
COMBATTRE LA CORRUPTION

Incriminations

par M. Roderick MACAULEY
Conseiller en droit pénal
au ministère de la Justice du Royaume-Uni

**Synthèse thématique
du Troisième Cycle d'Evaluation
du GRECO**



Groupe d'Etats contre la corruption
Group of States against Corruption



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

COMBATTRE LA CORRUPTION

Incriminations

par M. Roderick MACAULEY
Conseiller en droit pénal
au ministère de la Justice du Royaume-Uni

Synthèse thématique
du Troisième Cycle d'Évaluation
du GRECO

Table des matières

Introduction	5
Thèmes généraux et observations	9
Thèmes spécifiques	22
Distinctions public/privé	22
Agents publics	23
L'exercice de fonctions	26
Infractions pénales autonomes	29
Déficiences de base et cohérence	32
Avantage indu	35
Secteur privé	39
Trafic d'influence	45
Corruption d'acteurs étrangers internationaux	49
STE n° 191 (Jurés et arbitres)	52
Compétence extraterritoriale	54
Sanctions	57
Regret réel	62
Prescription	66
Répression et efficacité	68
Conclusions	79

Introduction

1. Le Groupe d'Etats contre la corruption («GRECO»)¹ du Conseil de l'Europe, établi au moyen d'un Accord partiel élargi en mai 1999, a pour but d'«améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en veillant à la mise en œuvre des engagements qu'ils ont pris dans ce domaine, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles»². Il assume cette mission grâce à des activités de suivi (monitoring) concernant «l'application des Principes directeurs pour la lutte contre la corruption tels qu'adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 6 novembre 1997» et «la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux qui seront adoptés en application du Programme d'action contre la corruption, conformément aux dispositions contenues dans ces instruments»³. Les 20 Principes directeurs adoptés par le Comité des Ministres le 6 novembre 1997 couvrent une large gamme de mesures juridiques, de politiques et de pratiques conçues pour lutter contre la corruption sous toutes ses formes. La Convention pénale sur la corruption (Série des traités européens (STE)⁴ n° 173), adoptée à l'origine le 27 janvier 1999, et son Protocole additionnel (STE n° 191), adopté le 15 mai 2003, créent pour les Etats signataires des obligations visant à incriminer la corruption dans le secteur public comme dans le secteur privé.

2. Dans le cadre de son mandat, tel que précisé plus haut, le GRECO a lancé trois cycles d'évaluation. Le 1^{er} cycle d'évaluation, entamé en janvier 2000, visait à analyser dans quelle

1. L'acronyme est tiré du nom en français du mécanisme de monitoring (Groupe d'Etats contre la corruption).

2. Article 1 du statut du GRECO.

3. Article 2 *ibid.*

4. Les conventions et accords ouverts à la signature entre 1949 et 2003 ont été publiés dans la «Série des Traités Européens» (STE n° 001 à 193 inclus). Depuis 2004, celle-ci est prolongée par la «Série des Traités du Conseil de l'Europe» (STCE n° 194 et suivants).

mesure les dispositions légales, les structures administratives et les pratiques en vigueur dans les Etats membres reflétaient les principes n^{os} 3, 6 et 7 des 20 Principes directeurs, traitant de l'indépendance et de l'autonomie des organes d'investigation, de poursuite et de condamnation dans les affaires de corruption, des immunités en matière de responsabilité pénale et de la spécialisation des organes chargés de lutter contre la corruption. La portée du respect par les Etats membres des obligations énoncées dans la STE n^o 173 a été analysée pour la première fois dans le deuxième cycle d'évaluation, lancé en janvier 2003, qui, s'intéressant à la saisie et à la confiscation des produits de la corruption, aux liens entre la corruption et le blanchiment d'argent/crime organisé, aux structures de l'administration publique, aux droits et aux devoirs des agents publics, à la responsabilité des personnes morales et à la législation fiscale, a examiné le respect par les Etats membres des dispositions prévues aux articles 14, 18, 19 et 23 de la STE n^o 173, ainsi qu'à l'égard des principes directeurs n^{os} 4, 5, 8, 9, 10 et 19. A bien des égards, on peut raisonnablement dire que le GRECO « cherchait ses marques » durant les deux premiers Cycles d'évaluation. Il est certain que ces deux Cycles lui ont permis de poser convenablement les bases de ses procédures d'évaluation⁵. Les cycles d'évaluation durent aussi longtemps que nécessaire pour mener à bien l'ensemble du processus d'évaluation pour chacun des Etats membres du GRECO. C'est pourquoi il s'agit là d'un processus permanent. Ainsi, lorsque des Etats adhèrent au GRECO après que tous les autres Etats membres ont achevé les 1^{er} et 2^e Cycles d'évaluation, les nouveaux venus font l'objet d'une procédure d'évaluation conjointe pour les 1^{er} et 2^e Cycles⁶. La Slovaquie et la Finlande ont été les premiers Etats membres du GRECO

5. En bref, les procédures d'évaluation du GRECO se composent d'un questionnaire, d'une visite dans le pays par une Equipe d'évaluation du GRECO (EEG) sélectionnée, de l'adoption en session plénière d'un rapport d'évaluation contenant les recommandations appropriées et de rapports de suivi sur le degré de conformité avec les recommandations.

6. Saint-Marin a fait l'objet de l'Evaluation conjointe des 1^{er} et 2^e Cycle en 2011.

à être évalués au titre du 3^e Cycle, entamé en janvier 2007, qui se poursuivra encore en 2012⁷. Ce processus de cycles d'évaluation interconnectés et qui se chevauchent permet de développer et d'affiner en permanence les procédures et les normes du GRECO, qui en tire en outre la capacité à conjuguer la cohérence et l'égalité de traitement avec une réponse nuancée et flexible à des circonstances spéciales qui peuvent se produire durant les évaluations de chaque Etat membre.

3. Le 3^e Cycle d'évaluation du GRECO comprend deux thèmes distincts : le Thème I (Incriminations) et le Thème II (Transparence du financement des partis politiques). L'évaluation du Thème I dans le cadre de ce Cycle concerne le respect des dispositions des articles 1a et 1b (définitions) ; 2 à 12 (obligations principales d'incriminer le comportement), 15 (actes de participation), 16 (immunité), 17 (compétence), 19 paragraphe 1 (sanctions et mesures effectives, proportionnées et dissuasives) de la STE n° 173 et des articles 1 (définitions), 2 à 6 (arbitres et jurés nationaux et étrangers) de la STE n° 191 et du Principe directeur 2 (incrimination de la corruption). Les évaluations du Thème I du Cycle, aux yeux de beaucoup, mettent le GRECO au cœur de la problématique de la lutte contre la corruption. Les pots-de-vin et la corruption sapent l'Etat de droit et les valeurs éthiques sur lesquelles reposent nos sociétés démocratiques et leurs institutions. La corruption est un phénomène qui touche le monde entier, entraîne des distorsions sur les marchés, subvertit la libre concurrence, affaiblit les activités commerciales légitimes et nuit gravement à de nombreuses économies en développement et émergentes. Il s'agit donc d'un phénomène d'une extrême gravité qui devrait entraîner l'engagement de la responsabilité pénale et les sanctions qui s'ensuivent. Pour beaucoup, donc, la portée du respect par les Etats membres du GRECO des dispositions des STE n° 173 et n° 191 est un indicateur pertinent de leur engagement en faveur de la lutte contre le versement de pots-de-vin et la corruption.

7. L'Evaluation du 4^e cycle du GRECO a démarré en janvier 2012.

4. Le présent rapport contient une analyse comparative et thématique des rapports d'évaluation établis dans le cadre du Thème I du 3^e Cycle d'évaluation du GRECO adoptés et publiés avant le 21 octobre 2011⁸. Plutôt que de se livrer à une appréciation comparative détaillée des divers niveaux de conformité avec les dispositions des STE n° 173 et n° 191 dans chacun des droits internes des Etats membres du GRECO, il s'efforce d'identifier et d'approfondir des thèmes qui ont émergé au cours des évaluations. Ce rapport commence par exposer et approfondir un certain nombre d'observations sur des thèmes généraux liés aux différences dans les systèmes juridiques et le respect des obligations internationales, le processus de réforme du droit pénal de la corruption en général dans tous les Etats membres du GRECO, et la manière dont ces réformes sont liées au processus d'évaluation du 3^e Cycle du GRECO. Cette partie est suivie de l'examen de thèmes communs émergeant de l'analyse de conformité du GRECO à l'égard des obligations détaillées telles qu'énoncées dans les STE n°s 173 et 191. Dans cette section, les thèmes analysent la portée du concept d'agent public, dans quelle mesure la corruption active et passive fait l'objet d'infractions pénales autonomes, des questions liées aux éléments de l'infraction pénale telle qu'énoncée dans les STE n°s 173 et 191, dans quelle mesure la corruption dans le secteur privé est érigée en infraction pénale, les problèmes conceptuels et pratiques très particuliers associés à l'incrimination du trafic d'influence, les questions émanant de la diversité, par nature et par vocation, des lois des Etats membres du GRECO qui traitent la

8. Il s'agit des rapports des 39 pays suivants: Albanie, Andorre, Arménie, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Danemark, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Irlande, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, République de Moldova, Monténégro, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, République de Serbie, République slovaque, Slovénie, Espagne, Suède, «ex-République yougoslave de Macédoine», Turquie et Royaume-Uni. L'évaluation du 3^e Cycle est en cours pour les dix autres Etats membres du GRECO, à savoir: l'Autriche, le Bélarus, l'Italie, le Liechtenstein, Monaco, la Fédération de Russie, Saint-Marin, la Suisse, l'Ukraine et les Etats-Unis d'Amérique.

corruption d'acteurs étrangers internationaux, la juridiction extraterritoriale, les régimes de sanctions en vigueur pour les infractions pénales de corruption et le fonctionnement de l'exception spéciale du « regret réel ». Enfin, ce rapport approfondit la question de l'efficacité des droits nationaux des Etats membres du GRECO, et propose des conclusions sur les relations entre la conformité aux normes internationales, d'une part, et les résultats en matière d'efficacité et de volonté d'application du pouvoir de l'Etat, d'autre part, comme ils se manifestent dans les systèmes de justice pénale.

5. Lorsqu'il traite des systèmes juridiques des Etats membres tels qu'ils sont examinés dans les rapports d'évaluation du 3^e Cycle, ce rapport utilise le présent, pour refléter les conclusions des équipes d'évaluations et du GRECO en session plénière lors de l'adoption du rapport concerné. Il est bien entendu admis que les conclusions reflétées dans les rapports d'évaluation peuvent ne pas refléter la position juridique actuelle dans les Etats, étant donné que la loi en vigueur dans un nombre significatif d'Etats membres qui seront évoqués dans le présent rapport a évolué depuis la publication du rapport d'évaluation les concernant. Les paragraphes en note de bas de page font référence au rapport d'évaluation sur l'Etat considéré.

Thèmes généraux et observations

6. En première approche, les rapports d'évaluation du 3^e Cycle du GRECO révèlent, de manière générale, un bon niveau de conformité avec les obligations établies dans les STE n^{os} 173 et 191. Les équipes d'évaluations du GRECO (« EEG ») ont constaté un niveau de conformité très élevé avec les obligations susmentionnées dans les systèmes juridiques de la Hongrie, de Malte et de la Norvège, par exemple. Les rapports ne portent pas de jugement sur le choix du modèle de droit pénal, à moins que celui-ci n'ait un impact direct sur la capacité de l'arsenal juridique à doter les autorités des moyens nécessaires pour s'attaquer à la corruption. Un ou deux systèmes juridiques ont donné lieu à une critique du fait de leur nature anachronique, qui les rend donc mal équipés pour traiter

de la corruption au XXI^e siècle. Les rapports concernant les systèmes juridiques de la Grèce et du Royaume-Uni en sont de bons exemples. Le rapport pour le Royaume-Uni a relevé que les dispositions légales étaient critiquées depuis plus d'une décennie, que plusieurs tentatives avaient été faites pour les réformer, et que, pour beaucoup, elles sont considérées comme dépassées. Le rapport cite le point de vue du Groupe de travail de l'OCDE contre la corruption selon lequel : «il est largement reconnu que le droit substantif en vigueur régissant la corruption au Royaume-Uni est caractérisé par sa complexité et son incertitude»⁹. En certaines occasions, le GRECO, conscient que l'économie est de plus en plus globalisée, exprime les préoccupations que lui cause la tendance de certains Etats à considérer que la corruption est un problème mineur dans leur système de justice pénale. Cette tendance pourrait s'expliquer historiquement du fait que dans ces pays, les affaires de corruption n'ont jamais été très nombreuses, ou parce que le pays concerné est de taille plus petite et, par tradition, s'appuie beaucoup sur une cohésion sociale informelle. Dans le rapport relatif à l'Islande, par exemple, le GRECO a jugé que «la perception locale de l'Islande comme un pays à faible niveau de corruption pourrait, aujourd'hui ou à l'avenir, affaiblir la vigilance vis-à-vis de ces infractions. A cet égard, il a en plusieurs occasions été indiqué à l'EEG que les tentations de corruption augmentent en Islande du fait de la libéralisation du marché et de l'internationalisation de l'économie que le pays connaît depuis quelques années. Les sociétés islandaises investissent maintenant des sommes importantes à l'étranger et sont donc davantage exposées à des pays qui ne partagent pas la culture islandaise de tolérance zéro vis-à-vis de la corruption»¹⁰.

7. Lorsqu'on procède à l'appréciation du degré de conformité des droits nationaux avec les obligations internationales, il convient de prendre en compte des considérations de nature linguistique. Dans de nombreux cas, les droits internes des

9. Paragraphe 127.

10. Paragraphe 71.

Etats membres du GRECO ne reflètent pas la terminologie exacte des STE n^{os} 173 ou 191. Cela n'a rien de surprenant, et n'est pas systématiquement problématique. Mais dans un certain nombre de cas, ce décalage entre l'anglais, ou le français, et d'autres langues nationales crée une incertitude. Le problème souvent rencontré par les EEG est de savoir jusqu'où va l'écart entre la langue nationale du pays apprécié et l'anglais, ou le français, si cet écart recouvre une lacune juridique ou s'il s'agit d'une véritable caractéristique linguistique pouvant néanmoins respecter les normes des STE n^{os} 173 ou 191. Cette question se pose fréquemment lors de l'examen des droits nationaux par rapport aux éléments des infractions pénales de corruption active et passive et de trafic d'influence qui seront traitées ci-après (par exemple, dans le droit du Portugal, il n'y a pas d'expression équivalente pour « offrir », même si ce concept est couvert par le mot portugais « *dar* », qui est également équivalent au mot anglais « *give* »)¹¹.

8. Au moment de l'adoption de leur rapport d'évaluation, deux Etats membres avaient signé mais n'avaient pas ratifié la STE n^o 173 (Allemagne et Espagne) ; 11 Etats membres n'avaient ni signé ni ratifié la STE n^o 191 (Andorre, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, République tchèque, Estonie, Finlande, Géorgie, Lituanie, Pologne, Espagne et Turquie) et 5 Etats membres l'avaient signée mais ne l'avaient pas ratifiée (Allemagne, Hongrie, Islande, Malte et Portugal). Lorsqu'un Etat membre ne peut ou ne veut pas signer ou ratifier les STE n^{os} 173 ou 191, cela est en général dû à des préoccupations liées aux obligations contenues dans ces instruments qui visent à garantir qu'un certain comportement est érigé en infraction pénale dans les droits nationaux. Ces préoccupations seront explorées plus avant dans ce rapport, mais, de manière générale, lorsqu'un Etat membre n'avait ni signé ni ratifié soit la STE n^o 173, soit la STE n^o 191, les rapports d'évaluation du GRECO incluent généralement une recommandation pour que l'Etat concerné le fasse le plus vite possible. De ce fait, un certain nombre des Etats mentionnés plus haut ont signé et ratifié soit la STE

11. Paragraphe 95.

n° 173, soit la STE n° 191, soit les deux, depuis l'adoption du rapport d'évaluation les concernant¹².

9. Sur tous les Etats membres qui avaient ratifié la STE n° 173, un certain nombre avaient, au moment de l'adoption de leur rapport d'évaluation, formulé des réserves du fait de préoccupations concernant les obligations liées à l'incrimination de la corruption. L'Albanie, Andorre, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Belgique, la République tchèque, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, la Lettonie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, la Suède et le Royaume-Uni avaient ratifié la STE n° 173 au prix d'au moins une réserve au titre de l'article 37. La Bulgarie avait formulé un certain nombre de réserves lors de sa ratification de la STE n° 173, réserves qu'elle a toutes retirées en 2003¹³, rejoignant ainsi la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, Chypre, la Géorgie, l'Islande, l'Irlande, la Lituanie, Malte, la République de Moldova, le Monténégro, la Norvège, le Portugal, la Roumanie, la Serbie, la Slovaquie, la Slovénie, « l'ex-République yougoslave de Macédoine » et la Turquie dans le groupe de pays qui ne forment aucune réserve au titre de la STE n° 173. Seuls les Pays-Bas ont formulé des réserves au titre de l'article 9 de la STE n° 191, étendant les réserves qu'ils avaient formulées au titre de l'article 37 de la STE n° 173.

