.

DELMAS-MARTY [M], *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994, 305 p.

DELMAS-MARTY [M], *Trois défis pour un droit mondial*, Paris,

Seuil, 1998, 200 p.

DELMAS-MARTY [M], *Towards a Truly Common Law: Europe as a Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 268 p.

DEMMING [S.H.], *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*, Chicago, ABA, 2005, 434 p.

DORMOY [D] (sous la direction), *La corruption et le droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 226 p.

FLORE [D], *L'incrimination de la corruption*, in Coll. Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruges, éd. La Charte 1999, 180 p.

JEAN-PIERRE [T], *Taiwan Connection: Scandales et meurtres au cœur de la République*, Paris, Robert Laffont, 2003, 285 p.

JOLY [E], *Est-ce dans ce monde-là que nous voulons vivre ?*, Paris, Les Arènes, 2004, 270 p.

JOLY [E], *Des héros ordinaires*, Paris, Les Arènes, 2009, 197 p.

KAHN [Ph], KESSEDJIAN [C] dir., *L'illicite dans le commerce international*, Colloque CREDIMI de Dijon de 1995, Paris, Litec, 1996, 604 p.

LASCOUMES [P], *Corruptions*, Paris, Presses de Science PO, 1999, 166 p.

MENY [Y], *La corruption de la République*, Paris, Fayard, 1992, 352 p.

NOONAN Jr [J.T], *Bribes*, New York, Macmillan Publishing Co, 1984, 838 p.

PIETH [M], LOW [L.A.], CULLEN [P.J.], *The OECD convention on Bribery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 608 p.

RAPHAEL [M], *Blackstone's guide to The Bribery Act 2010*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 154 p.

ROBERT [D], *La justice ou le chaos*, Paris, Stock, 1996, 352 p.

ROCCA [J-L], *La corruption*, Paris, Syros (coll. Alternatives économiques), 1993, 133 p.

ROSE-ACKERMAN [S], *Causes, consequences and reform*, New York, Cambridge University Press, 2006, 266 p.

SZAREK-MASON [P], *The European Union's Fight Against Corruption*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 306 p.

THUILLIER [P], *La Grande Implosion*, Paris, Fayard, 1995, 480 p.

WHITE [S], *Protection of the financial interests of the European communities: the fight against fraud and corruption*, La Haye, Kluwer, 1998, 244 p.

B - Thèses

AUGER [D], *Droit de propriété et droit pénal*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille Faculté de Droit et de Science politique, 2005, 450 p.

CANO [R.A.], *La lutte contre la corruption dans le champ d'action du Conseil de l'Europe*, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2007, 748 p.

GAVARRI [L], *Le Bien Information : Possession, Appropriation, Exploitation*, Université du Sud Toulon-Var, 2008, 506 p.

GENEVOIS [A], *L'efficacité internationale des droits anti-corruption*, Université de Paris I Panthéon Sorbonne, 2004, 1252 p.

LOUVET [L], *Le droit et la corruption internationale*, Université de Paris I Panthéon Sorbonne, 2008, 786 p.

2. ARTICLES ET COLLOQUES

ANDERSEN [R], NIHOU [P], « La corruption : problématique générale et état de la question », *Ann. Dr. Louvain*, 1998, pp. 147 – 175.

ALA'I [P], « The Legacy Of Geographical Morality And Colonialism: A Historical Assessment Of The Current Crusade Against Corruption », *33 Vand. J. Transnat'l L*, 2000, pp. 877 – 932.

ALTAMIRANO [G. D.], « The impact of the Inter-american convention against corruption », *University of Miami Inter-American Law Review*, Spring/Summer, Vol. 38, No. 3, pp. 487 – 547.

AONZO [P], « Point de vue sur l'éthique de l'entreprise », *Petites Affiches*, 14 septembre 2001, n° 184, pp. 4 – 9.

ASHE [D.P], « The lengthening anti-bribery lasso of the United States: the recent extraterritorial application of the U.S. Foreign corrupt practices act », *Fordham Law Review*, mai, 2005, pp. 2897 – 2945.

BAKER [R.C.], « Foreign Corrupt Practices Act », *47 American Criminal Law Review*, Spring, 2010, pp. 647 – 676.

BANTEKAS [I], « Corruption as an International Crime and Crime Against Humanity – An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies », *Journal of International Criminal Justice*, 2006, n° 4, pp. 466 – 484.

BARON GODEAUX [J], « L'importance du phénomène de la corruption », in Transparency International Brussels et la Fédération des entreprises de Belgique, *La corruption nous concerne tous*, Actes de colloque du 4 décembre 2001 organisé en collaboration avec les magistrats de l'Appel de Genève, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp 27 - 32

BASSIOUNI [M.C.], «The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law », *15 Case w. Res. J. Int'l l.*, 1983, pp. 27 – 37.

BASSIOUNI [M.C.], « The International Criminal Court In Historical Context », *99 St. Louis-Warsaw Transatlantic L.J.*, 1999, pp. 55 – 67.

BIXBY [M.B], « The Lion Awakens: The Foreign Corrupt Practices Act--1977 To 2010 », *12 San Diego Int'l L.J.*, 2010, pp. 89 – 145.

BLOIS [A], « Infraction de corruption d'agent public étranger et procédure pénale nationale », *RDAI/IBLA*, N°2, 2006, pp. 217 – 228.

BORGHI [M], MEYER-BISCH [P], « La corruption, l'envers des droits de l'homme », *in Actes du IXe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg*, 3-5 février 1994 éd.universitaires de Friberg, 1995, 400 p.

BUSTIN [G], « L'expérience américaine et ses retombées au niveau international », *in Transparency International Brussels et la Fédération des entreprises de Belgique, La corruption nous concerne tous, Actes de colloque du 4 décembre 2001 organisé en collaboration avec les magistrats de l'Appel de Genève*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 51 – 76.

CARR [I], « The United Nations Convention on Corruption: Making a Real Difference to the Quality of Life of Millions? », *MJIEL*, Vol 3 Issue 3 2006, pp. 3 - 44.

CARTIER-BRESSON [J], « Etats, marchés, réseaux et organisations criminelles entrepreneuriales », *in Criminalité organisée et ordre dans la société*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, pp. 65 – 93.

CARTIER-BRESSON [J], « Les analyses économiques des causes et des conséquences de la corruption, quelques enseignements », *in Affairisme : la fin du système*, Paris, OCDE, 2000, pp. 11 – 27.

CARVER [J], « Combating corruption : the emergence of new international law », *International Law Forum*, Volume 5, n° 2, 2003, Kluwer Law International

Publishers, pp. 119 – 123.

CAVALERIE [P], « La convention O.C.D.E du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales », *A.F.D.I.*, Editions du CNRS, Paris, 1997, pp. 609 – 632.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Coopération internationale dans la lutte contre la corruption et centres financiers offshore : obstacles et solutions*, 4^{ème} conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption à Limassol (Chypre) du 20 au 22 octobre 1999, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2001, 180 p.

CORR [C.F.], LAWLER [J.], « Damned if You Do, Damned if You Don't? The OECD Convention and the Globalization of Anti-Bribery Measures », 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, pp. 1249 – 1344.

CRUTCHFIELD GEORGE [B] *et al*, « On the threshold of the Adoption of Global Antibribery Legislation : A Critical Analysis of Current Domestic and International Efforts Toward the Reduction of Business Corruption », 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, pp 1 - 48

CRUTCHFIELD GEORGE [B], LACEY [K.A], BIRMELE [J], « The 1998 OECD convention: an impetus for worldwide changes in attitudes toward corruption in business transactions », *American Business Law Journal*, Spring 2000, pp. 485 – 525.

DE MICHELE [R], « The Follow-Up Mechanism Of The Inter-American Convention Against Corruption: A Preliminary Assessment: Is The Glass Half Empty? », 10 *Sw. J.L. & Trade Am.*, pp. 295 – 318.

DE NAUW [A], « Corruption et marchés publics. Des dispositions nouvelles », *Revue de droit de l'ULB*, n° 17, 1998, pp. 107 – 122.

DEJEMEPPE [B], « Nouveau plaidoyer pour un espace judiciaire européen, notamment en matière de lutte contre la corruption », *Journal des procès*, 26 mai 2000, pp. 10 – 15.

DELMAS-MARTY [M], MANACORDA [S], « La corruption, un défi d'Etat de droit et la société démocratique », *Rev. sc. crim*, 1997, N° 3, pp. 696 – 706.