10. Comme on pouvait s'en douter, les rapports d'évaluation du GRECO ont découvert que bon nombre d'Etats membres avaient récemment ou assez récemment modifié leur droit. Environ 62% des Etats membres du GRECO traités dans le cadre du présent rapport¹⁴ ont introduit des modifications législatives entre 2005 et 2010, dans l'intention de respecter davantage leurs obligations internationales en matière de

12. L'Espagne, par exemple, a ratifié à la fois la STE n° 173 et la STE n° 191 après l'adoption de son rapport d'évaluation et avant l'adoption du rapport de conformité le concernant.

13. Rapport d'évaluation adopté à l'occasion de la plénière 48 du GRECO en septembre/octobre 2010.

14. Environ 24 rapports d'évaluation sur les 39 examinés. Un petit nombre de rapports ne donnaient pas suffisamment d'informations pour établir la date à laquelle des modifications à la loi avaient été introduites.

lutte contre la corruption. Parfois, il est possible de discerner dans les droits nationaux une prépondérance exercée par un ensemble d'obligations internationales par rapport à d'autres. La pratique consistant à mettre en œuvre des pans de législation distincts pour assurer une conformité « modulaire » à l'égard d'obligations internationales diverses autant que variées aboutit souvent à des lacunes significatives dans la couverture assurée par la loi. Bon nombre d'exemples illustrent ce propos, que l'on approfondira plus loin, mais le rapport d'évaluation concernant le Portugal a été particulièrement sévère sur ce point dans le passage traitant de la corruption d'agents publics étrangers et internationaux. En effet, il note que le but des deux dispositions pertinentes et distinctes sur lesquelles s'appuyaient les autorités aux fins de l'évaluation du GRECO « semblent avoir uniquement pour but de satisfaire aux obligations découlant pour le Portugal de son appartenance à l'Union européenne et à ses obligations au titre de la Convention de l'OCDE sur la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales »¹⁵.

11. En dépit de cette expression claire, même si sa concrétisation peut parfois être imparfaite, du consensus international visant à rapprocher les droits afin de lutter plus efficacement contre la corruption, tous les rapports d'évaluation du GRECO adoptés avant le 21 octobre 2011 incluent des recommandations, et la plupart en contiennent 5 ou 6. On aurait donc tout lieu de conclure que l'effort de réforme au sein des Etats membres du GRECO avant l'évaluation était un échec particulièrement patent. Or, rien n'est moins vrai. S'il est certain qu'un petit nombre de rapports faisait expressément référence aux impacts négatifs de réformes récentes¹⁶, comme on l'a dit plus haut, les rapports émanant du 3^e Cycle reflètent de manière générale un niveau élevé de conformité avec les dispositions prévues dans les STE nos 173 et 191. Rappelons que les recommandations du GRECO ne sont pas déterminées

15. Paragraphe 96.

16. L'EEG a conclu que les réformes de 2010 au Monténégro ont eu pour effet d'exacerber les incohérences terminologiques préexistantes.

conformément à un ensemble figé de règles ou de critères. Si l'on voulait, de manière simpliste, classer les Etats membres depuis celui qui a eu le moins de recommandations jusqu'à celui qui en a eu le plus dans un cycle d'évaluation du GRECO, on obtiendrait une image tout à fait trompeuse et ne reflétant pas la réalité. Le nombre de recommandations dépend souvent de la technique de rédaction et est une conséquence de la manière dont les arguments ont été présentés à la fois à l'équipe d'évaluation spécifique pour le pays et aux réunions plénières du GRECO avant l'adoption d'une recommandation. Ainsi, un certain nombre de pays se sont vu adresser des recommandations très détaillées dans le rapport d'évaluation, qui pourraient, dans un rapport traitant d'un dysfonctionnement similaire, être subdivisées en un certain nombre de recommandations distinctes. Ceci aboutirait à un nombre de recommandations plus élevé au total. De plus, les évaluations du GRECO ont, de manière générale, identifié ou traité certains thèmes qui ne sont pas, à proprement parler, du ressort des normes de la STE n° 173 ou n° 191. On citera par exemple l'exception spéciale du regret réel, les délais de prescription concernant l'institution d'une procédure pénale et les conditions préalables à remplir avant de pouvoir entamer des poursuites, par exemple le principe de la « double incrimination » sur l'application d'une juridiction extraterritoriale ou la permission spéciale du Bureau du Procureur général en tant que conditions préalables à la poursuite dans une affaire de corruption dans le secteur privé.

12. Quoi qu'il en soit, si la portée détaillée des STE n°s 173 et 191 est plus étendue que celle de certains des autres instruments internationaux de lutte contre la corruption, les exigences des deux Conventions à l'égard des éléments des infractions pénales, des sanctions et de la juridiction, entre autres, ne sont pas considérées comme figées à un niveau significativement plus élevé que le niveau établi par d'autres instruments internationaux ; les normes ne sont pas non plus modelées sur les droits nationaux existants les plus complets et les plus solides. Il est donc intéressant de noter, en guise de remarque générale, que les évaluations du 3^e Cycle ont

constaté que le droit pénal dans un certain nombre d'Etats membres du GRECO a besoin d'être encore révisé de manière significative sous une forme ou une autre, malgré une récente réforme¹⁷.

13. Les EEG ont également souvent constaté que les autorités des Etats membres, ayant reconnu les déficiences dans leur système législatif et juridique, même si elles n'ont pas récemment mené à bien une réforme de leurs droits, ont soit entamé, soit au moins démarré l'examen d'un certain nombre d'amendements. A titre d'exemple, nous citerons les informations communiquées à l'EEG en République de Moldova selon lesquelles des modifications au Code pénal visant à améliorer les dispositions relatives à la corruption étaient en cours d'examen. Au moment de la visite de l'EEG au Portugal, une commission parlementaire ad hoc était en train de préparer des amendements fondamentaux de sa législation en matière d'infraction pénale de corruption. Lors de sa visite en Roumanie, en juin 2010, l'EEG avait été informée par les autorités que celles-ci escomptaient qu'un projet de loi sur l'application d'un nouveau Code pénal, incluant des propositions révisées en matière de corruption, serait finalisé d'ici la fin de 2010. En Espagne, l'EEG a été informée de la réforme du Code pénal espagnol pour ce qui est des pots-de-vin et de la corruption, et, après la visite, des projets de textes lui ont été communiqués. Les autorités suédoises ont informé l'EEG que leur gouvernement était en train d'envisager l'opportunité d'établir une lettre de mission pour une enquête pouvant aboutir à une révision complète de la législation existante. Le Royaume-Uni s'était embarqué dans le processus de remplacement complet de ses

17. Par exemple, les dispositions légales régissant la corruption ont été complètement révisées en 2005, les derniers changements étant intervenus en 2009. Malgré cela, le rapport d'évaluation sur la Turquie adopté en mars 2010 comportait huit recommandations. Alors même qu'un certain nombre de modifications ont été introduites entre 2000 et 2007, la France s'est quand même vu adresser six recommandations dans le rapport la concernant adopté en février 2009. De même, l'Islande a adopté des modifications en 2003 dans le but de mettre ses lois en conformité avec la STE n° 173, ce qui ne l'a pas empêchée de se voir adresser six recommandations dans son rapport d'évaluation de mars-avril 2008.

lois existantes, anachroniques et fragmentées, au moment de son évaluation au titre du 3^e Cycle. Pour la Lettonie, l'EEG s'était réjouie du fait que les dispositions relatives à la corruption avaient fait l'objet d'un examen exhaustif de la part d'un groupe de travail instauré par le ministre de la Justice. En Grèce, des mesures destinées à améliorer les dispositions de lutte contre la corruption figuraient dans la « feuille de route » du Premier ministre en ce qui concerne la récupération d'actifs. Au moment de la visite de l'EEG en Irlande, la loi sur la prévention de la corruption (amendée) de 2008 était à l'examen devant le Parlement. Le rapport pour la République de Slovaquie évoque des changements au Code pénal planifiés pour 2008, et des réformes concernant « l'ex-République yougoslave de Macédoine », adoptées juste avant la visite de l'EEG, devaient entrer en vigueur quelques mois après cette dernière.

14. Les EEG du 3^e Cycle ont été confrontées à toute une palette d'approches du droit pénal, de manière générale, et de la législation applicable en matière de lutte contre la corruption, en particulier. La distinction la plus fondamentale reflétée dans les rapports est peut-être celle qui oppose certains Etats membres adeptes de la tradition de « *common law* », et ceux qui souscrivent au modèle souvent appelé « de droit civil » ou encore « continental » du droit pénal. On est en droit de penser, comme l'ont confirmé les rapports d'évaluation du 3^e Cycle, que le groupe des pays de « *common law* » tend à privilégier une approche plus globale visant la portée maximum et s'appuyant sur un petit nombre de dispositions non codifiées, non spécifiques et très souples. Au contraire, le groupe des pays « de droit civil » a tendance à spécifier davantage, et à s'appuyer sur des codes pénaux recensant une gamme d'infractions pénales, chacune d'entre elles couvrant une infraction d'un type particulier. Les Etats qui relèvent le plus clairement du premier groupe sont l'Irlande et le Royaume-Uni. On compte de nombreux exemples d'Etats relevant du deuxième groupe, mais, parmi ceux où les EEG ont trouvé un droit codifié avec un niveau modéré à élevé de spécificité, on compte l'Albanie, l'Arménie, la Belgique, la Croatie, la France, l'Allemagne, la

Hongrie, Malte, la République de Moldova et la Roumanie. En revanche, les EEG n'ont pas constaté que l'un ou l'autre de ces deux groupes séparés par cette dichotomie particulière était doté d'un modèle de base de meilleure qualité pour l'établissement de lois efficaces contre la corruption. De plus, un certain nombre d'Etats ne relèvent, par convenance ou de manière naturelle, ni de l'un ni de l'autre camp. Le Danemark, par exemple, est doté d'un droit pénal codifié, mais s'appuie sur un très petit nombre d'infractions pénales de corruption, dont le champ est très large. De même, les Pays-Bas utilisent « une approche souple et pragmatique en relation avec la législation anti-corruption. Les infractions sanctionnées par les articles 177, 177a, 178, 362 à 364 et 328ter du CP couvrent une large gamme d'actes de corruption »¹⁸. « Les législateurs lituaniens ont décidé que les dispositions incriminant la corruption devaient être aussi concises et exhaustives que possible »¹⁹. Deux infractions pénales « générales » dans le Code pénal suédois « s'appliquent à tous les types d'infractions de corruption »²⁰.

15. Tout en s'abstenant de porter un jugement sur le choix des modèles de droit pénal, les évaluations du 3^e Cycle ont formulé des commentaires et fait des recommandations tenant compte de la distinction entre la conformité stricto sensu et l'alignement avec les exigences des STE n^{os} 173 et 191 de manière pertinente et effective. A l'occasion, des rapports d'évaluation reflètent une tendance à assurer la conformité à la lettre seulement, ce qui a très peu d'impact juridique réel au niveau national. Les exemples les plus frappants à cet égard sont la méthode de mise en conformité adoptée par Chypre et la Grèce. Les autorités chypriotes et grecques, conscientes que les lois existantes étaient inadaptées pour certains aspects clés, ont choisi de ratifier des instruments internationaux par le biais de l'adoption globale des dispositions de l'instrument, sans remplacement logique dans le droit

18. Paragraphe 80.

19. Paragraphe 63.

20. Paragraphe 8.

existant, avec pour résultat une coexistence de dispositions juridiques « anciennes » et « nouvelles », coexistence difficile et caractérisée par des doublons, une certaine incohérence et un manque de clarté. Certes, cette méthodologie législative assure bien, au sens légal strict, un degré élevé de conformité entre les nouvelles dispositions et les exigences des STE n^{os} 173 et 191. Le rapport d'évaluation pour Chypre ne le nie pas, mais adopte le point de vue que : « Cette formulation indique clairement que la simple ratification de la Convention et de son Protocole ne suffit pas, dans la mesure où ces deux instruments ne sont pas « exécutoires » et n'ont pas vocation à être appliqués directement par les parties contractantes en tant que dispositions du droit pénal »²¹. La création d'un régime dans lequel le droit pénal pertinent est contenu dans diverses lois anciennes, surmonté de deux traités internationaux coiffant le tout crée une situation qui « génère des difficultés évidentes pour les services répressifs chargés d'enquêter sur des infractions de corruption, dans la mesure où les éléments de ces infractions définis dans « l'ancienne législation » ne sont pas totalement compatibles avec ceux de la « nouvelle législation... »²². En Grèce, le nécessaire ajustement de la législation grecque pour refléter les obligations internationales en matière de lutte contre la corruption a été effectué par des lois de ratification successives qui non seulement ont superposé une nouvelle couche de droit, mais ont également amendé des lois préalables antérieures de ratification contenant des versions obsolètes des dispositions pertinentes, qui n'ont pas été abrogées. L'impression des EEG, reprise dans le rapport d'évaluation tel qu'avalisé, a été que le cadre légal créé par ces « lois de ratification successives, coexistant avec le Code pénal et d'autres lois nationales, [donne] une impression de complexité excessive. Si l'EEG n'a pas décelé de véritable lacune dans les incriminations, des contradictions et des incertitudes juridiques notables ont été relevées »²³.

21. Paragraphe 118.

22. Paragraphe 123.

23. Paragraphe 109.

16. Des complexités excessives aboutissant à une conformité incomplète à l'égard des obligations des STE nos 173 et 191, à une incohérence et à l'absence de clarté s'expliquent par tout un ensemble de raisons, bien entendu. Lors de l'évaluation du droit roumain, l'EEG a constaté qu'il était nécessaire d'analyser trois ensembles différents de dispositions juridiques²⁴ produisant un maquis législatif «entaché, ici et là, de recouvrements et de redondances»²⁵. «L'EEG juge le cadre juridique turc de l'incrimination de la corruption assez complexe»²⁶ et se dit «préoccupée par la structure complexe et la définition étroite des infractions pénales de corruption, qui imposent de se référer aux dispositions générales en matière de tentative et de participation, ainsi qu'à de nombreux autres infractions pénales»²⁷. En Bosnie-Herzégovine, c'est la structure fédérale qui pose problème pour l'efficacité du droit pénal en matière de corruption. Même si certains ajustements ont été introduits pour aligner certaines dispositions des quatre Codes pénaux applicables, «des incohérences subsistent entre les dispositions pénales respectives des différents niveaux de gouvernement», ce qui aboutit à une incrimination de la corruption «parfois même contradictoire» et «clairement en contradiction avec un des principaux objectifs de la Convention pénale sur la corruption... ainsi qu'avec le Principe directeur 2»²⁸. Le rapport du 3^e Cycle pour l'Espagne, dans la partie analysant les dispositions relatives au secteur public, signalait que «Un grand nombre d'interlocuteurs ont considéré que les dispositions relatives à la corruption pourraient être réorganisées et reformulées de manière à offrir un cadre simplifié et plus cohérent»²⁹ notant que les projets d'amendements au Code pénal faisaient progresser le droit dans cette direction.

24. Dispositions du Code pénal, Loi n° 78/2000 et le projet de nouveau Code pénal qui, entre autre, a modifié la Loi 78/2000.

25. Paragraphe 95.

26. Paragraphe 58.

27. Paragraphe 63.

28. Paragraphe 81.

29. Paragraphe 91.

17. Les rapports d'évaluation du 3^e Cycle révèlent que les systèmes de bon nombre d'Etats membres reposent fortement sur des dispositions autres que législatives pour atteindre le niveau requis par les STE n^{os} 173 et 191. Bien entendu, tous les textes de loi devront à un moment ou à un autre être interprétés, et, lorsque l'infraction pénale de corruption donne effectivement lieu à des poursuites, les tribunaux font des interprétations des lois contre la corruption sous la forme de jurisprudence, qui est reconnue comme faisant partie du cadre légal légitime dans toutes les juridictions. La France, l'Allemagne, la Hongrie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni (où certains pans de jurisprudence sont très anciens), par exemple, ont un corpus de jurisprudence et récemment, des Etats tels que « l'ex-République yougoslave de Macédoine », qui, par parenthèse, comptait au nombre de la minorité d'Etats en mesure de présenter d'excellentes statistiques de justice pénale pour l'évaluation du 3^e Cycle³⁰, ainsi que la Norvège, commencent également à dégager une telle jurisprudence. Il arrive qu'une loi qui, en première lecture, semble être restrictive puisse devenir beaucoup plus conforme lorsqu'elle est interprétée par les tribunaux qui vont plus loin que son sens naturel afin de lui donner la portée requise par les STE n^{os} 173 et 191. La définition de la Géorgie de ce qu'est un « agent public », par exemple, semble être tout à fait restrictive, mais les tribunaux l'interprètent dans un sens bien plus large que ne le suggérerait la simple lecture du libellé³¹. De manière générale, mais pas toujours, une recommandation du rapport d'évaluation permet de garantir une clarté sans ambiguïté pour ce type de mécanisme venant corriger par l'interprétation le système légal existant.