DELMAS-MARTY [M], « Propos introductif », in Transparency International Brussels et la Fédération des entreprises de Belgique, *La corruption nous concerne tous, Actes de colloque du 4 décembre 2001 organisé en collaboration avec les magistrats de l'Appel de Genève*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 79 – 82.

DIETRICH [O], « OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions », *Austrian Review of International & European Law* 3, 1998, pp. 159 – 170.

DOMMEL [D], « Les défis de la corruption, commentaire », *Hiver* 1997/98, n° 80, pp. 863 – 871.

DUFOUR [O], « Lutte anti-corruption : la France mal notée », *Petites Affiches*, n° 216, 29 octobre 1999, pp. 4 – 5.

DUNCAN [C.J], « The 1998 Foreign corrupt practices act amendments: moral empiricism or moral imperialism? », *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, June 2000, pp. 1 – 47.

EARLE [B], « The United States Foreign Corrupt Practices Act and the OECD Anti-Bribery Recommendation: When Moral Suasion Won't Work, Try the Money Argument », *14 Dick. J. Int'l L.*, 1996, pp. 207 – 242.

EIGEN [P], « Combatting Corruption Around the World », *J. of Democracy*, VII (1), Jan. 1996, pp. 158 – 168.

ESTEY [W], « The five bases of extraterritorial jurisdiction and the failure of the presumption against extraterritoriality », *21 Hastings Int'l & Comp. L. Rev*, pp. 177 – 208.

FALLETTI [F], « Les dimensions nouvelles du Parquet dans la lutte contre la criminalité transnationale organisée au regard de la nouvelle convention des

Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles », *RID. pén*, 2000, n° 3-4, pp. 445 – 455.

FILLION-DUFOULEUR [M.], « La lutte contre la corruption dans le commerce international. La convention O.C.D.E du 21 novembre 1997 et le projet de loi français de transposition », *J.C.P.*, 1999, n° 48, I, pp. 2129 – 2134.

FISCHEL [D.R.], SYKES [A.O.], « Corporate Crime », *25 J. Legal Stud*, 1996, pp. 319 – 349.

GANTZ [D.A.], « The Foreign Corrupt Practices Act: Professional and Ethical Challenges for Lawyers », *14 Ariz. J. Int'l & Comp. L*, 1997, pp. 97 – 116.

GEVURTZ [F.A.], « Using the Antitrust Laws to Combat Overseas Bribery by Foreign Companies : A Step to Even the Odds in International Trade », *27 Va. J. Int'l L*, 1987, pp. 211 -272.

GINSBURG [T], McADAMS [R.H.], « Adjudicating in Anarchy : An Expressive Theory of International Dispute Resolution », *William & Mary Law Review*, 2004, 45, pp. 1229 - 1331.

GOUTTEFARDE [F], AHYPEAUD [E], « Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption », in *La Corruption et le droit international* (dir. DORMOY [D]), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 75 – 119.

HATHAWAY [O.A.], « Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law », *72 U. Chi. L. Rev.* pp. 469 – 536.

HENNING [P], « Public corruption: a comparative analysis of international corruption conventions and United States law », *18 Arizona Journal of International and Comparative Law*, Fall, 2001, pp. 793 – 865.

HUNAULT [M], *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 171) relatif à la lutte contre la corruption*, Enregistré à la Présidence de

l’Assemblée nationale le 3 octobre 2007, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0243.asp>, 186 p.

JANOT [P], « Firmes Transnationales, Corruptions, États », *A.F.D.I.*, Editions du CNRS, Paris, 2005, pp. 426 – 435.

JEAN-PIERRE [D], « La lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics », *Daloz*, 15 mai 2000, Chr.,D., pp. 307 – 312.

JEFFERSON [M], « Corporate criminal responsibility: ascription of criminal liability to companies », *Journal of Financial Crime*, 1996, pp. 275 – 277.

JOCHNICK [C], RABAEUS [N], « Business And Human Rights Revitalized: A New Un Framework Meets Texaco In The Amazon », *33 Suffolk Transnat'l L. Rev*, 2010, pp. 413 – 437.

JOHNSON [J.L.], « A Global Economy and the Foreign Corrupt Practices Act : Some Facts Worth Knowing », *63 Mo. L. Rev*, 1998, pp. 979 – 997.

KENNEDY [D], « The International Anti-Corruption Campaign », *14 Conn. J. Int'l L*, 1999, pp. 455 – 465.

KESSEDJIAN [C], « La norme juridique est-elle apte à lutter contre la corruption ? », in *Mél. Ph. Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux*, Paris, Litec, 2000, pp. 601 – 611.

KIM [J], KIM [J.B.], « Cultural Differences in the Crusade Against International Bribery: Rice-Cake Expenses in Korea and the Foreign Corrupt Practices Act », *6 Pac. Rim L. & Pol'y J*, 1997, pp. 549 – 579.

KOEHLER [M], « The Façade Of FCPA Enforcement », *41 Geo. J. Int'l L*, 2010, pp. 907 – 1009.

KOFELE-KALE [N], « The Right To A Corruption-Free Society As An Individual And Collective Human Right: Elevating Official Corruption To A Crime Under International Law », *34 Int'l Law*, pp. 149-178.

KOFELE-KALE [N], « Change or the illusion of change: the war against official corruption in Africa », *38 George Washington International Law Review*, 2006, pp. 697 – 747.

LANKARANI [L], « La lutte contre la corruption », in *Droit international pénal*, (dir. ASCENSIO [H], DECAUX [E] et PELLET [A]), Paris, Pedone, 2000, pp. 603 – 609.

L'eau en droit international, SFDI Colloque d'Orléans, Paris, Pedone, 2011, 406p

LESTELLE [E.P], « The Foreign Corrupt Practices Act, International norms of foreign public bribery and extraterritorial jurisdiction », *83 Tulane Law Review*, December, 2008, pp. 527 – 558.

LETNAR CERNIC [J], « Two Steps Forward, One Step Back: The 2010 Report By The Un Special Representative On Business And Human Rights », *11 German L.J.*, 2010, pp. 1264 – 1280.

LOKEN [K], « The OECD anti-bribery convention : coverage of foreign subsidiaries », *33 Geo. Wash. Int'l L. Rev.* pp. 325 – 339.

LOW [L.A.]. *et al.*, « The Inter-American Convention Against Corruption : A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act », *38 Va. J. Int'l L.*, 1998, pp. 243-292.

LOW [L.A.], « Milestones in Mutual Evaluation : The Phase 2 Review of the United States under the OECD Anti Bribery Convention », *International Law Forum*, Vol. 5, No. 2, Kluwer Law International Publishers, 2003, pp. 106 – 118.

LOW [L.A.], « Towards Universal International Anticorruption Standards : The United Nations Convention Against Corruption and the other International Anticorruption Treaties : Too Much of a Good Thing? », in 2nd Annual Conference of the International Bar Association, International Chamber of Commerce, and Organization for Economic Co-operation and Development, *The Awakening Giant of Anti-Corruption Enforcement*, Paris, 22-23 avril 2004.

LOW [L.A.], « Enforcement of the FCPA in the United States : Trends and the Effects of International Standard », in 3rd Annual Conference of the International Bar Association, International Chamber of Commerce, and Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Awakening Giant of Anti-Corruption Enforcement*, Paris, 4-6 mai, 2005,
<http://www.steptoe.com/assets/attachments/2600.pdf>.

LOW [L.A.], « The United Nations convention against corruption : the globalization of anticorruption standards », Conférence, *The awakening giant of the anticorruption enforcement*, Londres, 4-5 mai 2006,
<http://www.steptoe.com/assets/attachments/2599.pdf>.

LOW [L.A.], BONHEIMER [O.J.], « Enforcement of the U.S. Foreign Corrupt Practices Act: extraterritorial reach and the effects of international standards », Conférence, International Bar Association Annual Anti Corruption Working Group, Chicago, Illinois, 19 septembre 2006, <http://www.steptoe.com/assets/attachments/2600.pdf>

LOWELL BROWN [H], « Vicarious Criminal Liability of Corporations for the Acts of their Officers, Employees and Agents », *41 Loy. L. Rev.*, 1995, pp. 279 – 328.

LOWELL BROWN [H], « Parent-Subsidiary Liability Under the Foreign Corrupt Practices Act », *50 Baylor L. Rev.*, 1997, pp. 1 -63.

LOWELL BROWN [H], « The extra-territorial reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery », *22 Hastings International and Comparative Law Review*, Spring 1999, p. 407 – 522.

LOWELL BROWN [H], « Extra-territorial jurisdiction under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Ac : does the government's reach now exceed its grasp? », *26 North Carolina journal on International Law and Commercial Regulation*, Spring 2001, pp. 239 – 360.