18. Mais lorsque, comme les EEG l'ont constaté dans de nombreux Etats membres, les poursuites étaient beaucoup plus rares, il faut alors se tourner vers d'autres formes d'orientation. Les rapports d'évaluation du 3^e Cycle ont révélé un certain nombre d'exemples à cet égard. Pour n'en citer que

30. La Belgique est un autre exemple.

31. Paragraphe 71 et note de bas de page 17.

quelques-uns, au Danemark, du fait que l'on s'appuie sur une loi relativement ancienne, et que les poursuites sont par ailleurs peu nombreuses, il est «difficile d'anticiper tous les effets de la législation actuelle», même si les tribunaux peuvent s'appuyer sur des «travaux préparatoires» associés à l'adoption de la législation et qui ont un poids interprétatif considérable devant les tribunaux. En Islande, le rapport révèle qu'il y a eu une seule condamnation pour corruption en droit interne au cours des dix dernières années, ce qui aboutit à dépendre lourdement des notes explicatives au Code pénal, alors qu'elles ne sont considérées que comme une forme secondaire de législation. En l'absence quasi totale de jurisprudence, le Luxembourg se repose fortement, pour s'en inspirer, sur l'application que font ses voisins de leurs lois contre la corruption. Cette tendance à recourir à des mécanismes interprétatifs pour combler des lacunes issues d'une législation de mauvaise qualité ou inadéquate aboutit cependant parfois à une absence de clarté et à une incohérence qui s'accompagnent de différences de perception de la loi au sein des praticiens. Le rapport sur l'Islande précise ainsi que «en raison du manque d'enquêtes et de jurisprudence concernant les infractions de corruption, que l'interprétation des éléments constitutifs de ces infractions était substantiellement variable selon les interlocuteurs, et parfois même contradictoire»³². Lorsque le Luxembourg s'appuie sur les lois de pays voisins pour s'inspirer dans ce domaine, il adopte «les faiblesses de ces autres systèmes»³³ ainsi que leurs points forts.

19. Le fait de s'appuyer sur des orientations interprétatives autres que celles de la jurisprudence n'attire pas toujours des critiques dans les rapports du 3^e Cycle. Ainsi, dans le cas de la Norvège et de la Suède, l'utilisation de travaux préparatoires, qui s'inscrit dans la tradition de la Scandinavie, n'a pas d'impact négatif significatif. Le rapport concernant le droit espagnol, pour citer un autre exemple, notait le rôle des praticiens dans la promotion d'une approche large et interprétative

32. Paragraphe 62.

33. Paragraphe 74.

par les tribunaux. « En Espagne, le cadre législatif érigeant en infractions pénales les faits de corruption souffre d'un certain nombre de déficiences importantes... Cela étant, un nombre non négligeable d'affaires de corruption ont été jugées en Espagne ces 20 dernières années sur la base du Code pénal en vigueur. Les praticiens du droit ont non seulement acquis une vaste expérience de ce type d'affaires, mais ils ont en outre fortement contribué à l'interprétation des dispositions pénales en vigueur selon une approche globale et pragmatique. La Cour suprême, contribuant ensuite à l'expansion et la consolidation d'une interprétation flexible des dispositions relatives à la corruption (qui allait dans de nombreux cas au-delà de leur strict contenu littéral), a permis l'émergence d'une vaste jurisprudence sur ces questions. A cet égard, l'EEG souhaite remercier les praticiens pour les explications précieuses fournies lors de la visite d'évaluation. Ils ont montré une connaissance approfondie des dispositions relatives à la corruption et de la jurisprudence correspondante, fondée sur leur expérience concrète des poursuites et des décisions concernant ces infractions »³⁴.

Thèmes spécifiques

Distinctions public/privé

20. Les rapports d'évaluation du 3^e Cycle publiés avant le 21 octobre 2011 révèlent que, sur les 39 Etats membres ayant fait l'objet d'une évaluation, seuls cinq d'entre eux (Bosnie-Herzégovine, Lituanie, Norvège, Slovaquie et Suède) disposent en droit interne d'infractions pénales qui ne reflètent pas une démarcation claire entre le secteur public et le secteur privé. Les droits de l'Irlande et du Royaume-Uni se sont révélés hybrides à cet égard, puisqu'un certain nombre d'infractions pénales ne concernent que le secteur public, alors que d'autres concernent à la fois le secteur public et le secteur privé³⁵. Les

34. Paragraphe 88.

35. La nouvelle loi du Royaume-Uni (The Bribery Act 2010) ne fait aucunement la distinction entre les secteurs public et privé.

rapports respectent en général la préférence pour l'absence de distinction entre le public et le privé, mais, dans le cas de la Bosnie-Herzégovine, bien que l'EEG n'ait pas pu attribuer de manière concluante l'absence de poursuites dans le secteur privé au manque de clarté dans la loi à cet égard, elle a cependant fait état de préoccupations concernant la « situation légale génératrice de confusion » concluant que le cadre juridique « gagnerait sans doute à ce que soient introduites des dispositions séparées et clairement identifiables, spécialement élaborées pour couvrir la corruption dans le secteur privé... »³⁶, et a rédigé sa recommandation en ce sens.

Agents publics

21. Pour ce qui est du secteur public, une très large proportion des Etats membres dispose, en droit interne, de la notion d'infraction pénale concernant le secteur public, ce qui couvrirait bien entendu les Etats qui ne font pas la distinction entre les secteurs public et privé, et qui est régie par des concepts très larges couvrant la notion d'« agent public »³⁷ et de « toute personne membre d'une quelconque assemblée publique nationale exerçant des pouvoirs législatifs ou administratifs »³⁸ tel qu'indiqué dans la STE n° 173. Il existe, cependant, un certain nombre de lacunes signalées dans la portée des diverses formes d'infractions pénales du secteur public. L'Albanie et la Bosnie-Herzégovine, par exemple, n'ont pas de définition claire. Le rapport sur la République tchèque conclut que les tribunaux doivent étirer le sens de la définition législative d'une manière qui est artificielle. La définition estonienne se révèle exclure les parlementaires et des doutes similaires ont été exprimés concernant la portée de l'infraction pénale relative au secteur public en Islande. Les parlementaires sont couverts par la loi sur les pots-de-vin et la corruption en Allemagne, mais la portée est limitée aux actes de corruption liés uniquement à l'activité législative. Le droit hongrois emploie un champ

36. Paragraphe 93.

37. Articles 2 et 3.

38. Article 4.

relativement étroit de définition qui exclut, par exemple, les docteurs et professeurs du secteur public, mais la portée élargie de l'infraction pénale pour le secteur privé compense plus qu'amplement cette limitation. Le droit des Pays-Bas est considéré comme flexible et compliqué à cet égard. Même si la loi est large en ce qu'elle s'étend au-delà de la plupart des textes en couvrant d'anciens agents publics et les personnes qui vont être nommées agent public, l'absence générale de clarté a motivé une recommandation.

22. On retrouve une certaine similitude pour ce qui est de l'incapacité d'un certain nombre de dispositions à couvrir les travailleurs du secteur public employés dans des tâches administratives d'assistance, du fait même que ces lois font référence aux décideurs. A proprement parler, cette incapacité ne constitue pas une non-conformité par rapport à la STE n° 173, puisque l'article 1 (a) ne contient pas de définition autonome de «l'agent public». Cela illustre bien, cependant, l'activité de développement permanent de normes générée par le processus d'examen par les pairs mené par le GRECO. Dans un certain nombre de cas, les rapports d'évaluation reflètent le point de vue des diverses EEG et celui du GRECO en session plénière selon lequel il est important que les infractions pénales concernant le secteur public couvrent jusqu'aux échelons inférieurs de l'administration publique. L'EEG a estimé que le droit en Arménie n'est pas clair à cet égard et la recommandation formulée est typique d'autres recommandations formulées dans des circonstances similaires³⁹. Ainsi, on retrouve la même dans le rapport sur l'Azerbaïdjan. Le droit applicable de la République tchèque précise «dans le cadre de la prestation de services d'intérêt général» et une résolution de la Cour suprême a établi clairement que ceci servirait en général de référence pour «une personne détentrice d'un pouvoir de décision ou de codécision pour ce service d'intérêt général». L'EEG a donc conclu que les employés ordinaires tels que les

39. «... prendre des mesures pour qu'il soit clair que la corruption de toutes les catégories d'employés du service public est incriminée, y compris pour ce qui est des employés n'ayant pas de compétence officielle de décideurs».

secrétaires, porte-parole, archivistes, etc. du secteur public qui ne sont pas en mesure d'« avoir une influence essentielle sur la prise de décision finale » ne seront pas considérés comme des « auteurs »⁴⁰ pour les infractions pénales de corruption touchant le secteur public. En ce qui concerne le droit letton, l'EEG a noté que la disposition pertinente, au moins pour ce qui concerne la corruption active, « couvre uniquement les employés de l'Etat et des collectivités locales occupant certains postes spécifiques situés assez haut dans la hiérarchie »⁴¹. Le rapport concernant le droit de la République de Moldova reflète les constats de l'EEG à l'issue desquels la portée du champ d'application des infractions pénales dans le secteur public est limitée par les qualifications de « personne exerçant une fonction à responsabilités » et de « personne exerçant une fonction à hautes responsabilités »⁴². La première catégorie ne couvre que ceux dont les fonctions impliquent des prises de décision et la seconde, comme l'on pourrait s'y attendre, ne couvre que les agents publics de très haut rang tel que les Président, Vice-président et membres du Parlement, le Président, le Premier ministre, les membres du gouvernement, etc. Les autres postes administratifs sont donc couverts uniquement par des infractions pénales plus vénielles, dont les sanctions sont moins lourdes. Les lois applicables au secteur privé qui « reflètent » le secteur public à cet égard entraînent donc le même problème, et nous allons les passer en revue plus loin.

23. Lorsque les droits internes traitent la corruption dans le contexte parlementaire de manière distincte, parfois, les rapports du 3^e Cycle relèvent que certaines dispositions nationales ont tendance à être plus restrictives dans ce domaine que celles s'appliquant à d'autres « agents publics ». Le rapport sur le droit finlandais par exemple constate que la loi couvre des situations où un parlementaire « en échange de l'avantage et dans le cadre de son mandat parlementaire, [agit] de manière à ce qu'une question examinée (ou devant être examinée)

40. Paragraphe 70 et note de bas de page 32.

41. Paragraphe 88.

42. Paragraphe 50.

par le Parlement soit tranchée dans un certain sens»⁴³. De même, en droit allemand, bien qu'il existe des dispositions de large portée concernant la corruption de parlementaires étrangers dans des transactions commerciales internationales, les lois sont jugées «très restreintes; elles se limitent en effet à «l'achat» et à la «vente» de voix dans une élection ou un scrutin»⁴⁴ en ce qui concerne des membres allemands d'assemblées parlementaires. L'article 4 de la STE n° 173 n'envisage aucune restriction de la sorte et les rapports sur la Finlande et l'Allemagne incluent donc l'un comme l'autre des recommandations visant à élargir la portée de la loi.

L'exercice de fonctions

24. Le rapport explicatif de la STE n° 173 précise clairement que la référence à «dans l'exercice de ses fonctions» aux articles 2 et 3 doit être distinguée de la notion de «manquement aux obligations», qui ne devrait pas être requise pour des infractions pénales touchant le secteur public⁴⁵. L'intention des rédacteurs de la STE n° 173 était que peu importe que l'agent en question ait été incité à agir ou à omettre d'agir en violation de ses devoirs et obligations; les faits essentiels sont que c'était le pot-de-vin qui a induit l'agent public à agir ou s'abstenir d'agir. Ce distinguo est important pour un certain nombre de raisons. Par exemple, il est tout à fait vraisemblable que le corrupteur ne connaisse pas du tout la portée des obligations officielles de l'agent ou de la latitude dont dispose ce dernier. Deuxièmement, les agents publics, du fait de leurs fonctions, auront souvent des opportunités de faire ou de ne pas faire quelque chose qui ne relève pas de la portée de leurs obligations mais qui peut avoir une valeur suffisante pour induire une corruption active ou passive. En revanche, les articles 7 et 8 de la STE n° 173 restreignent expressément les obligations concernant la corruption dans le secteur privé à des actes ou des omissions pouvant s'apparenter à un manquement aux

43. Paragraphe 97.

44. Paragraphe 107.

45. Paragraphe 39.

obligations. En ce qui concerne le secteur public, les EEG ont assez souvent constaté que les lois des Etats membres limitaient la portée des infractions pénales dans le secteur public aux actes ou omissions s'apparentant à un manquement aux obligations, ou faisaient une distinction entre les actes ou omissions légaux et illégaux. Dans ce type de loi, un acte ou une omission serait en général «légal» du simple fait qu'il s'agit d'un acte que l'agent public n'est pas autorisé à mener, et «illégal» soit parce qu'il l'est sui generis, soit parce qu'il s'apparente à la commission d'une autre infraction pénale. Dans ce cadre, un problème connexe se pose : lorsque la loi d'un Etat membre ne fait pas la distinction entre les infractions pénales sur la base d'une violation ou d'une non-violation des obligations ou sur la base d'un acte ou omission légaux ou illégaux, les EEG ont constaté que des infractions pénales commises dans des circonstances relevant de la légalité et ne constituant pas un manquement aux obligations sont habituellement traitées comme des infractions pénales mineures, dont la sanction est moins lourde.

25. Un nombre significatif de rapports d'évaluation du 3^e Cycle traitent de ce thème particulier. Par exemple, le rapport sur la Bosnie-Herzégovine relève qu'aux fins de l'infraction pertinente, le comportement doit se situer «dans le cadre de ses fonctions officielles» ou «dans le cadre de ses compétences». L'EEG estime que «conformément aux précédentes positions du GRECO en la matière, cette notion est plus étroite que ce qu'exigent les articles 2 et 3 de la Convention...»⁴⁶. Les dispositions applicables du droit en Croatie reprennent pratiquement le libellé exact, ce qui, comme l'a conclu le rapport, constituait «un élément supplémentaire – indûment restrictif – à l'incrimination de la corruption, qui pourrait rendre plus difficile la poursuite de l'infraction»⁴⁷. Le rapport d'évaluation sur l'Allemagne relève que, pour les infractions pénales applicables pour le secteur public, elles «impliquent systématiquement un acte en violation (effective ou potentielle) de ses devoirs par

46. Paragraphe 89.

47. Paragraphe 51.

l'agent public... Par conséquent, les infractions où il n'y a pas eu manquement aux obligations devraient être poursuivies au titre des articles 331 et 333 du CP relatifs à l'acceptation et à l'octroi d'un avantage («filet de sécurité» mentionné précédemment)»⁴⁸. Le rapport sur la Grèce constate que, pour être retenus, l'acte ou l'omission doivent être considérés comme «faisant partie de ses devoirs ou étant contraires à ceux-ci»⁴⁹, ce qui, là encore, pour le GRECO, a été jugé «excessivement restrictif». Le droit en Lituanie, tel qu'analysé dans le rapport d'évaluation du 3^e Cycle, est un bon exemple de la pratique consistant à faire la distinction entre des actes de corruption impliquant des actes légaux et ceux impliquant des actes illégaux. Ainsi, l'article 227 du Code pénal traite de la corruption active, et contient deux dispositions distinctes, l'une traitant des actes légaux, pour lesquels la condamnation entraîne une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 2 ans, l'autre concernant des actes illégaux, pour lesquels la peine d'emprisonnement peut aller jusqu'à 4 ans⁵⁰. Cette situation devait être rapportée à un contexte plus large qui a amené à formuler une recommandation concernant la pertinence du régime de sanctions en Lituanie⁵¹. Pour l'Espagne, il a été constaté que ce pays est doté d'un mécanisme de lutte contre la corruption passive dans le secteur public composé de «cinq dispositions essentielles basées sur les différents types d'actions / omissions attendues de l'agent public et sur leur caractère légal ou illégal»⁵² avec des «infractions semblables» traitant de la corruption active. Il ressort des droits internes de la République de Moldova et du Monténégro que des restrictions très similaires concernent la portée du comportement visé par la disposition applicable. La restriction était exprimée sous la forme de la portée de «l'autorité» de l'agent public en République de Moldova et des «pouvoirs officiels» au Monténégro. L'une et l'autre de ces restrictions ont motivé des

48. Paragraphe 102.

49. Paragraphe 110.

50. Paragraphe 9.

51. Paragraphe 78.

52. Paragraphe 91.

recommandations dans les rapports d'évaluation respectifs. Les infractions pénales traitant de la corruption dans le secteur public aux Pays-Bas sont également considérées comme reflétant la distinction entre une violation des obligations par l'agent public, d'une part, et un comportement qui était légal d'autre part ; dans ce dernier cas, la sanction est plus légère. A cet égard, le GRECO semble se contenter du fait que « cette distinction n'entraînait pas de complications inutiles »⁵³ et aucune recommandation n'est formulée. Les lois pertinentes de la Roumanie reflètent ce thème par une disposition qui exige que l'acte soit lié à « l'assignation d'obligations », et tel est également le cas pour la Serbie, dont les dispositions font référence à « dans le cadre des compétences de l'agent public ». De même, l'EEG a considéré que l'exigence figurant dans le droit slovène qui prévoit que le comportement soit lié à un « acte officiel dans les limites des prérogatives officielles » d'un agent public « rajoute une condition préalable supplémentaire à l'incrimination de la corruption, qui peut rendre la poursuite de l'infraction plus difficile »⁵⁴. Dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine », l'infraction pénale visée est limitée à un comportement qui s'inscrit dans la « portée de l'autorisation officielle », tandis que la loi turque définit un acte de corruption comme « le fait, pour un agent public, de s'assurer un avantage en convenant avec un tiers d'effectuer ou de ne pas effectuer une tâche et de manquer ainsi aux devoirs de sa fonction »⁵⁵.