MAKINWA [A], « The rules regulating transnational bribery: achieving a common

standard? », *1 International Business Law Journal*, 2007, pp. 17 – 39.

MALHERBE [J], « De l’entraide à la coordination fiscale internationale », *in Liber Amicorum Luc Hinnekens*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 287 – 304.

MARONG [A.B.M.], « Toward A Normative Consensus Against Corruption: Legal Effects Of The Principles To Combat Corruption In Africa », *30 Denv.J.Int'l L. & Pol'y*, 2002, pp. 99 – 129.

MARIS [M], SINGER [E], « Foreign Corrupt Practices Act », *43 American Criminal Law Review*, Spring, 2006, pp. 575 – 601.

MENY [Y], « Corruption : l’explosion d’un phénomène endémique », *in Etudes en l’honneur de George Dupuis*, préface de George Vedel, Paris, éd. L.G.D.J., 1997, pp. 227 – 236.

MEESSEN [K.M.], « The Role of International Law in the Twenty-First Century: Fighting Corruption Across the Border », *18 Fordham Int'l L.J.*, 1995, pp. 1647 – 1652.

MILLER [S.K], « Piercing the Corporate Veil Among Affiliated Companies in the European Communities and in the U.S. : A Comparative Analysis of U.S., German and U.K. Veil-piercing Approches », *36 American Business Law Journal*, 1998, pp. 73 – 149.

MURPHY [M.J.], « International Bribery: An Example of an Unfair Trade Practice? », *21 Brook. J. Int'l L.*, 1995, pp. 385 – 424.

NASTOU [P], « L’évaluation des parties à la convention de l’OCDE sur la lutte contre la corruption d’agents public étrangers dans les transactions commerciales internationales : un mécanisme institutionnel de suivi au service de l’harmonisation des législations et pratiques nationales », *in La corruption et le droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 5 – 48.

NICHOLS [P.M.], « Corruption in the World Trade Organization : Discerning the Limits of the World Trade Organization’s Authority », *28 N.Y.U.J. Int'l L. Pol.*,

1996, pp. 711 – 784.

NICHOLS [P.M], « Outlawing Transnational Bribery Through the World Trade Organization », *28 Law Pol'y & Int'l Bus*, 1997, pp. 305 -381.

NICHOLS [P.M], « Regulating Transnational Bribery in Times of Globalization and Fragmentation », *24 Yale J. Int'l L.* 1999, pp. 257 – 303.

NICHOLS [P.M], « The Myth of Anti-Bribery Laws as Transnational Intrusion », *33 CNILJ*, 2000, pp. 627 – 655.

OSHIONEBO [E], « The U.N. Global Compact And Accountability Of Transnational Corporations: Separating Myth From Realities », *19 Fla. J. Int'l L.*, 2007, pp. 1 – 38.

PIETH [M], « Assurer le succès de l'initiative de l'OCDE contre la corruption », *in Affairisme : la fin du système*, Paris, Editions OCDE, 2000, pp. 57 – 72.

PIETH [M], « L'effectivité de la convention OCDE du 17 décembre 1997 », *in Transparency International Brussels et la Fédération des entreprises de Belgique, La corruption nous concerne tous, Actes de colloque du 4 décembre 2001 organisé en collaboration avec les magistrats de l'Appel de Genève*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 83 – 102.

PINES [D], « Amending the Foreign Corrupt Practices Act To Include a Private Right Of Action », *82 Cal. L. Rev*, 1994, pp. 185 – 229.

PODGOR [E.S.], « Globalization and the Federal Prosecution of White Collar Crime », *34 Am. Crim. L. Rev*, 1997, pp. 325 – 346.

PORTELLI [H], *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration général) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif a la lutte contre la corruption*, <http://www.senat.fr/rap/l07-051/l07-051.html>, 228 p.

QUERTAINMONT [P], « La corruption dans les affaires publiques – Éléments

d'analyse et perspectives de répression à la lumière de la nouvelle loi du 10 février 1999 », *in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1023 – 1049.

QUINONES [E], « L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE », *A.F.D.I.*, Editions du CNRS, Paris, 2003, pp. 563 – 574.

RADI [Y], « Du “dilemme du prisonnier” au “jeu d'intégration”: l'internationalisation de l'incrimination pénale de corruption active transnationale », *in DORMOY [D]* (sous la direction), *La corruption et le droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 169 – 218.

RAUZDUEL [S.C], « Paradis fiscaux et argent sale. Un combat à l'échelon international », *R.crim.*, 2000, n° 2, pp. 231-249.

ROSE-ACKERMAN [S], « The Role of the World Bank in Controlling Corruption », *29 Law and Policy in International Business*, septembre 1997, pp. 93 – 114.

ROUQUE [S], « La convention de l'O.C.D.E. du 15 décembre 1997 sur la corruption des agents publics étrangers : mythe ou réalité? », *Petites affiches*, 2 août 2000, pp. 10-15 (1^{ère} partie) et 3 août 2000, pp. 17-22 (2^{ème} partie).

RUBIN [N.M.], « Note, A Convergence of 1996 and 1997 Global Efforts to Curb Corruption and Bribery in International Business Transactions : The Legal Implications of the OECD Recommendation and Convention for the United States, Germany, and Switzerland », *14 Am. U. Int'l L. Rev*, 1998, pp. 257 – 320.

SACERDOTI [G], « Corrompre ou ne pas corrompre », *in Affairisme : la fin du système*, Paris, Editions OCDE, 2000, pp. 33 – 56.

SALBU [S.R.], « True Codes Versus Voluntary Codes of Ethics in International Markets: Towards the Preservation of Colloquy in Emerging Global Communities », *15 U. Pa. J. Int'l Bus. L*, 1994, pp. 327 – 360.

SALBU [S.R.], « Bribery in the Global Market: A Critical Analysis of the Foreign

Corrupt Practices Act », *54 Wash. & Lee L. Rev*, 1997, pp. 229 – 287.

SALBU [S.R.], « Battling global corruption in the new millennium », *31 Law & Pol'y Int'l Bus*, 1999, pp. 47 – 78.

SALBU [S.R.], « Extraterritorial restrictions of bribery: a premature evocation of the normative global village », *Yale I.L.J.* 1999, pp. 233 – 25.

SALBU [S.R.], « A Delicate Balance: Legislation, Institutional Change And Transnational Bribery », *33 Cornell Int'l L.J.*, 2000, pp. 657 – 688.

SARNO [G.R.], « Haling Foreign Subsidiary Corporations into Court Under the 1934 Act: Jurisdictional Bases and Forum Non Conveniens », *55 Law & Contemp. Pro*, 1992, pp. 379 – 398.

SAUNDERS [M.A.], « American Depository Receipts: An Introduction to U.S. Capital Markets for Foreign Companies », *17 Fordham Int'l L.J.*, 1994, pp. 48 – 83.

SNIDER [T.R.], KIDANE [W], « Combating corruption through international law in Africa: a comparative analysis », *40 Cornell International Law Journal*, Fall 2007, pp. 691 – 748.

SPORKIN [S], « The Worldwide Banning of Schmiergeld : A Look at the Foreign Corrupt Practices Act on its Twentieth Birthday », *18 Nw. J. Int'l L. & Bus*, 1998, pp. 269 – 281.

STARR [S], « Extraordinary Crimes At Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations », *101 Nw.U.L.Rev*, pp. 1257 – 1314.

STERN [B], « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.*, Editions du CNRS, Paris, 1986, pp. 7 – 52.

STESSENS [G], « The international fight against corruption », *International Review of Penal Law* (Vol. 72), pp. 891 – 936.

STESSENS [G], « Corporate criminal liability: a comparative perspective », *43(3)*

International & Comparative Law Quarterly, 1994, pp. 493 – 520.

SUTTON [R.H.], « Controlling Corruption Through Collective Means : Advocating the Inter-American Convention Against Corruption », *20 Fordham Int'l L.J.*, 1997, pp. 1427 – 1478.

SWANSON [T], « Greasing the wheels: British deficiencies in relation to American clarity in international anti-corruption law », *35 Georgia Journal of International and Comparative Law*, Winter 2007, pp. 397 – 432.

TARULLO [D.K.], « The Limits of Institutional Design: Implementing the OECD Anti-Bribery Convention », *44 Vanderbilt Journal of International Law*, 2003-2004, pp. 665 – 710.

TISSOT-ROBERT [S.P.], « A fresh insight into the corporate criminal mind: Meridian Global Funds Management Asia Ltd v The Securities Commission », *Comp. Law*. 1996, pp. 99 – 101.

Transparency International Brussels et la Fédération des entreprises de Belgique, *La corruption nous concerne tous, Actes de colloque du 4 décembre 2001 organisé en collaboration avec les magistrats de l'Appel de Genève*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2002, 154 p.

TRONNES [R.D.], « Ensuring Uniformity in the Implementation of the 1997 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials on International Business Transactions », *33 George Washington International Law Review*, 2000, pp. 97 – 130.

TRUCHE [P], DELMAS-MARTY [M], « L'Etat de droit à l'épreuve de la corruption », in *l'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 715 – 733.

TURLEY [J], « ‘When in Rome’: Multinational Misconduct and the Presumption Against Extraterritoriality », *84 Nw. U. L. Rev*, 1990, pp. 598 – 664.

VAN DEN HERIK [L], LETNAR CERNIC [J], « Regulating Corporations Under International Law From Human Rights To International Criminal Law And Back Again », *8 J. Int'l Crim. Just*, 2010, pp. 725 -743.

WARIN [F.J.], FALCONER [C], DIAMANT [M.S.], « The British are coming!: Britain changes its law on foreign bribery and joins the international fight against corruption », *46 Texas International Law Journal*, Fall 2010, pp. 1-72.

WEBB [P], « The United Nations convention against corruption global achievement or missed opportunity? », *8 Journal of International Economic Law*, March 2005, pp. 191 – 229.

WEINSTEIN [M.J.], TRAMBLEY [C.A.], « ‘Obtaining or retaining business under the Foreign Corrupt Practices Act : The Implications of U.S. v. Kay and SEC v. Mattson’ », in 2nd Annual Conference of the International Bar Association, International Chamber of Commerce, and Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Awakening Giant of Anti-corruption Enforcement*, Paris, 24-25 avril 2003.

WEISS [D.C], « The Foreign Corrupt Practices Act, Sec Disgorgement Of Profits, And The Evolving International Bribery Regime: Weighing Proportionality, Retribution, And Deterrence », *30 Mich. J. Int'l L*, 2009, pp. 471 – 514.

WINDSOR [D], GETZ [K.A], « Multilateral Cooperation To Combat Corruption: Normative Regimes Despite Mixed Motives And Diverse Values », *33 Cornell Int'l L.J*, 2000, pp. 731 – 772.

YANNACA-SMALL [C], « Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre », A.F.D.I., Editions du CNRS, Paris, 1994, pp. 792 – 803.

ZAGARIS [B], « Avoiding Criminal Liability in the Conduct of International Business », *21 Wm. Mitchell L Rev*, 1996, pp. 749 – 838.

ZAGARIS [B], OHRI [S.L.], « The Emergence of an International Enforcement Regime on Transnational Corruption in the Americas », *30 Law & Pol'y Int'l Bus*,

1999, pp. 53 – 93.

ZOLLER [E], « Guerre commerciale et droit international [Réflexions sur les contre-mesures de la Loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence] », *A.F.D.I.*, Editions du CNRS, Paris, 1989, pp. 65 - 89.

3. DOCUMENTATION OFFICIELLE

i - Droit interne états-unien

Foreign Corrupt Practices Act 1977, Pub.L.No. 95-213, 91 Stat. 1494.

The Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988, Pub.L.No. 100-418, 102 Stat. 1107.

International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998, Pub.L.No. 105-366, 112 Stat. 3302.

ii - Royaume-Uni

Bribery Act 2010 : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>.

iii - Législation française

<http://www.legifrance.gouv.fr>

iv - Organisation des Etats Américains

Convention interaméricaine contre la corruption, Caracas, 29 mars 1996, DAI, 1996, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>

v - Conseil de l'Europe

Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999, Conseil de l'Europe,
<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/173.htm>

Convention civile sur la corruption, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 4 novembre 1999, R.G.D.I.P., 1999, pp1006-1011

vi - OCDE

Recommandation du Conseil sur la corruption dans les transactions commerciales internationales, 27 mai 1994, <http://www.oecd.org/dataoecd/9/29/1952630.pdf>

Recommandation révisée du Conseil sur lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales du 23 mai 1997, C(97)123/FINAL, 36 I.L.M. 1016

Convention O.C.D.E sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 17 décembre 1997, http://www.oecd.org/document/20/0,3343,fr_2649_34859_2649236_1_1_1,00.html

Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par le Conseil le 26 novembre 2009, <http://www.oecd.org/dataoecd/31/53/44229684.pdf>

vii - Union européenne

Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, J.O. C 316 du 27 novembre 1995

Protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 27 septembre 1996, J.O.C.E., C 313 du 23 octobre 1996

Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne du 26 mai 1997, J.O.C.E., C 195/1 du 25 juin 1997

Second protocole du 19 juin 1997 du Conseil à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, J.O.C.E., C 221 du 19 juillet 1997

viii - Union africaine

Convention de Maputo du 11 juillet 2003 sur la prévention et la lutte contre la corruption élaborée par l'Union africaine http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_conventions_fr/convention%20sur%la%20lutte%20contre%20la%20corruption.pdf

ix - ONU

Convention des Nations Unies contre la corruption, 9 décembre 2003, http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/convention/08-50027_F.pdf

4. DOCUMENTATION ELECTRONIQUE

i – Sites des institutions internationales pertinentes

Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal/home>

Organisation de coopération et de développement économique :
http://www.oecd.org/home/0,3675,fr_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html

Organisation des Etats américains : <http://www.oas.org/fr/>

Organisation des Nations Unies : <http://www.un.org/fr/>

Union africaine : <http://www.africa-union.org/root/ua/index/index.htm>

Union européenne : http://europa.eu/index_fr.htm

ii - Trois sites internet de l'ONG Transparency international ont été régulièrement consultés :

Siège Berlin : <http://www.transparency.org/>

Royaume-Uni : <http://www.transparency.org.uk/>

France : <http://www.transparence-france.org/>

iii - Le blog du FCPA tenu par l'avocat spécialiste de cette loi étatsunienne Richard Cassin a été une source d'information précieuse : <http://www.fcpablog.com>.

SIGLES ET ABREVIATIONS

I. Annuaires – Recueils - Revues

AFDI	Annuaire français de droit international
Am. Crim. L. Rev	American Criminal Law Review
Am. U. Int'l L. Rev	American University International Law Review
Ann. Dr. Louvain	Annales de droit de Louvain
Ariz. J. Int'l & Comp. L	Arizona Journal of International and Comparative Law
Baylor L. Rev	Baylor Law Review
Brook. J. Int'l L	Brooklyn Journal of International Law
Cal. L. Rev	California Law Review
Case w. Res. J. Int'l l	Case Western Reserve Journal of International Law
Comp. Law	Company Lawyer
Conn. J. Int'l L	Connecticut Journal of International Law
Cornell Int'l L.J. Fla. J. Int'l L	Cornell International Law Journal
Denv.J.Int'l L.& Pol'y	Denver Journal of International Law and Policy
Dick. J. Int'l L	Dickinson Journal of International Law
Fordham Int'l L.J	Fordham International Law Journal
Geo. J. Int'l L	Georgetown Journal of International Law
Geo. Wash. Int'l L. Rev	George Washington International Law Review
German L.J	German Law Journal
Hastings Int'l & Comp. L. Rev	Hastings International and Comparative Law Review
Int'l Law	International Lawyer

J.C.P	Jurisclasseur périodique
J. Int'l Crim. Just	Journal of International Criminal Justice
J. Legal Stud	Journal of Legal Studies
Law & Contemp. Pro	Law and Contemporary Problems
Law Pol'y & Int'l Bus	Law and Policy in International Business
Loy. L. Rev	Loyola Law Review
Mich. J. Int'l L	Michigan Journal of International Law
MJIEL	Manchester Journal of International Economical Law
Mo. L. Rev	Missouri Law Review
Nw. J. Int'l L. & Bus	Northwestern Journal of International Law & Business
Nw.U.L.Rev	Northwestern University Law Review
NYUJ. Int'l L. Pol	New York University Journal of International Law and Politics
Pac. Rim L. & Pol'y J	Pacific Rim Law & Policy Journal
RDAI	Revue de Droit des Affaires Internationales
Revue de droit de l'ULB	Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles
RID. Pén	Revue internationale de droit pénal
San Diego Int'l L.J	San Diego International Law Journal
St. Louis-Warsaw Transatlantic L.J	Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal
Suffolk Transnat'l L. Rev	Suffolk Transnational Law Review
Sw. J.L. & Trade Am	Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas
U. Chi. L. Rev	University of Chicago Law Review
Va. J. Int'l L	Virginia Journal of International Law
Vand. J. Transnat'l L	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Wash. & Lee L. Rev	Washington and Lee Law Review
Wm. Mitchell L Rev	William Mitchell Law Review
Yale I.L.J	Yale Journal of International Law