Infractions pénales autonomes

26. Il ressort clairement du rapport explicatif de la STE n° 173 que les infractions pénales actives et passives, qu'elles relèvent du domaine public ou du domaine privé, doivent être considérées comme des infractions pénales autonomes. S'il est bien entendu reconnu que « les deux types de corruption sont, en

53. Paragraphe 88.

54. Paragraphe 80.

55. Section 252 CPT : Corruption paragraphe 12.

général, les deux faces d'un même phénomène»⁵⁶, les infractions pénales doivent être considérées comme distinctes, sans qu'il y ait d'obligation de preuves ou d'obligation juridique de l'existence d'un lien avec d'autres infractions pénales. Les évaluations du 3^e Cycle du GRECO précisent que, dans les droits d'une très large majorité des Etats dont les rapports d'évaluation ont été publiés avant le 21 octobre 2011, les infractions pénales sont autonomes conformément à l'intention des rédacteurs de la STE n° 173. Cependant, les évaluations ont révélé qu'un petit nombre d'Etats membres se sont dotés de dispositions législatives et réglementaires qui ne sont pas entièrement claires sur ce point, de sorte qu'au moins dans la pratique, sinon dans la stricte approche doctrinale, un certain type de lien est requis entre les infractions pénales actives et passives. Les droits de la France et du Luxembourg donnent des exemples instructifs à cet égard. Le rapport d'évaluation sur la France montre que, malgré les réformes introduites en 2000 qui cherchaient spécifiquement à traiter ce point, « un problème important est revenu de manière récurrente pendant les discussions avec les praticiens, à savoir que la poursuite et la condamnation des faits de corruption exige en pratique la nécessité de prouver dans tous les cas à la fois l'existence d'un « pacte de corruption » entre corrupteur et corrompu et l'antériorité de celui-ci »⁵⁷. De plus, « la dernière édition DALLOZ du code pénal annoté (ad. Art. 432-11, N 15) indique : "l'infraction pénale de corruption n'est caractérisé que si la convention passée par le corrupteur et le corrompu a précédé l'acte ou l'abstention qu'elle avait pour objet de rémunérer" »⁵⁸. L'EEG a été informée qu'aucune décision de justice n'a confirmé que la réforme de 2000 avait eu l'effet escompté. Le rapport suggère que les autorités françaises pourraient souhaiter donner des orientations pour rendre plus clair le fait que l'accord entre les parties n'est plus nécessaire aux fins des poursuites de faits de corruption.

56. Paragraphe 32.

57. Paragraphe 78.

58. Note de bas de page 14, page 21.

27. Le rapport sur le Luxembourg fait référence à un problème similaire lorsqu'il précise que «le simple fait de "donner" ou de "recevoir", était fortement assimilé aux autres éléments explicitement mentionnés et impliquaient un lien direct entre le pot de vin et la contrepartie dont la preuve devrait probablement être rapportée par l'existence d'un accord sous-jacent qui manifesterait leur acceptation par les parties». L'EEG a noté que «le rapport explicatif de la Convention pénale (paragraphe 43) précise bien que le pacte de corruption n'est pas systématiquement un élément de l'infraction dans le cadre du comportement unilatéral de la sollicitation»⁵⁹. Elle a conclu qu'en l'absence de jurisprudence convaincante à cet égard, il n'y avait aucun moyen de savoir comment la loi serait appliquée dans la pratique et en conséquence une recommandation a été adoptée. L'évaluation relative à la Turquie a constaté que la preuve d'un accord entre les parties est un ingrédient essentiel de l'infraction pénale, sauf pour ce qui est des agents publics étrangers et internationaux. Certaines fois, le lien entre les infractions pénales de corruption passive et active se manifeste sous la forme d'une infraction pénale de corruption passive venant «compléter» l'infraction pénale de corruption active. En Lettonie, l'EEG a mis à jour une série d'ambiguïtés s'agissant de déterminer jusqu'où les infractions pénales de corruption seraient considérées comme incomplètes du fait de l'absence d'éléments clés. Par exemple, «la plupart des interlocuteurs considéraient l'infraction de corruption comme consommée uniquement si le corrompu... avait reçu au moins une partie du pot-de-vin ou explicitement accepté l'offre d'un pot-de-vin»⁶⁰. En l'absence d'acceptation ou de réception, le corrupteur ne peut être mis en cause que pour tentative de corruption. Certains interlocuteurs ont estimé que l'acceptation d'une offre serait également une infraction pénale incomplète si au moins une partie de la récompense n'avait pas atteint l'individu corrompu, et qu'une demande d'avantage serait assimilable à une tentative d'acceptation dans un acte de corruption. Le rapport relatif au Monténégro fait référence à

59. Paragraphe 78.

60. Paragraphe 84.

une condition similaire d'existence d'un lien concret dans le contexte duquel une offre ou une promesse serait considérée comme une tentative de corruption. Le rapport sur les Pays-Bas révèle que l'EEG a discuté longuement du point de savoir jusqu'où l'existence d'un lien de causalité entre l'avantage et l'acte ou l'omission de l'acte était nécessaire. Dans le cas des Pays-Bas, l'introduction du concept de « soupçon raisonnable » de la part d'un agent public que des avantages vont être donnés afin de l'inciter à agir de manière incorrecte fait suite à une récente décision de la Cour suprême qui lève toute ambiguïté, puisqu'elle établit que les circonstances dans lesquelles « le cadeau ou la promesse vise à établir et/ou à maintenir une relation avec un agent public en vue d'obtenir un traitement de faveur » seraient prises en compte pour que l'acte soit considéré comme un acte de corruption.

Déficiences de base et cohérence

28. « L'EEG souligne une nouvelle fois combien il importe, dans un but de cohérence, de clarté et de sécurité juridique, que toutes les infractions de corruption comprennent les mêmes éléments essentiels »⁶¹. Le sens du message contenu dans l'observation ci-après extraite du rapport d'évaluation sur la Croatie et reproduite pratiquement verbatim, par exemple, dans les rapports pour l'Azerbaïdjan, la Slovaquie et « l'ex-République yougoslave de Macédoine » a caractérisé un nombre significatif de rapports d'évaluation publiés avant le 31 octobre 2011. Chaque EEG s'est penchée de très près sur les éléments constitutifs des infractions pénales tels qu'établis dans les droits nationaux par rapport aux exigences et au libellé des STE n^{os} 173 et 191. Ceci a abouti à une analyse très approfondie et à un grand nombre de réserves spécifiques en sont découlées. Nous sommes préoccupés ici par le fait que les infractions pénales établies dans les droits nationaux ne couvrent pas l'ensemble des éléments de base tels qu'ils sont prévus aux articles 2 et 3 « corruption dans le secteur public » et 12 « trafic d'influence » de la STE n^o 173. La conformité des

61. Paragraphe 50 Croatie (tiers bénéficiaires) ; paragraphe 59 Azerbaïdjan.

Etats membres avec les obligations prévues aux articles 7 et 8 « corruption dans le secteur privé », les infractions pénales prévues au titre de la STE n° 191 et les approches conceptuelles des Etats membres en ce qui concerne l'article 12 « trafic d'influence » sont analysés séparément ci-après.

29. A de nombreuses reprises, les EEG ont constaté, de manière générale, que, si les infractions pénales de corruption active pourraient peut-être faire référence expressément à « donner » or « promettre », il y aurait, par exemple, des doutes concernant la portée de la couverture pour ce qui concerne « offrir ». Au contraire, des références expresses seraient mentionnées – pour ce qui concerne les infractions pénales de corruption passive – concernant « la demande » et « l'acceptation » (d'une offre ou d'une promesse); en revanche, on pourrait se demander si la simple réception d'un pot-de-vin est couverte. Dans un nombre significatif de rapports également, des déficiences ont été relevées en ce qui concerne l'étendue de la couverture réglementaire pour la commission directe mais aussi indirecte d'infractions pénales de corruption, le transfert d'avantages à des tierces parties bénéficiaires et les pots-de-vin ne prenant pas la forme d'actifs tangibles. Souvent, cette lacune a été au moins partiellement comblée en faisant valoir les nuances linguistiques intervenant à la frontière entre la langue nationale et l'anglais ou le français. De fait, dans certaines circonstances, l'EEG a remarqué (en ce qui concerne la Croatie) que l'absence de référence expresse à « l'offre » et à « l'acceptation » s'explique par le fait qu'en croate, « une promesse » et « une offre », d'une part, et « l'acceptation » et « la réception » d'autre part sont synonymes. La portée du verbe français « proposer » est acceptée comme explication de l'absence d'une référence expresse à « donner » au titre du texte réglementaire français pertinent, mais il a été jugé qu'il était « discutable » que le verbe « agréer » en français couvre la simple notion de recevoir un avantage⁶². Pour ce qui est de la corruption active, le droit allemand utilise le terme « accorder »

62. Paragraphe 81.

plutôt que «donner»⁶³ et omet de faire expressément référence à «la réception» en privilégiant des expressions telles que «demander, permettre que lui soit promis ou accepter un avantage» pour ce qui concerne la corruption passive. En hongrois, une «offre» est synonyme d'un «don», ce qui explique l'absence de référence expresse à ce dernier élément dans la disposition en vigueur. Le rapport d'évaluation sur la Lettonie relève l'absence à la fois de la «promesse» et de «l'acceptation d'une promesse» pour ce qui est des infractions pénales de corruption active et passive respectivement et inclut, en conséquence, des recommandations visant à combler cette lacune. Pour ce qui est du Luxembourg, on ne sait pas clairement si «donner» et «recevoir» sont couverts, mais «offrir» manque dans la loi applicable en Slovaquie. Le rapport relatif au Portugal note que «l'offre» et «l'acceptation d'une offre» ne sont pas expressément couvertes, mais que l'explication donnée est satisfaisante, à savoir que le terme portugais «*dar*» couvre à la fois «donner» et «offrir». Le droit polonais applicable ne fait pas du tout référence expressément à des «offres» et à la «réception», mais l'EEG a admis que les termes «promettre» et «accepter», sur le plan linguistique, incluent les deux omissions. Dans le cas de la Norvège, on s'est appuyé sur les Travaux préparatoires pour clarifier le fait que la loi norvégienne sur la corruption couvrait la «promesse» et «l'acceptation», malgré l'absence de référence expresse. Une ou deux juridictions se sont efforcées de se mettre en conformité avec les exigences des divers éléments des normes établies par la STE n° 173 grâce à des dispositions autres que celles relatives aux infractions pénales de corruption substantielle. Au titre du droit analysé pour le rapport sur Malte, le

63. Le droit allemand présente une caractéristique intéressante : l'infraction pénale de tentative de corruption est retenue malgré le fait que, par exemple, une offre de pot-de-vin ou d'avantage soit réputée constituer une infraction pénale à part entière au titre des normes prévues dans la STE n° 173. En droit allemand, l'infraction pénale de tentative permet la poursuite d'initiatives unilatérales lorsqu'elles n'ont pas atteint l'autre partie (par exemple, une offre figurant dans une lettre qui est envoyée mais ne parvient jamais au destinataire prévu). L'EEG a été informée que la disposition relative à la tentative n'est jamais utilisée en pratique.

corrupteur actif est considéré comme complice de l'infraction pénale passive de base « modèle » et le refus d'un pot-de-vin offert par l'acteur passif fait que l'élément de corruption active peut être poursuivi uniquement en tant que tentative, avec à la clé une sanction plus légère. La loi applicable en Turquie au moment de l'évaluation prévoit que, à l'exception de la corruption impliquant un manquement à une obligation, un certain nombre d'infractions pénales alternatives « plus vénielles » pourraient s'appliquer en fonction de l'agent public en question et de la nature du comportement. Par exemple, le fait de « promettre » et « d'offrir » un pot-de-vin est traité comme une atteinte à l'honneur et à la dignité de l'agent public et est donc sanctionné au titre d'une infraction pénale distincte « d'insulte », qui entraîne une sanction plus légère que celle prévue pour la corruption. En outre, la jurisprudence turque suggérait clairement que « donner » un pot-de-vin constitue une participation accessoire à un « abus de fonction publique », qui est érigé en infraction pénale, et les demandes « de nature coercitive »⁶⁴ sont traitées comme une extorsion. Il est intéressant de noter que, sur tous les rapports d'évaluation publiés avant le 21 octobre 2011, un nombre significatif d'entre eux citent des dispositions en droit interne qui vont plus loin que les normes établies dans la STE n° 173 en érigeant en infraction des avantages transférés à un agent public en tant que récompense après la commission ou l'omission de l'acte⁶⁵.

Avantage indu

30. Un avantage « indu » aux fins des STE n°s 173 et 191 « doit être interprété, aux fins de la Convention, comme désignant quelque chose que le bénéficiaire n'est pas légalement habilité à accepter ou recevoir. Pour les auteurs de la Convention, l'adjectif « indu » vise à exclure les avantages qui sont admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux

64. Paragraphe 61.

65. Y compris : la Belgique, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie (dans un nombre limité de cas), la Grèce, la Lettonie (mais ce n'est pas entièrement clair) et le Royaume-Uni.

de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables»⁶⁶. De manière générale, l'évaluation du 3^e Cycle n'a pas révélé de problèmes significatifs avec cet élément, en dehors de la question de la matérialité. A cet égard, l'évaluation d'Andorre fait figure d'exception. Andorre est un petit Etat où il faut faire la part des choses entre les modes de vie d'une communauté relativement soudée dont, de l'avis général, le tissu social très serré décourage la corruption et l'impression que l'existence de relations sociales et familiales soudées pourrait également décourager le signalement de cas de corruption. Le rapport note que «selon l'étude sur la corruption (en cours de finalisation) résultant des recommandations du rapport du second cycle d'évaluation, il apparaîtrait que la corruption affectant les institutions publiques centrales prend principalement la forme d'échanges de services et de faveurs. Ces échanges de bons procédés semblent assez largement répandus et communément admis, car ils ne sont pas assimilés à des faits de corruption dans les mentalités, ni appréhendés comme tels dans le Code pénal»⁶⁷. Les rapports d'évaluation du 3^e Cycle font état de différentes permutations des expressions employées par les Etats membres, mais dans l'ensemble, l'intention en ce qui concerne la nature «indue» de l'avantage, telle qu'elle est exprimée dans le rapport explicatif mentionné plus haut, est manifeste dans de nombreux droits nationaux. Dans l'un ou l'autre cas, l'absence de clarté ou des incohérences entre différents pans de lois nationales font l'objet de critiques. L'expression «auquel on n'a pas droit» est, par exemple, considérée comme insuffisamment claire en droit islandais. Dans le droit du Royaume-Uni, diverses expressions sont employées dans les trois sources de droit (l'infraction pénale en *common law* concerne «toute récompense indue », tandis que la loi de 1889 fait référence à «tout don, prêt, commission, récompense ou autre avantage accordé» et celle de 1906 à «tout don ou cadeau»). La nature indue de l'avantage dans ces deux derniers cas est intégrée par d'autres éléments de l'infraction pénale. Des lois qui, potentiellement, prévoient que

66. Paragraphe 38 du rapport explicatif sur la STE n° 173.

67. Paragraphe 72.

tout avantage entre dans le champ des infractions pénales de corruption est un point qui a déjà été soulevé dans le rapport d'évaluation sur le droit allemand. L'absence de toute qualification, de sorte que tout avantage de quelque nature que ce soit pourrait potentiellement donner lieu à une transaction dans le cadre d'un acte de corruption, est reconnue comme une approche efficace et pragmatique, mais critiquée car elle peut créer des problèmes pour le corrupteur s'il dépend du corrompu pour obtenir l'autorisation nécessaire de recevoir le don ou cadeau. Le rapport sur la loi finlandaise tire une conclusion similaire, l'EEG percevant « une "zone floue" entre les avantages légitimes et indus : les agents publics doivent donc faire appel à leur "bon sens" pour gérer ce type de situations »⁶⁸. En Norvège, la solution à ce problème se trouve dans les explications exhaustives du caractère inapproprié figurant dans les Travaux préparatoires et les Codes de conduite détaillés pour divers secteurs.