II. Juridictions internationales

CIJ	Cour internationale de justice
CPI	Cour pénale internationale
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

III. Organisations internationales et sigles divers

CEDEAO	Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CDPC	Comité européen des problèmes criminels
CIME	Comité de l'Investissement international et des Entreprises Multilatérales
CNUCC	Convention des Nations Unies contre la corruption
DOJ	<i>Department of Justice</i>
DPA	<i>Deferred Prosecution Agreements</i>
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
FMI	Fonds monétaire international
GMC	Groupe multidisciplinaire sur la corruption
GRECO	Groupe d'Etats contre la Corruption
IACAC	Convention interaméricaine contre la corruption
INTERPOL	<i>International Criminal Police Organization</i>
NPA	<i>Non-Prosecution Agreements</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques

OEA	Organisation des Etats Américains
OIG	Organisation internationale intergouvernementale
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
PA	<i>Plea agreements</i>
SADC	<i>Southern African Development Community</i>
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i>
TI	Transparency International
UE	Union européenne
WIN	<i>Water Integrity Network</i>

INDEX ALPHABETIQUE

N.B. Les chiffres renvoient aux pages. Les caractères soulignés renvoient à des développements étendus.

A

Acte accompli dans l'exercice de ses fonctions.....19, 122

Acte de délégation.....80

Affaire dite des « *biens mal acquis* ».....338

Agent public étranger (définition).....67

Agent public national.....75, 136

Agression économique.....55, 389

Al Yamamah (Royaume-Uni).....61, 256

Appel de Genève....27, 53, 241, 249, 263, 397

Arbitrage.....55, 337

Aut dedere aut judicare (« extrader » ou « juger »).....288

Avantage indu.....122

Common law.....173, 178, 208, 213, 295, 378

Compétence des juridictions nationales....194

Compétence extraterritoriale.....120, 181, 195, 203, 228, 230

Compétence universelle....209, 232, 387, 397

Complicité.....110, 145, 208

Concurrence.....42, 85, 102, 114, 307, 361

Confiscation.....101, 116, 189, 300, 367

Conflits de juridiction.....114, 119

Conseil de sécurité des Nations Unies.....247, 289, 324, 385

Contrôle de l'application des traités...329, 349

Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe.....45, 357

Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales 35, 71, 77, 83, 87, 113, 126, 132, 144, 152, 160, 207, 223, 259, 292, 303, 353

Convention des Nations Unies contre la corruption...39, 74, 93, 117, 130, 161, 209, 265, 290, 306, 360

Convention interaméricaine contre la corruption de l'Organisation des Etats américains...34, 68, 79, 86, 111, 124, 131, 144, 151, 206, 262, 290, 303, 349

Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe...42, 72, 95, 115, 128, 132, 155, 161, 208, 262, 292, 305, 356

Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption de l'Union africaine .50, 73, 117

Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne...45, 70, 95, 113, 125, 130, 159, 206, 258, 291, 304

Coopération judiciaire interétatique.....249

B

Barcelona Traction.....220

Bonne gouvernance.....13, 334, 361

Bribery Act 2010 (Royaume-Uni)...56, 156
177, 180, 228, 380, 414

Business purpose test.....136

C

Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).....409

Charte des Nations Unies.....247, 324

<i>Corporate monitor</i> (Etats-Unis).....	<u>380</u>	331, 345, <u>397</u>
Corruption active (définition).....	17	
Corruption indirecte.....	<u>139</u>	
Corruption passive.....	17	Echappatoire à l'application des textes internationaux.....112, 118, 155, 225
Corruption privée.....	18	Eléments matériels de l'infraction de la corruption de l'agent public étranger..... <u>119</u>
Corruption publique.....	18	Elément moral de l'infraction de la corruption d'agent public étranger..... <u>130</u> , <u>136</u>
<i>Corruptly</i> – (Etats-Unis).....	<u>130</u>	Emetteurs de valeurs (Etats-Unis)...109, 121, 175, 227, 373, 382
Cour Internationale de Justice.....	221, 323	<i>Enron</i> (affaire).....18, 372
Cour Pénale Internationale...55, 247, 283, 385, <u>393</u>		Entraide mutuelle (v. coopération judiciaire internationale)
Crime contre l'humanité.....	<u>393</u>	Entrée en vigueur de textes internationaux en matière de corruption.....33
Crime international.....	<u>389</u>	Entreprise multinationale...26, 61, 142, 157, 218, 222, <u>389</u>
Crise de l'énergie.....	24	Entreprise publique..... <u>80</u>
D		
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.....	11, 301, 398	Equivalence fonctionnelle (OCDE)...38, 127, 155, 166, 214
<i>Deferred Prosecution Agreements</i> (Etats-Unis).....	<u>376</u>	Etat de droit.....12, 23, 42, 102, 321, 398
<i>Department of Justice</i> (DOJ, Etats-Unis)..	<u>369</u>	Etats-Unis d'Amérique... <u>28</u> , <u>68</u> , <u>77</u> , <u>79</u> , <u>86</u> , <u>93</u> , <u>120</u> , <u>123</u> , <u>130</u> , <u>139</u> , <u>146</u> , <u>175</u> , <u>225</u> , <u>230</u> , <u>369</u>
Dilemme du prisonnier.....	<u>326</u>	Ethnocentrisme.....33, 235, 328
<i>Disgorgement</i> (Etats-Unis).....	<u>381</u>	Exportation juridique..... <u>231</u>
Dol général.....	<u>130</u>	Extradition..... <u>279</u>
Dol spécial.....	<u>136</u>	Extraterritorialité..... <u>203</u> , <u>230</u>
Dommages-intérêts.....	45, 301, 312	
Double incrimination....101, 105, 210, 213, 216, <u>251</u> , 285, 295, 318		F
Drapeaux rouges (Etats-Unis).....	142, 406	Fait intentionnel..... <u>130</u>
Droit international pénal.....	<u>241</u> , <u>387</u> , 410	Filiales à l'étranger..... <u>218</u>
Droit international public...57, 77, 221, 233, 251		Fonctionnaire communautaire.....97
Droits de l'homme... <u>11</u> , 22 43, 56, 255, 301,		

Fond monétaire international (FMI)....61, 92

Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)...28,
68, 77, 79, 86, 93, 120, 123, 130, 139, 146,
175, 225, 230, 369

France.....17, 22, 38, 61, 183, 248, 338, 378

Frégates de Taïwan (Affaire dite des).....61

J

Juridiction internationale...62, 193, 287, 385,
388

Juridiction nationale.....62, 97, 193

Justice transactionnelle.....369

G

Gel des avoirs.....300, 397

Groupe d'Etats contre la corruption
(GRECO).....356

Groupe des 77 (ONU).....40

Groupe du travail de l'OCDE.....353, 369

Guerre froide.....24, 385

L

Lex mercatoria.....410

Lex simulata.....10, 58, 366, 367

Lockheed Aircraft Corporation (Etats-Unis).....29

Lotus (Affaire dite).....200, 232

M

Historique sommaire.....20

I

Immunité.....97, 100, 119

Impérialisme moral.....32, 235, 324

Imputation.....164

Industrialisation.....172

Infractions internationalement définies....285

Institutionnalisation du contrôle de
l'application du droit international.....322

Mandat d'arrêt européen.....49, 283,
289, 291, 292, 296, 318

Mécanisme d'examen de l'application de la
convention des Nations Unies contre la
corruption.....360

Mondialisation.....25, 58, 204, 329

Montedison (affaire).....227

Monitoring.....170, 347

N

Non bis in idem.....255, 288, 295, 386

Nationalité des personnes morales.....218

Négociation des textes internationaux
anticorruption.....346

Non Prosecution Agreements (Etats-Unis)...
.....376

Normes comptables.....	60, 176, 227, 371	Responsabilité pénale des personnes morales.....	<u>157</u> , <u>402</u>
<i>Nulla poena sine lege</i>	197, 285	Restitution des produits de la corruption.....	301, 311, 339, 397
O			
Obligation de surveillance.....	<u>167</u> , <u>176</u> , <u>181</u>	S	
Organisation internationale intergouvernementale	33, <u>321</u>	Saisie.....	<u>300</u>
Organisation non gouvernementale....	<u>52</u> , 94, <u>332</u>	Sanctions.....	60, 99, <u>168</u> , <u>371</u> , 397
P			
Pacte mondial (ONU).....	<u>400</u>	Secret bancaire.....	<u>61</u> , <u>265</u> , <u>299</u> , <u>.307</u>
Paiement de facilitation.....	<u>147</u>	Securities exchange commission (SEC, Etats-Unis)....	28, 138, 150, 227, <u>370</u> , 413
Paradis fiscaux....	61, 90, 119, 302, 311, 338	<i>Self executing</i> (dispositions conventionnelles)	<u>197</u>
<i>Plea agreements</i> (Etats-Unis).....	<u>376</u>	Séparation de pouvoirs.....	12
Prescription.....	254, 287	<i>Serious fraud office</i> (SFO, Royaume-Uni).....	<u>379</u>
« Procédures adéquates » (Royaume-Uni).....	182	Société civile internationale.....	<u>51</u> , <u>332</u>
Q			
<i>Quid pro quo</i> (Etats-Unis)....	16, 19, 122, 125, 131	<i>Soft Law</i>	291, 383, 406, 409
T			
R		Souveraineté... 59, 89, 90, 118, 195, 198, 199, 215, 235, 243, 244, 256, 276, 364, 386, 399, 413	
Recouvrement des avoirs (ONU).....	<u>310</u>	Statut de Rome (v. Cour Pénale International)	
Renvoi (technique juridique de).....	<u>96</u>	T	
Réparation.....	45, 55, 301, 312, 405	Technip (société française).....	230, 414
<i>Respondeat superior</i>	<u>173</u>	<i>Theories of compliance</i> (Etats-Unis).....	324
		Toute chose de valeur (anything of value).....	<u>123</u>
		Traité d'Amsterdam.....	46
		Traité de Maastricht.....	46, 99
		Traité de Versailles.....	245, 384

Transparency International...33, 52, 56, 60,
90, 327, 414

Tribunal International de Nuremberg...247,
385

V

Vicarious liability.....173

Visites sur place.....353, 355, 362, 364

W

Watergate.....28, 233, 414

Whistleblowers (Etats-Unis).....371

Wilful blindness141, 145

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	7
INTRODUCTION GENERALE	8
PREMIERE PARTIE LA DELICATE HARMONISATION DES CRITERES D'INCRIMINATION.....	65
 CHAPITRE 1 LES RECENTES DEFINITIONS TEXTUELLES DE LA NOTION D'AGENT PUBLIC ETRANGER.....	66
Section 1 Les définitions de <i>l'agent public étranger</i> dans les textes : première approche chronologique	67
§ 1 - La matrice des textes internationaux ultérieurs : une loi nationale, la loi fédérale américaine du 19 décembre 1977.....	68
§ 2 - L'Inter-American convention against corruption de Caracas, conclue dans le cadre de l'OEA le 29 mars 1996.....	68
§ 3 – La convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne du 26 mai 1997	70
§ 4 - L'OCDE : la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997	71
§ 5 - La convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 ...	72
§ 6 – La convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption du 11 juillet 2003	73
§ 7 - La convention des Nations Unies contre la corruption du 11 décembre 2003	74
Section 2 Analyse des éléments constitutifs et comparaison des définitions <i>d'agent public étranger</i>	76
§ 1 - L'identification de l'agent public étranger par son appartenance à l'appareil institutionnel de l'Etat	77
A - La notion de « gouvernement » en droit international.....	77
B - Observations concernant les textes les plus couramment mentionnés par les professionnels de lutte contre la corruption	78
§ 2 - L'identification de l'agent public étranger : le critère fonctionnel.....	78
A - L'agent public étranger, agent chargé d'une activité d'intérêt public au sein de l'Etat	79
B - L'agent public étranger, agent rattaché à un organisme public ou une entreprise publique.....	81
1 - La difficile compatibilité entre le texte états-unien du FCPA et l'IACAC.....	81

2 - La souplesse de la convention de l'OCDE pour la définition de « <i>l'agent public étranger</i> »	83
C - L'agent public étranger, agent chargé occasionnellement et de facto d'une activité d'intérêt public	86
1 – Le continent américain.....	86
2 - Pays de l'OCDE	87
§ 3 - L'identification de l'agent public étranger par le critère de l'attribution de la qualité d'agent.....	89
A - L'attribution par l'Etat	89
B - Peut-on considérer au point de vue du droit international de lutte contre la corruption une partie du territoire d'un Etat comme un territoire étranger sur lequel intervient des agents de l'Etat, mais qui sont alors qualifiés comme des agents publics étrangers ?.....	91
C - Attribution par une organisation intergouvernementale.....	91
1 - Par la convention de l'OCDE	91
2 - <i>Foreign Corrupt Practices Act</i>	93
3 - La convention des Nations unies	93
D - Agents publics et organisations non gouvernementales	94
Section 3 La spécificité du droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe : absence de définition internationale, régionale, européenne de « <i>l'agent public étranger</i> » et renvoi au droit national	95
§ 1 - La technique juridique du renvoi.....	96
§ 2 - Le champ d'application de la qualité d'« agent public étranger » au sein de l'Union européenne selon la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne du 26 mai 1997	97
A - La définition de la notion de « fonctionnaire communautaire »	98
B - Le renvoi de la définition de la notion de « fonctionnaire national »	100
§ 3 - Le champ d'application selon la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999.....	101
CONCLUSION.....	104
CHAPITRE 2 LA RELATIVE SYMETRIE DES DEFINITIONS TEXTUELLES DES INFRACTIONS	106
Section 1 Etude comparative de l'infraction de corruption au sein des textes internationaux pertinents.....	108
§ 1 – Première approche comparative : la spécificité des infractions mentionnées dans les textes internationaux	108
A - Le FCPA : des éléments constitutifs à géométrie variable	109
B - L'IACAC : une corruption d'agent public étranger conditionnée par la Constitution et principes fondamentaux du droit interne des Etats parties à la convention.....	111
C - L'Union Européenne : la corrélation des éléments constitutifs en matière de corruption active et de corruption passive.....	113
D - L'OCDE : les éléments constitutifs orientés par le mandat spécifique de cette organisation	113

E - La convention pénale du Conseil de l'Europe : les éléments constitutifs inspirés des définitions nationales et internationales existantes.....	115
F - L'Union africaine : l'absence d'une disposition visant l'incrimination de la corruption des agents publics étrangers	117
G - La convention des Nations Unies contre la corruption : des éléments constitutifs analogues à ceux de la convention de l'OCDE et du Foreign Corrupt Practices Act.....	117
§ 2 – Deuxième approche comparative : les éléments constitutifs des infractions de corruption mentionnées dans les textes internationaux	119
A - L'auteur de la corruption active	120
B - L'offre, la promesse ou le don d'un avantage indu	122
1 - Le FCPA : « <i>pour faciliter une offre, un paiement, une promesse de payer ou une autorisation de paiement de tout argent ou offre, cadeau, promesse de donner ou autorisation de donner toute chose de valeur</i> »	123
2 - L'IACAC : « <i>l'acte d'offrir ou de donner à un fonctionnaire d'un autre Etat, directement ou indirectement, tout objet de valeur pécuniaire ou tout autre bénéfice, tels que des dons, des faveurs, des promesses ou des avantages</i> »	124
3- L'Union européenne : « <i>promettre ou de donner un avantage de quelque nature que ce soit</i> »	125
4 - L'OCDE : « <i>d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre</i> ».....	126
5 - La convention pénale du Conseil de l'Europe : « <i>le fait de proposer, d'offrir ou de donner, tout avantage indu</i> »	128
6 - La CNUCC : « <i>de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage indu</i> »	129
C - L'élément moral : le dol	130
1 - Le fait intentionnel.....	130
3 - Les infractions ayant pour objectif final un aspect commercial : le dol spécial..	136
§ 3 - L'infraction de la corruption indirecte.....	139
A - FCPA : « <i>quiconque, tout en sachant</i> ».....	139
B - L'IACAC : « <i>Tout acte ou omission par toute personne qui, elle-même ou par personne interposée, ou à titre d'intermédiaire, cherche à obtenir l'adoption, par l'autorité publique, d'une décision en vertu de laquelle cette personne obtient illicitement, pour elle-même ou pour toute autre personne, un avantage ou bénéfice quelconque, qu'il y ait préjudice ou non pour le patrimoine de l'Etat</i> ».....	144
C - L'OCDE : « <i>directement ou par des intermédiaires</i> »	145
D - Les textes européens et le texte onusien.....	146
Section 2 Les comportements insusceptibles d'être qualifiés d'acte de corruption en raison des circonstances et du contexte.....	146
§ 1 - Les exceptions prévues par le droit fédéral américain	147
A - Paiements de facilitation	147
B - Moyens de défense « <i>affirmatifs</i> »	149
C - Opinions du ministre de la Justice	150
§ 2 - L'asymétrie entre le droit fédéral états-unien et le droit régional dans le cadre de l'OEA (l'IACAC) en matière des paiements de facilitation	151
§ 3 – La clarification de l'approche de l'OCDE en 2009 en matière de paiements de	