31. En ce qui concerne la matérialité, le rapport explicatif de la STE n° 173 pose clairement le fait que la notion d'avantage va au-delà d'un avantage de nature économique⁶⁹. Le GRECO estime que la majorité des Etats membres ont établi des lois anticorruption qui reconnaissent les avantages ou bénéfiques non matériels⁷⁰. On note cependant un certain nombre de cas où la question a fait débat et, pour les Etats qui se sont vus adresser des recommandations dans ce cadre, ces dernières étaient suscitées par l'absence de clarté. Dans certains cas, l'EEG a estimé que les avantages non matériels ne sont pas suffisamment couverts, par exemple, pour Andorre, la Géorgie et la République de Moldova. En Bulgarie, l'EEG a été informée

68. Paragraphe 99.

69. Paragraphe 37.

70. Dans l'ensemble des rapports du 3^e Cycle du GRECO, la distinction a été faite entre les avantages matériels et immatériels (*material and immaterial advantages*). Bien que les dictionnaires anglais précisent que *incorporeal* est un sens second pour *immaterial*, l'utilisation la plus commune de ce terme en anglais fait référence à son sens premier, synonyme de *irrelevant* ou de *inconsequential*. Le terme *nonmaterial* serait habituellement préférable en anglais usuel pour exprimer un avantage non-financier et c'est celui qui est adopté aux fins de ce rapport.

que, même si certains interlocuteurs soutenaient la possibilité théorique que la loi couvre des avantages non matériels, la Cour suprême et les représentants du ministère public ont exprimé le point de vue selon lequel, dans la pratique, seuls les avantages matériels pourraient être utilisés comme base pour des poursuites, puisque l'avantage doit être évalué selon les critères de marché. Les lois applicables en Finlande et en Lituanie ne sont pas claires et ont suscité des recommandations. Le droit polonais s'appuie sur l'expression « avantage matériel ou personnel » pour couvrir la notion d'avantages à la fois matériels et non matériels. En Espagne, des points de vue conflictuels s'opposent. Si un « don ou un cadeau » pourrait être de nature non matérielle et qu'une amende doive être prononcée en Espagne, elle doit (approche d'une similarité frappante avec la position bulgare) être évaluée par référence à la valeur de l'avantage. Le GRECO estime que ce point exige d'être éclairci et formule des recommandations en conséquence. Dans certains cas, les autorités de l'Etat membre évalué sont en mesure de s'appuyer sur la jurisprudence pour combler toutes lacunes dans les dispositions liées à la définition ou autre manque de clarté. Le rapport sur la Suède note que, même si les autorités font valoir que le terme « pot-de-vin ou gain injustifié » (« *muta* » en suédois) n'est pas défini dans la loi, il a été soutenu par une décision de la Cour suprême suédoise que « toute transaction étant objectivement susceptible d'influer sur le comportement professionnel de la personne corrompue doit être considérée comme abusive »⁷¹.

32. De même, la plupart des Etats membres soumis à évaluation ont justifié qu'ils avaient introduit dans leur droit national les mesures appropriées pour couvrir le transfert d'avantage directement et indirectement, bien qu'avec certaines exceptions. Ceci peut être obtenu, par exemple, en s'appuyant sur une disposition expresse dans la législation relative à la corruption (en Serbie par exemple, c'est l'approche retenue), même si la loi fait référence aux intermédiaires spécifiquement (par exemple en Bulgarie,) ou à des règles de complicité est

71. Paragraphe 77.

généralement applicable, et à une participation secondaire (Islande). Le rapport sur la Pologne révèle qu'il n'y a pas de référence expresse à un acte de corruption commis indirectement, mais ceci s'explique par le fait que le terme polonais signifiant « donner » incorpore l'idée de transfert pouvant être effectué directement ou indirectement. De même, les autorités d'Andorre ont expliqué que, bien que le recours à des intermédiaires ne soit pas expressément traité dans les dispositions réglementaires concernant la corruption, la disposition générale du Code pénal prévoit les cas où l'auteur commet l'infraction pénale « moyennant quelqu'un dont il se sert comme instrument »⁷².

33. Pour ce qui est de la condition posée au titre des STE n^{os} 173 et 191 prévoyant que les Etats membres se dotent de lois couvrant le transfert de produits de la corruption « pour lui-même, elle-même ou toute autre personne », le GRECO a là encore constaté un niveau généralement bon de conformité, avec ici et là certaines déficiences. Des doutes ont été exprimés, par exemple, concernant les dispositions réglementaires à Andorre, en Bulgarie, en Croatie, à Chypre, en République tchèque, en Géorgie, en Grèce, en Hongrie, en Lettonie, en Lituanie, en République de Moldova, en Roumanie et en Turquie. Souvent, les EEG ont constaté qu'il existe des incohérences entre les infractions pénales à cet égard. Ainsi, le droit estonien ne prévoit les circonstances impliquant un bénéficiaire tierce partie que pour ce qui est de l'infraction pénale de trafic d'influence.

Secteur privé

34. Le rapport explicatif de la STE n^o 173 expose de manière éloquente les raisons pour lesquelles la Convention inclut les obligations relatives à l'incrimination de la corruption dans le secteur privé et l'importance qui doit être accordée à la lutte contre cette forme de corruption. Premièrement, la corruption dans le secteur privé « porte atteinte à des valeurs comme la

72. Paragraphe 75.

confiance ou la loyauté, qui sont nécessaires au maintien et au développement des relations sociales et économiques». Deuxièmement, le fait de lutter contre la corruption dans le secteur privé garantit le «respect d'une concurrence loyale». Troisièmement, au fil des ans, certaines fonctions publiques importantes (éducation, santé, transports, télécommunications, etc.) ont été transférées du secteur public au secteur privé et il est donc «logique de protéger le public également contre les effets dommageables de la corruption dans les entreprises, d'autant que les pouvoirs financiers ou autres qui sont concentrés dans le secteur privé, et qui sont nécessaires au nouveau rôle de l'entreprise, ont une grande importance sociale»⁷³.

35. Malgré l'importance que le GRECO a accordé publiquement à la lutte contre la corruption dans le secteur privé⁷⁴, les évaluations du 3^e Cycle font ressortir une certaine hétérogénéité de la conformité avec les articles 7 et 8 de la STE n° 173, allant des cadres juridiques d'Andorre et de l'Espagne qui ne pénalisent pas du tout la corruption dans le secteur privé à ceux de l'Arménie, du Portugal, de la Suède, de la Hongrie et de la Lituanie qui se sont dotés de mesures très complètes pour traiter ce type de corruption. Dans un nombre tout à fait significatif d'Etats, les EEG ont été confrontées à la perception que la corruption dans le secteur privé est une forme moins grave de corruption que celle touchant le secteur public, qui est, elle, ressentie comme une violation grave de la confiance que le public place dans les institutions, en particulier judiciaires et législatives. Cette distinction se retrouve le plus fréquemment en Europe de l'Est, et reflète la prépondérance historique des pouvoirs publics sur le citoyen, mais on la retrouve également ailleurs. Le rapport sur Andorre, par exemple, reflète clairement l'impression de la majorité des interlocuteurs rencontrés

73. Paragraphe 52.

74. Voir le paragraphe 95 du Rapport d'évaluation sur l'Espagne «De l'avis de l'EEG, il est indispensable d'incriminer la corruption dans le secteur privé conformément aux articles 7 et 8 de la Convention. En effet, les fonctions publiques et privées semblent être de plus en plus interdépendantes, et la limite entre les secteurs de plus en plus floue».

dans la Principauté que la corruption dans le secteur privé est moins grave que celle qui touche le secteur public. On le voit souvent à la disparité des sanctions qui peuvent être prononcées pour ces deux types de corruption, et que nous allons analyser plus loin. Parfois, les rapports d'évaluation reflètent la situation dans laquelle les lois nationales prévoient des dispositions relatives au secteur public, peut-être de manière imparfaite, mais l'absence de toute poursuite, conjuguée à une impression prévalante chez les interlocuteurs rencontrés par les EEG, laisse fortement à penser qu'il est très peu probable que la loi, soit par l'absence de compréhension des textes, soit du fait de lacunes juridiques, pourra réellement sanctionner la corruption dans le secteur privé. Tel est par exemple le cas en Bosnie-Herzégovine⁷⁵.

36. On a souvent constaté que les meilleurs régimes en place pour traiter la corruption dans le secteur privé vont plus loin que les exigences des articles 7 et 8 de la STE n° 173, par exemple en ne se limitant pas aux activités commerciales (Arménie, Portugal, Hongrie, France) ou en traitant également les abus lorsqu'ils sont immatériels (Hongrie); toutefois, le thème le plus significatif émergeant des rapports d'évaluation du 3^e Cycle est le point de savoir dans quelle mesure les lois couvrent « toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé », comme le prévoient les articles 7 et 8. Certains Etats membres emploient des concepts très larges pour s'assurer que tous ceux qui travaillent dans le secteur privé sont couverts. Ainsi, le Portugal emploie le concept de « employé du secteur privé », tandis que la Suède utilise celui d'« agents publics », un concept général complété par une liste de catégories qui, même si l'EEG l'a estimée un peu complexe et potentiellement susceptible d'être dépassée si elle n'est pas mise à jour, a été considérée comme étant exhaustive. La loi lituanienne recourt au concept de personnes d'un statut équivalent à celui d'agents publics, avec un effet très complet. Les dysfonctionnements à cet égard sont tout à fait communs entre eux et, de manière générale, restreignent l'infraction

75. Voir paragraphe 94.

pénale aux actes de corruption de personnes en position de « responsabilité », excluant par là-même de la portée de la loi les employés du secteur privé de niveau inférieur. Dans ce groupe figure la Bosnie-Herzégovine (« ... et personnes responsables »), la Serbie (« personne responsable »), « l'ex-République yougoslave de Macédoine » (« Un responsable au sein d'une personne morale »), la Lettonie (« personne responsable ») et le Monténégro (« personne responsable »). L'évaluation de l'Estonie fait ressortir une approche fondée sur une liste réglementée d'obligations, qui ont pour effet d'exclure la plupart des agents et consultants ainsi que les employés de niveau inférieur. Le droit polonais couvre uniquement les personnes en position de dirigeants ou qui ont réellement une influence sur la prise de décision. La loi roumaine va plus loin que les exigences des articles 7 et 8 en ne se limitant pas à la corruption dans les transactions commerciales, mais restreint la portée des infractions pénales aux personnes titulaires d'un contrat de travail. Les autorités espagnoles ont suggéré que la portée du terme « *official* » dans les infractions pénales touchant le secteur public est, en droit espagnol, si large qu'elle couvrirait bon nombre de personnes qui ne seraient pas incluses dans la portée des infractions pénales touchant le secteur privé dans d'autres Etats. L'EEG a noté qu'en Turquie, même si la loi allait effectivement au-delà des obligations prévues au titre des articles 7 et 8 puisqu'elle n'était pas limitée à l'activité commerciale, elle est néanmoins limitée aux personnes agissant « au nom » d'entités commerciales, ce qui est beaucoup plus restrictif que « à toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé ».

37. Le GRECO a également noté que la loi régissant le secteur privé présente le même type de dysfonctionnements dans les éléments de base que ceux qui sont rencontrés pour le secteur public. L'infraction pénale de corruption passive en droit polonais, par exemple, ne couvre pas une simple demande et est liée à un ensemble limité d'actes ou d'omissions intentionnels. Le rapport sur la République de Moldova révèle que l'infraction pénale concernant le secteur privé ne couvre que

le « don » et « la réception » et n'a pas de disposition explicite pour la corruption indirecte ou pour les tiers bénéficiaires. L'infraction pénale spéciale en droit français concernant la corruption visant à obtenir une déclaration ou un certificat contenant des informations incorrectes emploie le mot « tentative », ce qui, du point de vue de l'EEG, était incompatible avec le principe général que la tentative de corruption devrait de manière générale constituer une infraction pénale de plein droit. L'évaluation du droit des Pays-Bas a fait ressortir que les lois de celui-ci reposent sur une infraction pénale qui est très différente de celles qui traitent de la corruption dans le secteur public. De nombreux aspects des infractions pénales du secteur public manquent dans l'infraction pénale pour le secteur privé, et même s'il a été fait valoir que le droit général de la complicité et de la participation à la commission d'une infraction pénale couvrirait, par exemple, une demande de cadeau, l'EEG n'a pas été convaincue de la clarté de la loi. Le Royaume-Uni, conscient d'une lacune dans son système juridique, a émis une réserve concernant les tiers bénéficiaires en attendant une réforme du texte réglementaire. Les rapports d'autres Etats membres précisent en détail certaines dispositions législatives qui ne couvrent pas l'ensemble des entités du secteur privé ou l'ensemble des transactions commerciales. Tel est le cas du droit en Turquie et en Azerbaïdjan. Le droit pénal allemand régissant la corruption dans le secteur privé se concentre sur les comportements anticoncurrentiels et la subversion de la transparence des procédures de passation de marchés publics. Il exige également le dépôt d'une plainte pour qu'il y ait poursuite en cas de corruption dans le secteur privé. Les poursuites peuvent être entamées « *ex officio* », mais uniquement si l'affaire présente « un intérêt public particulier ». Etant donné que, malgré ces restrictions, l'Allemagne intente des poursuites dans un nombre d'affaires tout à fait significatif de corruption dans le secteur privé, aucune recommandation n'a été formulée⁷⁶. En certaines occasions, l'EEG a constaté

76. Voir ci-dessous.

que les droits nationaux sont limités par la nécessité de montrer le transfert d'un avantage au corrupteur et par d'autres restrictions sur la nature de la relation entre les acteurs actifs et passifs. Le droit turc, par exemple, ne couvre la corruption que lorsqu'un avantage est conféré pour établir une relation juridique ou poursuivre une relation juridique existante et le droit de la Lettonie prévoit une condition selon laquelle la corruption doit avoir généré un avantage uniquement pour le corrupteur.

38. Contrairement à la disposition de la STE n° 173 traitant de la corruption dans le secteur public, les articles 7 et 8 donnent aux droits des Etats membres une certaine latitude pour poser la condition d'un manquement aux obligations dans tout infraction pénale de corruption touchant le secteur privé. Cependant, il a été constaté que certains Etats membres prévoient, dans leur droit interne, des obligations allant plus loin que le simple manquement aux obligations. Ainsi, la Croatie et le Monténégro exigent tous deux que le comportement induit par le corrupteur porte atteinte aux intérêts de l'entité concernée. L'EEG a appris des interlocuteurs rencontrés en Croatie que c'est là la principale raison pour laquelle les poursuites pour corruption dans le secteur privé sont si rares. Les rapports sur la Belgique et le Luxembourg s'attardent en détail sur l'existence de dispositions du type requérant «le consentement du donneur d'ordre» qui entraînent l'exigence de la preuve que la corruption dans le secteur privé s'est produite «à l'insu et sans l'autorisation du conseil de direction ou de l'assemblée générale annuelle, du donneur d'ordre ou de l'employeur»⁷⁷. Le GRECO a conclu qu'il existe clairement un risque d'abus de ce type de disposition, qui permettrait, par exemple, aux dirigeants de deux organisations de conclure légalement un pacte de corruption pour s'entendre sur des marchés ou truquer des manifestations sportives, ou à des employés d'être exonérés *ex post facto* par des employeurs.

77. Luxembourg, paragraphe 82.

Trafic d'influence

39. Il y a très peu de rapports d'évaluation du 3^e cycle qui ne fassent pas référence à des insuffisances de la disposition mise en place pour assurer la conformité avec les obligations établies dans l'article 12 de la STE n° 173 traitant du « trafic d'influence ». Le contre-exemple est fourni par le droit croate, avec l'infraction pénale dite « d'intercession illégale », qui a été jugée par l'EEG comme conforme en tous points. Comme indiqué plus haut, à l'examen, les dispositions légales d'un certain nombre d'Etats membres présentent les mêmes types d'insuffisances et d'incohérences élémentaires que celles ressorties des lois adoptées pour la mise en conformité avec les dispositions des articles 2 et 3 concernant la corruption active et passive d'agents publics. Dans le cas du trafic d'influence, il est également noté que, par exemple, même si le droit prévoit bien une infraction pénale de trafic d'influence, le droit national, parfois, n'a aucune disposition concernant la forme active de cette infraction pénale (voir par exemple les rapports sur la Bosnie-Herzégovine, la République tchèque, l'Estonie, la Grèce, la Lituanie, la République de Moldova, la Pologne et l'Espagne). Un autre problème assez régulièrement relevé par les EEG est le fait que la disposition pertinente ne parvient pas, ou du moins pas suffisamment clairement, à cerner les circonstances dans lesquelles soit l'influence que le trafiquant d'influence se proposait d'exercer n'est en fait pas réelle mais supposée ou fictive, soit l'influence n'est dans les faits pas exercée ou exercée sans résultat. Ces cas de figure ont été relevés dans le droit applicable en Belgique, en République tchèque, en Hongrie, au Luxembourg, en Roumanie, en Slovaquie et en Slovénie. Le rapport sur la Turquie, au contraire, relève que la disposition en place ne couvrirait pas un véritable trafiquant d'influence.