facilitation.....	152
§ 4 - La banalité des exceptions prévues par la convention pénale du Conseil de l'Europe	155
CONCLUSION.....	155
CHAPITRE 3 LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES : UNE RESPONSABILITE LACUNAIRE	157
Section 1 L'approche des textes internationaux : la marge de liberté laissée aux autorités nationales concernant les personnes morales.....	159
§ 1 – Présentation de dispositions conventionnelles pertinentes.....	159
A –L'Union européenne : la responsabilité des personnes morales visée par le second protocole relatif à la protection des intérêts financiers	159
B – L'article 2 de la convention de l'OCDE	160
C – L'article 18 de la convention pénale du Conseil de l'Europe	161
D – L'article 26 de la convention des Nations unies contre la corruption	161
E – La convention de l'Organisation des Etats Américains	162
§ 2 - Définition de la personne morale	162
§ 3 – Mécanismes d'imputation d'un acte de corruption à une personne morale	164
§ 4 - Obligation de surveillance pesant sur la personne morale	167
§ 5 - Le rapport entre la responsabilité à l'encontre des personnes physiques et la responsabilité distincte à l'encontre des personnes morales	168
§ 6 - Sanctions encourues.....	169
Section 2 La transposition des règles juridiques internationales : les mécanismes juridiques de droit interne en matière de la responsabilité pénale des personnes morales	172
§ 1 - L'exemple du droit fédéral américain	173
A - La notion de respondeat superior.....	173
B - L'acte visé : within the scope of employment and intended, at least to some degree, to benefit the corporation	174
C - Les personnes morales visées par le texte du FCPA.....	175
D - Le manque de surveillance.....	176
§ 2 – L'exemple du Royaume Uni	177
A - La notion de l'identification/alter ego.....	178
1 - L'esprit dirigeant	178
2 - L'intérêt pour la personne morale	180
B - Les personnes morales visées : section 7 (5) du Bribery Act 2010.....	180
C - Le manque de surveillance : la nouvelle infraction de la loi britannique	181
§ 3 - L'exemple de la France	183
A - L'article 121-2 du Code pénal : l'infraction commise par une personne morale pour son compte par ses organes ou représentants.....	183
1 - Organes ou représentants	185
2 - Infraction commise pour son compte.....	187
B - Les personnes morales visées	187
CONCLUSION.....	189
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	191

SECONDE PARTIE LA DIFFICILE APPLICATION DES TEXTES INTERNATIONAUX . 193

CHAPITRE 4 L'EXTENSION DE LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS NATIONALES.....194

Section I Les principes de droit international en matière de compétence des juridictions nationales	195
§ 1 – L'obligation de prendre des mesures internes d'exécution	195
§ 2 – La compétence territoriale	198
§ 3 - La compétence personnelle.....	201
A - La compétence personnelle active.....	202
B - La compétence personnelle passive.....	203
§ 4 – Normes extraterritoriales	203
Section 2 Les titres juridiques de compétence des juridictions nationales dans les conventions internationales de lutte contre la corruption	205
§ 1 – La compétence des juridictions nationales pour connaître des actes de corruption commis sur le territoire national par des agents nationaux et/ou des agents étrangers	206
§ 2 – La compétence des juridictions nationales pour connaître les actes de corruption commis par les agents nationaux en territoire étranger	210
§ 3 – La compétence des juridictions nationales pour connaître les actes de corruption : une compétence sui generis à l'égard des agents publics internationaux.....	216
Section 3 La compétence des juridictions nationales à l'égard des filiales à l'étranger	218
§ 1 Les critères de rattachement de nationalité de la personne morale	219
§ 2 - L'exemple de la convention de l'OCDE	223
§ 3 - Les solutions proposées par le FCPA à l'égard des filiales à l'étranger	225
§ 4 - La portée extraterritoriale de la nouvelle loi britannique contre la corruption de 2010	228
Section 4 La tentation de l'américanisation du droit international : l'application extraterritoriale du <i>Foreign Corrupt Practices Act</i>	230
§ 1 – La volonté états-unienne d'exportation juridique	231
A - L'approche du droit américain en matière de juridiction extraterritoriale	231
1 - Une présomption contre la compétence extraterritoriale	231
2 - Une présomption nécessairement infléchie	232
3 - Un exercice <i>raisonnable</i> de la compétence extraterritoriale des juridictions nationales.....	232
B - La possibilité d'exportation juridique ouverte par le FCPA	233
1 - Une motivation d'ordre éthique.....	233
2 - Une motivation d'ordre économique	234
3 - Un danger d'impérialisme économique et moral	235
§ 2 – La loi du 12 novembre 1998 : l'extension du champ d'application du Foreign Corrupt Practices Act par le principe de nationalité	236
§ 3 – La loi du 12 novembre 1998 : l'extension du champ d'application du Foreign Corrupt Practices Act par le principe de territorialité.....	237
A - Le FCPA avant 1998	237
B - Les modifications du FCPA relative au principe de territorialité	238
CONCLUSION.....	239

CHAPITRE 5 LA COOPERATION JUDICIAIRE INTERETATIQUE	241
Section I L'évolution historico institutionnelle de la coopération pénale internationale	242
§ 1 – L'accélération de la coopération entre les Etats dans le domaine du droit international pénal	242
§ 2 – L'entraide interétatique influencée par la gravité de certains crimes	245
Section 2 L'analyse juridique des textes internationaux de lutte contre la corruption en matière d'entraide judiciaire.....	249
§ 1 – La coopération judiciaire interétatique dans le contexte de la lutte contre la corruption internationale	249
A- Nécessité de la coopération judiciaire interétatique en matière de corruption internationale	249
B – Principes juridiques d'entraide judiciaire en matière de lutte contre corruption internationale	250
1 - L'adage latin <i>pacta sunt servanda</i> prévoit une soumission au droit international	251
2 – Le principe de la double incrimination.....	251
3 - La pratique de l'extradition a donné naissance à la règle de la spécialité de l'extradition	253
4 - La pratique de la coopération internationale connaît le principe de réciprocité	253
5 – Les exceptions ou exclusions à l'entraide judiciaire.....	254
§ 2 - La vue perspective et comparative des textes internationaux en matière d'entraide judiciaire dans le cas de corruption internationale	257
A - Modalités de coopération	257
1 - L'IACAC : l'assistance mutuelle la plus étendue.....	257
2 - La convention de l'Union européenne : coopérer de façon effective	258
3 - La convention de l'OCDE : une aide juridique prompte et efficace	259
4 - La convention pénale du Conseil de l'Europe : la coopération internationale la plus large possible.....	262
5 - La convention des Nations unies : la coopération la plus vaste possible	265
B - Dispositions relatives à l'échange d'information	269
C - L'établissement d'autorités nationales centrales chargées de la lutte contre la corruption internationale	271
D - Correspondance directe.....	273
E - Information des suites données à la demande d'assistance	274
F - Les critères relatifs au refus de coopération	275
CONCLUSION.....	277
CHAPITRE 6 L'INDISPENSABLE TRANSFERT DES PERSONNES ARRETEES ET DES BIENS SAISIS	279
Section 1 Un acte juridique essentiel : l'extradition en cas de corruption internationale	280
§ 1 - Le droit international en matière de l'extradition	280
A – Les caractéristiques du mécanisme juridique de l'extradition	280
B – La mise en œuvre de l'extradition	283
1 - La situation de l'individu	283

2 - La nature de l'infraction.....	284
3 - Les questions de procédure pénale	287
C - Aut dedere, aut judicare.....	288
§ 2 - Les textes internationaux de lutte contre la corruption, base juridique de l'extradition	289
A- L'approche générale des conventions internationales de lutte contre la corruption en matière d'extradition.....	290
B- L'approche des conventions anticorruption en matière des motifs de refus d'extradition	294
Section 2 La confiscation, la saisie, le gel et le transfert des avoirs en matière de corruption internationale.....	300
§ 1 – Les dispositifs généralement prévus par les textes internationaux : les mesures concernant la propriété en matière de lutte contre la corruption.....	300
A- La pertinence des mesures relatives à la privation juridique de propriété.....	301
B - Les textes internationaux de lutte contre la corruption en matière de propriété : approche générale	303
C – L'argument du secret bancaire : motif irrecevable en matière de coopération pour la lutte contre la corruption.....	308
§ 2 - Le cas particulier de la convention des Nations Unies : une réglementation détaillée du recouvrement des avoirs issus de la corruption.....	310
CONCLUSION.....	318
CHAPITRE 7 LE ROLE ESSENTIEL DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES INTERGOUVERNEMENTALES : LES MECANISMES INSTITUTIONNELS DE CONTROLE DE L'APPLICATION DES TEXTES INTERNATIONAUX.....	321
Section 1 Les spécificités du processus de contrôle l'application des traités de lutte contre la corruption internationale.....	322
§ 1 - Le contexte particulier de l'application des textes internationaux de lutte contre la corruption.....	322
A- La difficile mise en œuvre du droit international : un constat préalable	322
B - Les traités de lutte contre la corruption et les « theories of compliance ».....	324
1 - « <i>State behaviour</i> » et le respect du droit international.....	324
2 - « <i>Game theory</i> » : le dilemme du prisonnier	326
3 - Impérialisme moral et corruption internationale	328
§ 2 - Le rôle des OIG dans les processus de contrôle de l'application des traités de lutte contre la corruption internationale.....	329
A - Mécanismes de garanties interétatiques	329
B - Mécanismes de garantie institutionnels créés par des organisations internationales	330
§ 3 – L'intervention des ONG et de la société civile dans les mécanismes de lutte contre la corruption.....	332
A – L'élosion de la société civile mondiale	332
B – Le rôle de l'ONG Transparency International dans la lutte contre la corruption ...	335
1 - Transparency International : lutter pour la transparence et l'intégrité de la vie	

publique et économique.....	335
2 – TI France.....	338
3 - TI dans la rédaction et suivi des conventions de lutte contre la corruption internationale	339
Section 2 Les organes internationaux spécifiques créés par les traités de lutte contre la corruption internationale.....	343
§1 – La naissance des mécanismes institutionnels de contrôle des conventions de lutte contre la corruption internationale	343
A - L'initiative en vue de l'élaboration d'un traité	344
B – La négociation et signature du traité	346
C – Les clauses conventionnelles créant un mécanisme institutionnel de contrôle	347
§ 2 – Le fonctionnement des mécanismes de contrôle de l'application des textes de lutte contre la corruption au niveau régional	349
A – La convention de l'OEA : le MESICIC.....	349
B - La convention de l'OCDE : le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales	353
C – Le Conseil de l'Europe : le GRECO.....	356
§ 3 - Le mécanisme de contrôle de l'application du texte de lutte contre la corruption au niveau universel : le Mécanisme d'examen de l'application de la convention des Nations Unies contre la corruption.....	360
CONCLUSION.....	366
CHAPITRE 8 PROPOSITIONS D'AMELIORATION DES DISPOSITIFS JURIDIQUES INTERNATIONAUX EXISTANTS.....	367
§ 1 - Paragraphe introductif	367
Section 1 La réplique au niveau international d'un modèle national de mise en œuvre efficace : l'exemple étatsunien	369
§ 1 – La politique étatsunienne de mise en œuvre du FCPA : première approche	369
A – L'analyse favorable de la mise en œuvre étatsunienne par le Groupe de travail de l'OCDE	369
B - Autorités de poursuite étatsunaises : moyens et volonté importants	372
1 – <i>La Fraud Section</i> du DOJ	373
2 - <i>La Criminal division</i> du DOJ	373
3 – <i>L'Enforcement division</i> de la SEC	373
4 – Conclusion sur les autorités de poursuites en matière du FCPA.....	374
§ 2 – La tentation de la réPLICATION du système étatsunien de justice transactionnelle en droit international	374
A – La justice transactionnelle américaine en matière du FCPA	374
1 - <i>Plea agreements</i>	376
2 - <i>Deferred prosecution agreements</i> et des <i>Non-prosecution agreements</i>	376
B – Comparaison des droits nationaux en matière de justice transactionnelle	378
C - L'utilisation des Corporate monitor	380
D - Confiscation des produits de la corruption	381
Section 2 L'étude des hypothèses de changement de paradigme en matière de lutte contre	

la corruption en vue d'une efficacité accrue.....	383
§ 1 - Le rôle potentiel de la répression internationale dans la lutte contre la corruption	384
A – La corruption dans le contexte de la répression internationale.....	384
1 – L'évolution de la répression internationale : approche synthétique	384
2 – L'évolution de la lutte contre la corruption : vers la troisième étape du processus d'internationalisation du droit pénal	387
B – La modification du Statut de Rome : la corruption comme crime d'agression économique.....	389
1 – L'identification de la corruption en tant que crime international	389
2 – L'idéal de la modification du Statut de Rome	391
C - La corruption incriminée par la Cour pénale internationale en tant que crime contre l'humanité.....	393
1 – Corruption et « déportation ou transfert forcé de population »	394
2 – Corruption et « <i>autres actes inhumains</i> »	396
§2 - Une métamorphose souhaitable de la lutte contre la corruption : le respect par les sociétés multinationales des droits de l'homme.....	397
A - Corruption et droits de l'homme	398
B – Les indicateurs du développement croissant de la protection des droits de l'homme dans le commerce international.....	400
1 – Le Pacte mondial des Nations Unies	400
2 – Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales	402
C - Le travail du Professeur J. Ruggie : Représentant spécial des Nations Unies pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises	404
D – Les entreprise et les droits de l'homme : vers un nouveau paradigme juridique international	407
CONCLUSION.....	411
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	412
CONCLUSION GENERALE.....	413
BIBLIOGRAPHIE	415
SIGLES ET ABREVIATIONS	437
INDEX ALPHABETIQUE	441
TABLE DES MATIERES	447

Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers

Les Etats ont depuis de nombreuses années incriminé la corruption des agents publics nationaux. La crise de l'énergie de 1973 et la fin de la guerre froide de 1989 ont néanmoins stimulé l'apparition d'une forme spécifique de corruption jusqu'alors passé sous silence par les textes juridiques : la corruption d'un agent public étranger.

La lutte contre la corruption des agents publics étrangers a récemment connu un essor international normatif considérable notamment avec l'entrée en vigueur de plusieurs conventions internationales à visée régionale et universelle. La genèse de cette réaction internationale est avant tout d'inspiration étatsunienne. Promulgué aux Etats-Unis en 1977 dans le sillage de l'affaire du *Watergate*, le *Foreign Corrupt Practices Act* fut la première loi nationale incriminant la corruption d'un agent public étranger. Cette loi est progressivement devenue la matrice des textes internationaux ultérieurs.

La lutte contre la corruption internationale doit faire face aux difficultés de mise en œuvre qui sont inhérentes à l'application des conventions internationales. Il est parfois estimé que ce dispositif juridique international n'est pas toujours d'une efficacité parfaite. Un premier niveau de recherche qui consiste à opérer une analyse des textes juridiques, conduira à étudier la dimension opératoire des dispositifs en vigueur. A la lumière des avis des praticiens contemporains de lutte contre la corruption, un second niveau d'analyse complétant le premier aura pour objectif final de formuler des propositions d'amélioration des mécanismes juridiques existants en droit international positif.

The international normative framework combating the corruption of foreign public officials

States have criminalised the corruption of their national public officials for many years. The 1973 energy crisis and the end of the Cold War catalyzed however the increase of a specific form of corruption which had been until that point largely ignored by the legislators: the corruption of a foreign public official.

The combat against the corruption of foreign public officials has recently witnessed major international normative developments notably with the entry into force of several international conventions at regional and global levels. The genesis of this international reaction can largely be attributed to the United States. In the wake of the Watergate scandal, the Foreign Corrupt Practices Act was signed into law by President Carter in 1977 becoming the first national legislation criminalising the corruption of foreign public officials. This law progressively became the template of the future international texts.

The fight against this form of corruption faces many of the enforcement difficulties which are inherent to the application of international conventions. The efficacy of the international legal framework can logically be questioned. A primary analysis of the pertinent legal instruments will therefore attempt to highlight the strengths and weaknesses of this framework. In the light of the opinion of various experts in the combat against corruption, a second level of analysis which completes the first shall formulate proposals to improve the existing legal mechanisms in current international law.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Agent public étranger, commerce international, coopération judiciaire interétatique, corruption active, Cour Pénale Internationale, *Foreign Corrupt Practices Act*, harmonisation des textes internationaux, justice transactionnelle, *monitoring*, recouvrement des avoirs, responsabilité des personnes morales.

Université du Sud Toulon –Var. UFR Faculté de droit.

Centre de droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras. UMR CNRS 6201

35, avenue Alphonse Daudet – BP 1416

83056 TOULON Cedex