40. Le rapport sur le droit de la Turquie aborde aussi un thème significatif mis au jour par les rapports d'évaluation du 3^e cycle concernant le trafic d'influence. L'EEG pour ce pays conclut qu'indépendamment d'éléments cruciaux manquants, l'infraction pénale de « vol aggravé par la fraude » dont les autorités

turques se prévalaient comme moyen d'assurer la conformité avec l'article 12 avait « peu à voir avec le trafic d'influence ... »⁷⁸. Dans un certain nombre de rapports, il est évident que les autorités et les praticiens ne sont pas entièrement clairs sur la nature exacte de l'infraction pénale de trafic d'influence. L'infraction pénale telle qu'elle est définie à l'article 12 et dans le Rapport explicatif⁷⁹ est sans l'ombre d'un doute de nature tripartite, puisqu'elle implique un corrupteur, un trafiquant d'influence et la partie sur laquelle ce dernier entend exercer son influence. La relation primordiale dans ce cadre tripartite est celle du corrupteur et du trafiquant d'influence. Or, dans le droit d'Andorre, par exemple, qui prévoit une disposition traitant ostensiblement du « trafic d'influence » alors même que cet Etat a formulé une réserve à l'égard de l'article 12, l'infraction pénale est conçue comme une infraction pénale bilatérale, l'accent étant placé sur la relation entre le trafiquant d'influence et la personne qui va être influencée. Pour ce qui est du droit hongrois, les autorités ont tenté de convaincre l'EEG que les infractions pénales de corruption active du Code pénal couvraient le trafic d'influence puisqu'elles couvrent des cas où un pot-de-vin est transmis par un trafiquant d'influence à l'agent public sur lequel est exercée l'influence. Le rapport relève cependant que « la corruption de l'agent public par le trafiquant d'influence ne constitue pas une condition requise »⁸⁰, se faisant ainsi l'écho de la position prévue par les rédacteurs de la STE n° 173 selon laquelle, dès lors qu'il y a une offre, une promesse ou l'octroi d'un avantage indu par le corrupteur (ou sollicitation, réception ou acceptation d'une promesse ou d'une offre par un trafiquant d'influence) et que le trafiquant d'influence affirme pouvoir exercer une influence sur un agent public, l'infraction pénale active (ou passive) est constitué, indépendamment du fait que l'influence soit réelle ou non, ait eu ou non un résultat ou qu'un avantage ait été ou non transféré à l'agent public objet de l'influence. Une discussion similaire se retrouve dans le rapport sur l'Irlande, où

78. Paragraphe 71.

79. Paragraphes 64 à 67.

80. Paragraphe 92.

L'EEG a relevé que le but visé par l'infraction pénale de trafic d'influence consiste à atteindre «la corruption ambiante»⁸¹. Dans les droits d'autres Etats, pour qu'il y ait infraction pénale, il faut qu'il y ait violation de normes données; tel est le cas, par exemple, en droit polonais et estonien. Cette condition, qui à l'évidence n'était pas envisagée par les rédacteurs de l'article 12, est étroitement liée à la position de certains Etats membres pour qui l'infraction pénale n'est pas nécessaire, outre que, telle qu'elle est conçue dans l'article 12, elle est si large qu'elle pourrait porter atteinte à la liberté d'expression ou incriminer des activités légitimes. Le rapport sur le Danemark (qui a formulé une réserve concernant l'article 12) et celui sur l'Allemagne indiquent que l'infraction pénale est trop compliqué et difficile à définir, outre qu'elle n'est pas nécessaire puisque les infractions pénales les plus courantes de corruption, ou d'autres dispositions régissant, par exemple, l'abus de confiance abordent déjà les problèmes de principe posés par la corruption. Selon ces rapports, lorsqu'on prend en compte les dispositions légales concernant la complicité et la participation indirecte, les éléments les plus sérieux du trafic d'influence au moins sont couverts. Ces arguments apparaissent également dans le rapport sur le droit finlandais, mais parallèlement à des préoccupations nées du fait que l'infraction pénale «pourrait se heurter aux principes de la liberté de parole et de l'Etat de droit tels qu'ils sont garantis par la Constitution»⁸², on notera en particulier l'argument avancé par les autorités de la France, pays où le trafic d'influence est incriminé sous ses formes actives et passives, alors qu'il ne s'applique pas aux infractions pénales de trafic d'influence concernant les prises de décision par un agent public étranger ou par le membre d'une assemblée publique étrangère. La préoccupation était étayée par le fait que «le trafic d'influence est peu connu dans les autres pays membre du Conseil de l'Europe et son incrimination en France, dans ces conditions, aurait placé les entreprises ressortissantes françaises dans une situation d'infériorité en matière

81. Paragraphe 71 – faisant référence au Rapport explicatif de la STE n° 173.

82. Paragraphe 105.

de concurrence par rapport aux ressortissants des pays qui n'ont pas incriminé le trafic d'influence. »⁸³.

41. Un petit nombre d'Etats membres justifient l'approche selon laquelle d'autres infractions pénales de corruption couvrent les aspects les plus répréhensibles du trafic d'influence en faisant valoir l'argument qu'il y a clairement un risque qu'une infraction pénale complètement couverte par l'article 12 puisse porter préjudice à l'ensemble de la profession de lobbying. Ce raisonnement est peut-être développé le plus loin dans le rapport sur le droit des Pays-Bas, qui note que les autorités « continuent d'affirmer que certaines formes d'influence (d'ordre pécuniaire ou non) sur des décisions prises par des agents publics ou des responsables politiques peuvent être parfaitement légales et que les réglementer serait une atteinte aux formes de pressions licites et à la liberté d'expression »⁸⁴. Toutefois, l'EEG a noté que les représentants de la société civile aux Pays-Bas sont à l'évidence favorables à l'introduction d'une infraction pénale. Les rapports sur la Suède comme sur le Royaume-Uni révèlent que les autorités dans ces pays suivent le même point de vue que leurs homologues des Pays-Bas. Les autorités néerlandaises, suédoises et britanniques ont formulé des réserves concernant l'article 12 en posant comme principe qu'elles n'ont pas l'intention de créer une infraction pénale distincte. Les rapports sur les Pays-Bas, la Suède et le Royaume-Uni contiennent tous une référence à la section du rapport explicatif de la STE n° 173 traitant du trafic d'influence, où il est déclaré que l'article 12 concerne l'exercice d'une influence « abusive », et que « les formes de lobbying connues ne relèvent pas de la notion d'influence « abusive » qui doit contenir une intention de corrompre de la part du trafiquant d'influence »⁸⁵. Malgré cette intention claire qui vise à ce que les Etats membres soient libres d'exclure le lobbying légitime du champ d'application de l'infraction pénale de trafic d'influence, des Etats tels que les Pays-Bas, la Suède et le Royaume-Uni

83. Paragraphe 89.

84. Paragraphe 91.

85. Paragraphe 65.

estiment, comme cela ressort des rapports du 3^e cycle, qu'une infraction pénale prévue à l'article 12 risquera néanmoins de «déborder» sur ces professions. Une bonne part de la société civile et une large part des praticiens, et des gouvernements, estiment toutefois que l'infraction pénale de trafic d'influence peut utilement servir à s'attaquer à la corruption ambiante qui infiltre des cercles proches du pouvoir, permettant d'accumuler des bénéfices et avantages indus en faveur d'un petit nombre de privilégiés. Le défi pour les Etats qui sont confrontés à ce type de problématique est donc apparemment de choisir une formulation de l'infraction pénale qui apporte une valeur ajoutée en allant au-delà des infractions pénales générales de corruption sans créer un champ d'incrimination trop large.

Corruption d'acteurs étrangers internationaux

42. Les articles 5, 6 et 9 à 11 de la STE n° 173 exigent des Etats membres qu'ils veillent à ce que leur droit couvre la corruption pour ceux qui exercent un ensemble de fonctions publiques étrangères et internationales. L'évaluation de la conformité des Etats membres avec les obligations imposées par la STE n° 191 en ce qui concerne la corruption de jurés et arbitres étrangers est analysée plus loin. De manière générale, les rapports du 3^e cycle révèlent qu'une large proportion d'Etats ont pris des mesures pour garantir que leurs droits puissent couvrir la portée de plus en plus internationale de la corruption dans le contexte d'une économie mondialisée et chaque aspect de l'interaction de plus en plus forte entre les Etats dans un ensemble de sphères diplomatiques, administratives et judiciaires. Les rapports décrivent les divers moyens par lesquels les Etats membres se sont efforcés de se mettre en conformité. L'une des méthodes très communes consiste à étendre la définition de «l'agent public» à des fins nationales pour couvrir les divers acteurs internationaux. Cette méthode a été adoptée avec succès, par exemple en droit letton, croate, lituanien et norvégien. Dans ce dernier cas, les travaux préparatoires pour la législation font spécifiquement référence à son but, qui est la mise en conformité avec la STE n° 173. L'EEG s'est également

réjouie du fait que le droit soit allé au-delà des exigences de la STE n° 173 pour couvrir des personnes travaillant pour des organisations internationales non-gouvernementales telles qu'Amnesty International et la Croix-Rouge. Le droit bulgare recourt à une méthode similaire, tout comme le droit belge, dont l'Article 250 prévoit simplement que si «la corruption visée aux articles 246 à 249 concerne une personne chargée de fonctions publiques dans un Etat étranger ou une organisation régie par le droit international, les sanctions sont celles prévues [pour les agents publics nationaux]»⁸⁶. D'autres Etats, tels que la Hongrie, ont choisi une série d'infractions pénales distinctes, même si celles-ci sont invariablement étroitement calquées sur les infractions pénales «en droit interne»⁸⁷.

43. Certains Etats membres n'ont pas été aussi bons que d'autres en termes de mise en conformité. A l'examen, il est apparu que les droits d'un petit nombre d'Etats membres ne font pas, ou très peu, référence explicitement aux acteurs étrangers et internationaux. Dans ces cas, les autorités ont choisi de s'appuyer sur l'application de principes généraux, souvent combinés à une disposition juridictionnelle. Tel est le cas dans les droits moldave et albanais, concernant lesquels l'EEG a souligné que «les règles juridictionnelles ne sont pertinentes s'agissant de savoir si des agents publics étrangers ou internationaux sont couverts par les éléments des infractions pénales de corruption»⁸⁸. Plus fréquemment, les lacunes se manifestent dans la couverture de fonctions particulières. Les rapports sur Andorre, l'Estonie et l'Islande, par exemple, relèvent des lacunes concernant les membres d'assemblées publiques étrangères et internationales, tandis que celui sur le Luxembourg, malgré «l'approche élégante»⁸⁹, révèle que les agents d'organisations internationales ne sont pas couverts de manière adéquate. Le droit espagnol également a montré

86. Paragraphe 32.

87. Par exemple, partie 258/B CP au paragraphe 28.

88. Paragraphe 51.

89. Paragraphe 81.

des déficiences en ce qui concerne ces fonctions, ainsi que pour ce qui est des juges et agents de cours et tribunaux internationaux (à l'exception de ceux qui travaillent pour le Tribunal pénal international).

44. Comme on l'a déjà évoqué dans la partie sur les tendances générales, certains rapports d'évaluation ont montré que des Etats membres ont privilégié des dispositions plus pertinentes pour la conformité avec d'autres obligations internationales plus restreintes, ce qui est donc insuffisant pour assurer la conformité avec la STE n° 173. Les EEG ont souvent été confrontées, par exemple, à des lois adoptées pour respecter les obligations de l'Union européenne ou celles découlant de la Convention de l'OCDE sur la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, qui invariablement restreignent la portée des dispositions à la seule sphère commerciale. C'est là une caractéristique ressortant des rapports sur l'Allemagne, le Portugal, la Slovaquie, l'Espagne et la Turquie. Le droit bulgare contient une définition autonome d'un «agent étranger» aux fins de la Convention de l'OCDE, mais l'EEG s'est assurée que ceci n'a aucun impact négatif sur d'autres dispositions expresses concernant les acteurs étrangers, et ne pose pas non plus de problème particulier. Au nombre des autres caractéristiques relevées dans les rapports, on citera une référence au droit danois, jugé trop permissif pour les cultures étrangères, une préoccupation également notée par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption⁹⁰, ainsi que les différences significatives entre l'infraction pénale pour les agents publics étrangers et celle concernant les agents nationaux dans le droit de «l'ex-République yougoslave de Macédoine», qui exige également que le délit ait été commis «en relation avec l'acquisition, l'exercice ou la révocation de droits prescrits par la loi, ou aux fins d'obtenir un avantage ou d'infliger un préjudice à un tiers»⁹¹.

90. Paragraphe 67.

91. Paragraphe 68.

STE n° 191 (Jurés et arbitres)

45. Les évaluations du 3^e cycle concernant les obligations en matière de corruption de jurés et arbitres nationaux et étrangers prévues aux articles 1^o (définition) et 2 à 6 (arbitres et jurés nationaux et étrangers) du Protocole additionnel à la STE n° 173 (n° 191) font ressortir un niveau de conformité à la fois incomplet et inégal entre les Etats membres du GRECO. Certains rapports ne relèvent pas de difficultés majeures ; c'est le cas pour la France, l'Irlande, les Pays-Bas, la Norvège, la Slovénie, la Croatie, la Suède et le Royaume-Uni, mais ceux-ci font figure d'exceptions. Jusqu'à un certain point, ceci n'est pas surprenant car, comme indiqué plus haut, au moment de l'évaluation, 11 Etats membres n'avaient pas signé ou pas ratifié la STE n° 191⁹², et 5 Etats membres l'avaient signée mais ne l'avaient pas ratifiée⁹³. Sur les 39 rapports publiés avant le 21 octobre 2011, 21 formulent des recommandations concernant la conformité avec la STE n° 191, et/ou sa signature/ratification. Un certain nombre d'Etats membres sont bloqués par le fait que les fonctions de juré et, dans une moindre mesure, d'arbitre sont conceptuellement étrangères à leur systèmes et institutions. Si dans certains Etats, tels que la Croatie et la Serbie, une fonction similaire est prévue sous le vocable de « juges non professionnels », les systèmes de justice pénale de la Bosnie-Herzégovine, de la Lituanie, du Luxembourg et de « l'ex-République yougoslave de Macédoine », par exemple, n'ont absolument pas de jurés. Les rapports sur bon nombre d'Etats membres du GRECO se font l'écho de préoccupations causées par le fait qu'il n'y a pas de disposition expresse ou signalent que des doutes subsistent quant à la clarté avec laquelle la loi a traité les formes à la fois actives et passives de corruption des jurés et arbitres nationaux⁹⁴. Dans un

92. Andorre, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, République tchèque, Estonie, Finlande, Géorgie, Lituanie, Pologne, Espagne et Turquie.

93. Allemagne, Hongrie, Islande, Malte, Portugal.

94. Albanie, Andorre, Azerbaïdjan, Chypre, République tchèque, Grèce, Lituanie, République de Moldova, Monténégro, Slovaquie, Espagne, « ex-République yougoslave de Macédoine » et Turquie.

certain nombre d'Etats membres, les discussions entre l'EEG et les interlocuteurs se sont centrées sur le fait de savoir si la définition d'un «agent» est suffisamment large pour couvrir également les arbitres et jurés. Le rapport sur la Hongrie indique que les jurés sont couverts par la définition d'un «agent», mais on voit moins clairement si les arbitres sont également couverts, ce qui était également le cas avec le droit de la Lettonie et de la Bosnie-Herzégovine. La définition serbe d'un «agent», qui naturellement couvre les jurés en tant que juges non-professionnels, couvre aussi les arbitres.

46. Si nous en venons maintenant à la question des jurés et arbitres étrangers, les problèmes identifiés par les rapports du 3^e cycle sont là encore, dans une large mesure, liés à des questions de clarté et à une couverture parcellaire, qui présente des lacunes. Les rapports sur la Bulgarie, et sur la Finlande, par exemple, relèvent que les dispositions ne sont pas claires en ce qui concerne les arbitres étrangers, tandis que le droit allemand couvre les jurés étrangers uniquement dans la limite des obligations découlant des instruments de l'Union européenne et de la Convention de l'OCDE contre la corruption. Le droit de la Turquie et de la Slovaquie présente des restrictions similaires, le droit slovaque couvrant uniquement les acteurs employés par des institutions judiciaires internationales. Le droit de l'Islande et celui de la Lettonie ne contiennent aucune disposition pour les jurés ou arbitres étrangers, et ces fonctions ne sont couvertes au Monténégro que si elles sont judiciaires, ou si elles relèvent d'un agent public. De forts doutes pèsent sur la capacité du droit à traiter ce type de corruption en Pologne et en Serbie ; l'application de la loi dépend du fait que les arbitres sont des agents publics dans des Etats étrangers, ce qui, aux yeux du GRECO, est très peu probable. Le droit espagnol prévoit une couverture non expresse et imparfaite pour les jurés et arbitres étrangers, et les droits de la Lettonie et de la Serbie, outre les questions ci-dessus, s'efforcent également de s'appuyer sur leur loi couvrant la juridiction extraterritoriale pour se mettre en conformité avec la STE n° 191. Le rapport sur le droit serbe précise clairement que «les principes généraux du droit n'ont

pas d'incidence sur l'incrimination de l'infraction en tant que telle»⁹⁵.

Compétence extraterritoriale

47. A l'évidence, l'efficacité de toute loi destinée à lutter contre la corruption impliquant des acteurs internationaux, et donc la corruption en général, dépendra de la mesure dans laquelle les tribunaux d'un Etat sont compétents pour juger d'affaires commises hors du territoire national. L'article 17 de la STE n° 173, comme bon nombre d'instruments internationaux, exige des Etats signataires qu'ils veillent à ce que leurs tribunaux soient compétents en matière de commission des infractions pénales décrites dans les articles précédents, lorsque ces infractions pénales sont commises en tout ou partie sur le territoire de l'Etat, et aussi lorsqu'elles sont commises en dehors de ce territoire, si les auteurs sont des ressortissants de l'Etat concerné (juridiction de nationalité active). Les rapports d'évaluation du 3^e cycle ne traitent que rarement de l'étendue de la couverture de ces aspects liés à l'article 17 par les droits des Etats membres du GRECO, sauf lorsqu'il s'agit de droits où le principe de la « double incrimination » s'applique (on le verra plus loin). La STE n° 173 demande aussi, ce qui est plutôt inhabituel, que la compétence soit établie sur des infractions pénales commises en extraterritorialité par des agents publics d'un Etat signataire ou par un membre des assemblées publiques nationales de cet Etat (article 17.1.b) et sur des infractions pénales qui sont commises avec l'implication de l'un de ses agents publics, ou d'un membre de l'une de ses assemblées publiques nationales. C'est cette disposition que les EEG ont invoquée et qui est examinée souvent de manière plutôt détaillée dans les rapports d'évaluation. La grande complexité, que ce soit dans la disposition elle-même ou dans la mission d'évaluer sa conformité par rapport à l'article 17.1.b et c, dépasse la portée de rapports thématiques tels que celui-ci, qui se concentre sur les aspects communs à un ensemble d'observations et de recommandations détaillées

95. Paragraphe 67.

dans les rapports d'évaluation. Premièrement, il est important de noter qu'un certain nombre d'Etats ont formulé des réserves formelles à l'égard de l'article 17. Ces réserves sont très similaires. Le Danemark, le Luxembourg et le Royaume-Uni limitent la règle de compétence de l'article 17.1.b., dans la mesure où ce dernier s'applique aux agents publics ou membres d'assemblées publiques nationales, à leurs seuls ressortissants. Le Luxembourg aussi étend cette limitation à l'article 17.1.c. La Suède, la France et le Royaume-Uni se réservent tous trois le droit de ne pas appliquer du tout la règle prévue à l'article 17.1.c (les réserves concernant la double incrimination sont évoquées plus loin).

48. De manière générale, les rapports révèlent que tous les Etats se sont dotés de certaines dispositions prévoyant une compétence extraterritoriale, mais l'efficacité de ces dispositions au regard des obligations découlant de l'article 17 de la STE n° 173 est, dans bon nombre d'Etats membres du GRECO, tout à fait inégale, outre que ces dispositions sont souvent plutôt obscures en ce qui concerne la portée et la nature des restrictions prévues. Les difficultés sont exacerbées par le fait qu'il y a de manière générale très peu de poursuites entre Etats membres du GRECO qui nécessitent de s'appuyer sur la notion de compétence extraterritoriale. Ceci aboutit à une absence de jurisprudence qui prive toute évaluation des lois concernées d'un outil d'interprétation fondamental. Les rapports du 3^e cycle révèlent des déficiences sous diverses formes⁹⁶. Cependant, on y relève un thème récurrent : le fait que les lois d'un certain nombre d'Etats soient en faveur de la conformité par rapport à l'article 17.1.b. et c. est, d'une certaine manière, lié aux obligations internationales de ces Etats. Un tel lien n'a pas nécessairement d'impact négatif sur l'efficacité en général de la compétence des tribunaux pour

96. Parmi des exemples pris au hasard, on citera des omissions dans le droit de « l'ex-république yougoslave de Macédoine » concernant à la fois l'article 17.1.b et l'article 17.1.c ; le manque de clarté en droit polonais concernant la conformité avec l'article 17.1.b ; des doutes quant à certaines omissions et restrictions dans les droits de la Turquie, de la Lituanie et de l'Albanie ; la complexité du droit applicable en Allemagne.

ce qui est des infractions pénales de corruption, comme on le voit, par exemple, dans le droit de la Croatie. Les EEG ont cependant critiqué la disposition qui, à leurs yeux, se fonde sur le fait que la STE n° 173 est un instrument « auto exécutoire », ce qu'à l'évidence elle n'est pas⁹⁷. Une autre caractéristique commune à un certain nombre de droits est la condition que l'infraction pénale soit, sous une forme ou une autre, directement commise à l'encontre des intérêts de l'Etat membre du GRECO, ou pénalise ces mêmes intérêts, si l'on veut que les règles d'extraterritorialité s'appliquent. Les restrictions de ce type sont détaillées dans les rapports relatifs au Monténégro, à la Serbie et à l'Albanie. Certains rapports s'attardent également de manière détaillée sur une condition qui veut que, dans certaines circonstances, la victime doive porter plainte (Belgique), laquelle plainte doit également s'accompagner d'une demande de poursuite de l'Etat où l'infraction pénale s'est produit (France). Certains Etats soumis à l'évaluation ont fait valoir qu'ils respectent tous les aspects de l'article 17.1.b. car seuls leurs ressortissants peuvent être agents publics ou membres d'assemblées parlementaires. Dans certains cas, le GRECO a accepté ces arguments, qui ont été avancés par exemple par la Serbie, la Slovénie et l'Estonie, faisant néanmoins observer que ce raisonnement deviendra bientôt caduc puisqu'il n'est plus inhabituel de constater que dans des Etats membres du GRECO, des postes de la fonction publique sont confiés à des ressortissants d'autres Etats.

49. La question de loin la plus commune qui émerge des rapports du 3^e cycle est celle de l'incidence du principe de la « double incrimination ». La STE n° 173 ne prévoit pas l'application de ce principe. Un certain nombre d'Etats ont donc enregistré des réserves à cet égard⁹⁸. En général, au titre d'une telle disposition, les poursuites pour une infraction pénale commise dans un autre Etat ne peuvent être entamées que si le comportement mis en cause constitue une infraction

97. Voir rapport sur la Géorgie, paragraphe 83.

98. Finlande (17.1.b nationalité), Danemark (17.1.b nationalité), France (17.1.b).

pénale dans l'Etat où il a été commis. Le GRECO a exprimé clairement que ce type de restrictions est potentiellement très limitatif pour ce qui est de l'efficacité de la contribution des Etats membres à la lutte contre la corruption internationale. Dans au moins 21 des 39 rapports d'évaluation du 3^e cycle, le GRECO a formulé une recommandation préconisant que les dispositions relatives à la double incrimination concernant différents aspects de l'article 17 devraient être supprimées et toute réserve cet égard retirée ou non renouvelée⁹⁹.

Sanctions

50. Il est important que les tribunaux disposent des pouvoirs nécessaires pour imposer des sentences appropriées en cas d'infraction pénale de corruption. On rappellera l'intention profonde de la STE n° 173 et de la STE n° 191 pour qui « la corruption ne constitue pas une simple infraction économique mais peut, sous certaines de ses formes les plus graves, mettre en danger l'Etat de droit, la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société, et ébranler la bonne gouvernance, la sécurité, la santé, l'équité et la justice. »¹⁰⁰. L'article 19 oblige les Etats parties à la STE n° 173 à mettre en place des sanctions et mesures « effectives, proportionnées et dissuasives » incluant des peines de prison d'un niveau facilitant l'extradition. Cet objectif est largement atteint par la plupart des Etats membres du GRECO, mais l'évaluation du régime légal des sanctions des Etats membres a également fait ressortir une tendance à traiter certains types de corruption comme s'ils étaient plus graves que d'autres. Dans un petit nombre d'entre eux, le régime de sanction de la corruption présente certaines inadaptations systémiques et une certaine incohérence ; tel est le cas par exemple pour la structure fédérale de Bosnie-Herzégovine, qui aboutit à 4 Codes pénaux variant considérablement les

99. Albanie, Andorre, Arménie, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Danemark, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Serbie, Slovaquie, Espagne, Suède, «ex-République de Macédoine» et Turquie.

100. Croatie, paragraphe 56 ; voir également Pays-Bas, paragraphe 93.

uns par rapport aux autres et souvent contradictoires pour ce qui est des niveaux et de la disponibilité des sanctions ; seule une harmonisation peut aboutir à une approche cohérente et efficace. De manière générale, toutefois, les critiques de principe concernant les sanctions dont disposent les Etats, telles qu'elles sont reflétées dans les rapports d'évaluation du 3^e cycle, sont de deux ordres : une disparité entre sanctions, de part et d'autre de trois lignes de clivage ou dichotomies, ainsi qu'une tendance à une complexité excessive avec le risque concomitant d'incohérence.

51. Si l'on traite d'abord des dichotomies, les trois dichotomies évoquées sont le clivage entre les infractions pénales de corruption de base ou simples, en général caractérisées par le fait que la corruption vise à induire ce qui autrement serait un acte ou omission légal, et ce que l'on peut appeler des infractions pénales aggravées, impliquant un manquement aux obligations ou un acte ou omission illégal. L'infraction pénale de trafic d'influence devrait normalement relever du champ de la première de ces catégories, tandis que des infractions pénales aggravées par le fait que l'acteur passif exerce une haute fonction ou des affaires où le pot-de-vin est important relèveraient également de la deuxième catégorie. Les rapports du 3^e cycle révèlent souvent un large éventail dans la gravité des sanctions disponibles, lorsqu'un régime d'infractions pénales incorpore ce type de dichotomie. En soi, bien entendu, ceci ne constitue pas de matière à critique, comme par exemple pour ce qui est du droit norvégien, où la peine maximale d'emprisonnement pour les infractions pénales de corruption de base (actives et passives) et le trafic d'influence est de 3 ans, contre 10 ans pour les infractions pénales aggravées. Une disparité similaire se retrouve dans le régime de sanctions du droit hongrois, où l'infraction pénale actif de base est sanctionnée par une peine d'emprisonnement de 3 ans maximum, contre 8 ans pour une infraction pénale passive aggravée. Parfois, il se peut que la sanction pour les infractions pénales de moindre importance soit trop faible pour être efficace, proportionnée et dissuasive, comme le relève le rapport sur l'Arménie. En droit maltais, la peine maximale pour le trafic d'influence,

18 mois d'emprisonnement, est jugée trop faible. La sanction maximale pour l'infraction pénale de base en droit néerlandais (2 ans d'emprisonnement) est également considérée comme trop basse. Le rapport sur l'Espagne a critiqué le fait que certaines des infractions pénales « légales » ne soient sanctionnées d'aucune peine de prison.

52. La deuxième dichotomie est la distinction entre la corruption active et la corruption passive. La STE n° 173 et son rapport explicatif induisent que la corruption active autant que la corruption passive doivent être traitées comme constituant une infraction pénale de même gravité. Il ressort très rapidement clairement, cependant, à l'examen des rapports d'évaluation du 3^e cycle, que les cadres de sanction de bon nombre d'Etats reflètent le point de vue souvent défendu que la corruption passive, en particulier dans le secteur public, est beaucoup plus grave que la corruption active. Ceci s'explique par le fait que cet acte de corruption constitue une rupture du lien de confiance avec les agents publics, ce qui constitue un dommage plus grave que le fait d'induire cette rupture. On en retrouve beaucoup d'occurrences, en particulier pour les Etats membres d'Europe orientale, même si ce phénomène ne concerne pas exclusivement cette région ; peut-être des facteurs historiques et socio-économiques associés à la sortie d'un système totalitaire contrôlé par l'Etat expliquent-ils l'expression de l'opprobre à l'encontre de phénomènes à grande échelle de corruption dans le secteur public, perpétrés largement par la sphère de l'administration elle-même. En tout état de cause, la sanction maximum pour corruption active, dans un certain nombre de systèmes juridiques qui ont fait l'objet de l'évaluation, est jugée trop faible. C'est une critique de cette tendance qui a poussé à inscrire dans le rapport d'évaluation sur la Croatie l'observation citée plus haut. Les droits de la Serbie, de la Lituanie et de la République tchèque fournissent des exemples de même type.

53. La disparité la plus notable, cependant, se produit de part et d'autre du troisième type de dichotomie, à savoir le clivage entre le secteur public et le secteur privé. Sur le plan

substantif, le rapport du 3^e cycle concernant le droit portugais relève de manière éloquente cet élément, puisque l'EEG rappelle que, pour les raisons susmentionnées dans la section traitant de la corruption dans le secteur privé, «le rapport explicatif de la Convention s'exprime clairement en faveur d'une réduction des différences entre les sanctions applicables à la corruption dans le secteur public et celles applicables à la corruption dans le secteur privé»¹⁰¹. Cette tendance se retrouve dans bon nombre de rapports du 3^e cycle, et justifie des observations formulées de manière similaire. Le rapport sur l'Albanie en est un bon exemple : entre la sanction maximum pour des faits de corruption dans le secteur public et pour des faits de corruption dans le secteur privé, il y a un écart de 9 ans d'emprisonnement. Le rapport sur la Finlande contient une observation similaire à celle mentionnée plus haut concernant la tendance dans certains Etats à envisager la corruption, en particulier celle du secteur privé, comme un «infraction pénale économique». Même lorsque le niveau généralement faible des sanctions en Finlande est pris en compte, le GRECO est d'avis qu'une sanction maximum de 2 ans d'emprisonnement pour corruption dans le secteur privé est trop basse lorsqu'on la compare à la possibilité d'une peine maximum de 6 ans d'emprisonnement pour faits de corruption dans le secteur public.

54. Certains Etats du GRECO sont dotés de systèmes juridiques privilégiant des régimes de sanctions hiérarchisés, détaillés, qui limitent la marge de discrétion dont dispose le juge, alors que les traditions juridiques d'autres Etats leur imposent de se baser plutôt sur des sanctions maximum globales relativement lourdes, la décision finale d'infliger une peine comprise entre un seuil assez bas et un niveau très élevé relevant de l'entière discrétion du tribunal qui prononce la condamnation. Au nombre des Etats membres du GRECO, on compte plus d'exemples du premier groupe que du second, les juridictions de *common law* du Royaume-Uni et de l'Irlande étant tout à fait

101. Portugal, paragraphe 101.

représentatives du deuxième groupe. La tradition de *common law* va aboutir à des régimes de sanctions moins compliqués, alors qu'en tradition de « droit civil », les régimes de sanctions ont tendance à être davantage structurés, ce qui peut parfois produire des dispositions relativement complexes en couches superposées¹⁰², ou prévoyant des écarts très prononcés dans l'importance des sanctions infligées¹⁰³. L'un des régimes de sanctions peut-être les plus complexes dont les EEG aient eu à connaître est celui de la Turquie, où le système juridique, de manière naturelle, ne relève ni franchement du camp des pays de *common law*, ni clairement de ceux de droit civil. Le régime des sanctions en droit turc reflète une distinction selon l'élément de l'infraction pénale – de base ou aggravé –, cette distinction étant encore plus marquée par des facteurs aggravants qui peuvent augmenter la peine d'un tiers ou de moitié en fonction de la catégorie dont relève la personne (justice, arbitre, témoin expert, notaire publique ou commissaire aux comptes assermenté) impliquée dans l'infraction pénale. Le droit turc prévoit également des réductions de peine, de sorte qu'une condamnation pour tentative de corruption réduira la sentence d'un quart à un tiers.

55. Les rapports du 3^e cycle montrent également que le droit de pratiquement tous les Etats appréciés prévoit des mesures alternatives à l'emprisonnement, qui peuvent être appliquées pour la condamnation d'une infraction pénale de corruption et être très efficaces pour être en adéquation avec la nature du méfait dans les affaires de corruption. La plus commune d'entre elles est l'amende. Malte est un cas très inhabituel, puisque la seule sanction disponible pour des faits de corruption est l'emprisonnement; aucune amende ne peut être infligée, même si l'infraction pénale est vénielle. Dans certaines juridictions,

102. Voir les rapports sur l'Estonie, la Lituanie, le Monténégro, la Norvège et l'Espagne.

103. Voir « ex-République yougoslave de Macédoine » et Serbie avec des peines maximum allant respectivement de 3 mois d'emprisonnement à 10 ans et de 3 mois à 5 ans.

le niveau des amendes est un peu faible. Le rapport sur le droit lituanien, par exemple, note que les niveaux d'amende ne risquent pas d'être effectifs, proportionnés ou dissuasifs pour les délinquants riches (11 400 € maximum). Le droit espagnol ajoute l'interdiction d'exercer certaines fonctions, tout comme les droits allemand, serbe et moldave et le régime en vigueur au Luxembourg. En République de Moldova, toute condamnation entraîne de manière obligatoire une amende et une interdiction d'exercer des fonctions dans le secteur public. Le droit français prévoit la déchéance des droits civiques, civils ou familiaux, ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une profession donnée, outre la possibilité de confiscation et la publication de l'arrêt du jugement. Le droit grec prévoit des outils similaires pour ce qui est de l'interdiction, tandis que le droit hongrois ajoute des peines d'intérêt général et la suspension du permis de conduire aux mesures déjà évoquées plus haut.

Regret réel

56. Dans un nombre significatif d'Etats membres du GRECO, le système légal prévoit que le mis en cause dans un affaire de corruption peut se prévaloir d'une exception spéciale, à condition d'avoir signalé l'acte de corruption aux autorités. Cette exception spéciale, connue plus fréquemment sous le vocable de « regret réel », se retrouve dans un certain nombre de variantes, comme on le verra plus bas, mais pour ce qui est des évaluations du 3^e Cycle, qui sont couvertes par le présent rapport, son incidence dans les droits internes montre clairement une concentration par aire géographique. Dans les droits internes des Etats d'Europe de l'Est, on le retrouve très fortement, du nord au sud, alors que ce moyen de défense n'est pas connu du tout dans les Etats européens plus occidentaux, sauf ceux de la péninsule ibérique. Le regret réel fonctionne comme suit : un individu du secteur privé qui signale une infraction pénale dans le cadre de laquelle un agent public corrompu a demandé un pot-de-vin peut se prévaloir de cette

exception spéciale que constitue le regret réel¹⁰⁴. Ceci explique peut-être pourquoi ce moyen de défense est géographiquement concentré dans des Etats où, historiquement, dans tous les secteurs de l'appareil socio-économique, l'Etat et l'administration publique¹⁰⁵ exerçaient le pouvoir de manière prépondérante. De fait, il est l'expression du point de vue selon lequel dans de nombreux Etats, comme l'indique le rapport sur la Géorgie, le signalement des cas de corruption comme exception spéciale représente de 70 à 80 % des affaires touchant le secteur public, parce que la partie active du secteur public « est une victime du corrompu du fait d'une inégalité de pouvoir entre les deux ... »¹⁰⁶. Il convient de noter que la République tchèque est la seule parmi les pays d'Europe de l'Est concernés par le présent rapport à avoir abrogé dans son intégralité la disposition pertinente relative au « regret réel »¹⁰⁷.

57. L'application de cette exception spéciale est particulièrement prédominante dans des affaires liées à la corruption active dans le secteur public, mais sert également de relation fondatrice de la corruption passive dans un certain nombre de droits internes¹⁰⁸. Dans les Etats où le droit pénal prévoit ce moyen de défense, il est perçu par bon nombre comme un catalyseur de révélation des faits de corruption. De nombreux rapports font valoir que, sans ce moyen, certains types de corruption ne pourraient pas être traités de manière efficace. Etant donné que ce moyen de défense est considéré, à des degrés divers, comme pouvant aider à s'attaquer à la corruption, le GRECO a, de manière générale, adopté une approche relativement indicative. Hormis le cas de deux rap-

104. Mais son incidence n'est pas complètement limitée au secteur public. Dans les droits de l'Arménie, de la Lettonie, de la République de Moldova et de la Pologne, par exemple, cette exception s'applique aux secteurs privé et public.

105. Il est intéressant de noter que cette exception spéciale a été introduite relativement récemment en Pologne (2003) et, à titre anecdotique, comme le rapport d'évaluation ne relève pas du champ du présent rapport, qui porte sur les rapports adoptés jusqu'au le 31 octobre 2011, en Autriche (2008).

106. Paragraphe 80.

107. Paragraphe 64.

108. Voir paragraphe 97 du rapport sur la Hongrie.

ports où le moyen de défense, pour l'EEG, ne présente aucune véritable menace pour l'efficacité des dispositions relatives à la corruption, tous les rapports traitant de cette question incluent une recommandation, mais du type « examiner et suivre » plutôt que du type plus comminatoire « veiller à ». Les recommandations figurant dans les rapports d'évaluation traitant cette question sont toutes rédigées dans des termes très similaires¹⁰⁹.

58. Si le GRECO est préoccupé par ce type de défense, c'est qu'il peut potentiellement être utilisé de manière abusive, à cause même de certaines caractéristiques fondamentales qui sont récurrentes dans son fonctionnement. Bon nombre de rapports traitant de cette question font référence à sa nature automatique obligatoire, qui, dans sa forme la plus aboutie, signifie que dès lors que les conditions pertinentes en matière de signalement sont remplies, l'accusé est automatiquement exonéré et, qui plus est, dans des affaires de corruption active, se voit assez souvent récompensé par un dédommagement égal à la valeur du double du pot-de-vin. Dans les manifestations qui sont les plus préoccupantes, aucune procédure n'est en place qui permettrait l'examen des motifs de la partie ayant signalé les faits de corruption, ou de s'assurer de la partie qui est à l'origine des instigations visant à conclure le pacte de corruption. Dans le rapport sur le droit de la République de Moldova, par exemple, l'EEG a noté que les autorités avaient décidé de maintenir cette défense afin de stimuler le signalement de cas de corruption, faisant néanmoins remarquer qu'en principe, des affaires très graves de corruption active pourraient rester totalement impunies en cas de recours à ce moyen de défense. L'EEG poursuit en relevant que « cet instrument pourrait être utilisé abusivement par le corrupteur, par exemple, afin d'exercer des pressions sur le corrompu pour que

109. Le paragraphe 57 du rapport sur la Croatie est éclairant – « analyser et réviser en conséquence l'exemption automatique – et obligatoirement totale – de peine accordée aux auteurs d'infractions de corruption active dans le secteur public et le secteur privé qui déclarent l'infraction aux autorités chargées de l'application de la loi et d'abolir la restitution du versement illicite à l'auteur de l'infraction en pareils cas. ».

celui-ci lui accorde des avantages supplémentaires, ou dans des situations où la dénonciation est faite longtemps après la commission de l'acte de corruption, étant donné qu'aucun délai n'est fixé par la loi ... »¹¹⁰.

59. Dans un certain nombre de droits internes, une disposition prévoit que le signalement de la corruption doit précéder l'enquête judiciaire concernant l'infraction pénale. Cette question s'est posée dans le rapport sur le droit arménien, où la portée et l'application de ce moyen de défense illustrent bon nombre des différentes permutations rencontrées dans d'autres droits ayant fait l'objet d'une évaluation. Dans le secteur public, le moyen de défense ne s'applique qu'à la corruption active, alors qu'il s'applique à la fois à la corruption active et passive dans le secteur privé. Dans le secteur public, il s'agit d'un moyen de défense complet, alors que dans le secteur privé, il s'agit d'une forme d'atténuation obligatoire et totale, qui aboutit à ce qu'il n'y ait aucune sanction de quelque nature que ce soit. L'EEG était préoccupée sur ces points, mais a également noté que les dispositions légales « ne stipulent pas un délai durant lequel l'infraction doit être signalée aussi longtemps que la personne signalant l'infraction *pense* que les autorités répressives n'ont pas encore eu connaissance de l'infraction, ... »¹¹¹. De la même manière, pour ce qui est du droit roumain, les préoccupations du GRECO se concentrent sur le fait, entre autres choses, que des indices laissent à penser que « les corrupteurs s'adressent souvent aux autorités à un stade tardif, lorsqu'ils perçoivent déjà la présence des organes chargés de l'enquête (ce qui va à l'encontre de l'esprit des dispositions). »¹¹². Dans certains cas, où l'EEG admet qu'il y a des sauvegardes suffisantes, les recommandations du rapport d'évaluation se concentrent sur un aspect particulier de ce moyen de défense plutôt que de traiter l'existence du moyen lui-même. Tel est ainsi le cas pour les rapports sur la Bosnie-Herzégovine et la Serbie, où la recommandation fait référence à la possibilité qu'un montant

110. Paragraphe 64.

111. Paragraphe 90.

112. Paragraphe 112.

égal à la valeur du pot-de-vin soit restitué à celui qui a versé le pot-de-vin¹¹³. Les préoccupations, et donc la recommandation, reflétées dans le rapport sur le droit polonais se concentrent sur l'absence de clarté des conditions préalables à respecter avant de pouvoir se prévaloir de ce moyen de défense. Dans d'autres rapports, le GRECO recommandait l'examen et, le cas échéant, la révision de la loi pertinente dès lors que, même s'il apparaît qu'il y a certaines sauvegardes en place, le moyen de défense demeure relativement inutilisé et sa valeur ajoutée sujette à caution¹¹⁴. Les deux droits internes qui n'attirent pas de recommandations sur ce point sont ceux du Monténégro et de la Slovaquie. Dans le premier cas, le rapport reflète des doutes sur l'efficacité du moyen de défense puisqu'il n'a jamais été utilisé, mais s'abstient de formuler une réserve puisque le moyen de défense n'est applicable qu'à la discrétion du tribunal, ce qui est considéré comme un rempart puissant contre les abus. Dans le deuxième cas, le rapport d'évaluation reflète le point de vue selon lequel les conditions préalables sont claires, il y a un élément de discrétion du juge et l'EEG n'a eu connaissance d'aucun commentaire négatif sur l'application du moyen de défense en pratique de la part des interlocuteurs qu'elle a rencontré durant la visite dans le pays.

Prescription

60. Les règles procédurales concernant la période de temps suivant la commission d'une infraction pénale au cours de laquelle les poursuites doivent être engagées pour infraction pénale de corruption sont à l'évidence d'une importance fondamentale dans le contexte de la commission d'une infraction pénale qui peut prendre un temps considérable avant d'être découverte. Certaines juridictions, telles que l'Irlande et le Royaume-Uni dans la tradition de *common law*, et Chypre, par exemple, ne connaissent pas de période de prescription. Cela signifie qu'il n'est pas possible d'empêcher des poursuites du fait du temps écoulé, mais qu'une longue période de temps qui se

113. Paragraphes 108 et 74 respectivement.

114. Voir les rapports d'évaluation sur la Grèce, la Hongrie et l'Espagne.

serait écoulée depuis la commission de l'infraction pénale peut avoir un impact sur la probité et le poids des preuves disponibles et pourrait être pertinente pour la possibilité matérielle de tenir un procès équitable ou dans le cas où des poursuites s'apparenteraient à un abus de procédure. Lorsque les droits internes prévoient réellement des prescriptions, les rapports du 3^e cycle indiquent que la « norme du GRECO » fixe la fourchette des périodes de prescription entre 3 et 15 ans. Cela signifie que, comme on l'a remarqué communément parmi les États membres du GRECO, la prescription variera conformément à la sanction maximum prévue pour l'infraction pénale. Ceci peut aboutir à certaines dispositions complexes. En droit croate, par exemple, la prescription pour corruption active dans les secteurs public et privé est de 3 ans, tandis que la prescription pour corruption passive dans le secteur public est de 10 ans lorsque l'infraction pénale concerne un acte ou omission illégaux de la part de l'agent public et de 5 ans dans des affaires impliquant un acte ou omission légales. Les prescriptions pour faits de corruption dans le secteur privé sont de 10 ans pour la corruption passive, en présence « d'actes portant préjudice à l'entité privée » ; sinon, la prescription est de 5 ans. Le trafic d'influence est soumis à prescription au-delà de 3 ans, ou de 5 ans lorsqu'il y a trafic passif d'influence. Au titre du droit de la République tchèque, quatre prescriptions différentes, allant de 3 à 15 ans, couvrent 8 infractions pénales différentes, chacune punissable de 6 peines maximum différentes.

61. Comme indiqué plus haut, les sanctions pour corruption passive, en particulier dans le secteur public, dépassent largement les sanctions prévues pour la corruption active dans ce secteur, tout comme pour le trafic d'influence et la corruption dans le secteur privé. Ainsi, comme les règles applicables en Croatie et en République tchèque l'illustrent à des degrés divers, les périodes de prescription pour le deuxième groupe d'infractions pénales tendent à être plus courtes dans de nombreux États membres du GRECO. Dans certains systèmes juridiques, la loi prévoit que les périodes de prescription peuvent être interrompues et redémarrer pour une prolongation. Tel est le cas en République tchèque, en France, en Roumanie

et dans « l'ex-République yougoslave de Macédoine ». Les recommandations du 3^e cycle concernant la prescription sont relativement rares. Dans le rapport sur le droit portugais, qui prévoit des prescriptions allant de 5 à 15 ans pour toutes les infractions pénales de corruption, sauf le trafic passif d'influence n'impliquant pas de violation d'une obligation, le rapport recommande que la période de 2 ans pour cette infraction pénale soit augmentée. Le droit lituanien prévoit, et c'est le seul cas parmi les Etats membres du GRECO, que la prescription coure jusqu'à la toute fin des procédures, plutôt qu'à la date de leur démarrage. De plus, le droit ne prévoit pas d'interruption et de redémarrage de la prescription, en dehors de circonstances dans lesquelles l'accusé a pris des mesures pour se soustraire aux conséquences de ses actes (par exemple en se cachant). L'EEG a été informée que cette combinaison de règles encourage des mis en cause et avocats peu scrupuleux à user de tactiques dilatoires. Le GRECO recommande donc que les dispositions légales sur la prescription soient rendues plus flexibles pour, en particulier, permettre l'interruption et la suspension de la période après laquelle il y aura prescription à partir du moment où des procédures sont entamées. Le rapport du 3^e cycle pour la Hongrie prévoit une recommandation préconisant que la prescription de 3 ans pour un certain nombre d'infractions pénales de corruption soit augmentée. La loi spéciale concernant les prescriptions qui a été incorporée à la loi sur la responsabilité des membres et anciens membres du gouvernement s'est attirée des critiques dans le rapport d'évaluation pour la Grèce. Elle prévoit une prescription de 5 ans pour mauvais comportements à la fois pour faute et faits délictueux, contre les périodes de 5 et 15 ans respectivement qui s'appliquent dans le régime général.

Répression et efficacité

62. « [M]ême la législation la plus complète ne serait pas utile pour lutter contre la corruption si elle n'est pas appliquée de manière effective ; la législation doit s'accompagner de mesures de suivi pour promouvoir sa mise en œuvre ». Cette

citation extraite de rapport d'évaluation sur la Slovénie¹¹⁵, l'un des premiers rapports d'évaluation du 3^e cycle, peut paraître quelque peu axiomatique mais exprime une vérité qu'un certain nombre d'EEG ont ressenti le besoin de répéter d'une manière ou d'une autre. Ce message apparaît dans les rapports par exemple de la Grèce (qui répète l'avis exprimé dans celui sur la Slovénie, pratiquement verbatim), la Bosnie-Herzégovine, le Luxembourg et le Portugal. En revanche, un petit nombre de rapports sont plus optimistes sur cette question et on relève une tendance à une meilleure répression ces derniers temps, par exemple en Norvège et en «ex-République yougoslave de Macédoine». Gardant à l'esprit cependant que les rapports sur un nombre significatif d'autres Etats membres, notamment l'Albanie, Andorre, l'Azerbaïdjan, le Danemark, la Finlande, l'Islande, l'Irlande et la Lettonie ont révélé soit un tout petit nombre, soit aucune poursuite pour faits de corruption qui ait abouti, et qu'un nombre significatif d'autres rapports, notamment ceux concernant la Bulgarie, la République tchèque, la Lituanie, la République de Moldova, le Monténégro et la Serbie, ont mis à jour la prépondérance de petits faits de corruption dans le secteur public conjugués à des affaires graves généralement peu nombreuses impliquant des personnes en vue politiquement exposées, des poursuites transnationales ou des poursuites dans le secteur privé, il est quelque peu surprenant que le message exprimé aussi clairement dans certains rapports ne soit pas suivi de manière plus systématique.

63. Si la question de «l'efficacité» est couverte de manière très parcellaire dans les rapports de 3^e cycle du GRECO, c'est du fait de l'absence d'un accord clair au sein du Groupe sur le point de savoir si cette question relève sans ambiguïté de la portée de l'action du 3^e cycle. Certains considèrent que le 3^e cycle est concerné par la lettre du droit et non par son application et que, gardant à l'esprit que les statistiques de justice pénale, lorsqu'elles sont disponibles, peuvent être trompeuses et ne

115. Paragraphe 87 du rapport, qui, comme celui sur la Finlande, a été adopté à la plénière 35 du GRECO en décembre 2007.

sont pas forcément fiables, la meilleure chose à faire est de s'en tenir à un examen de la conformité par rapport aux obligations des STE n° 173 et 191, qui est l'objectif principal du 3^e cycle, plutôt que de se pencher sur les travaux des services d'enquête et de poursuite. Cette approche plutôt légaliste pêche cependant par l'ignorance de trois aspects importants du processus d'évaluation par les pairs. Premièrement, on peut à bon droit déduire des obligations de ces instruments une obligation que les dispositions légales des parties contractantes à une convention assurent une conformité « effective », faute de quoi les buts de ces instruments seraient difficiles à atteindre. Deuxièmement, les Etats membres ne sont pas obligés d'adopter la terminologie exacte et le cadre des STE n° 173 et 191 lorsqu'ils entreprennent le processus de ratification. Dans une évaluation des droits nationaux par rapport aux normes de ces instruments, la mesure dans laquelle ces droits se révèlent efficaces en pratique est donc l'un des critères qui détermineront la portée de la conformité. L'absence d'affaires est donc un facteur légitime à prendre en compte. Troisièmement, l'un des buts de tout cycle d'évaluation par les pairs est d'aider à définir le degré d'efficacité des obligations multilatérales elles-mêmes afin d'étayer les futurs développements de la coopération intentionnelle dans ce domaine.

64. Mais si on laisse ce débat de côté, les observations et le petit nombre de recommandations qui sont formulées sur cette question dans les rapports du 3^e cycle, et en particulier les causes des dysfonctionnements en matière d'efficacité, lorsqu'elles ont été repérées, sont intéressantes autant qu'illustratives. Un petit nombre de rapports donnent des détails sur des circonstances particulières. L'évaluation de la Norvège, tout en mettant l'accent sur les récentes améliorations de la répression, a suscité des préoccupations très particulières sur le fait que « la procédure pénale puisse obstacle ... aux sanctions applicables à l'infraction de corruption ... »¹¹⁶. Cette préoccupation vise spécifiquement le « renvoi en appel des verdicts pour corruption aggravée ... en pareil cas, la cour d'appel

116. Paragraphe 74.

est composée d'un jury de dix personnes (non spécialisées)». Pour ce qui est de la position sur la Bosnie-Herzégovine, l'une des causes de préoccupation était « le départ des juges et procureurs internationaux travaillant au sein des chambres dédiées aux crimes de guerre ainsi qu'à la criminalité organisée et à la corruption et du Bureau du Procureur. Ces fonctionnaires internationaux ont mené des enquêtes sur la corruption à l'échelon supérieur. Les autorités doivent pourvoir au remplacement graduel des juges et des procureurs internationaux, mais au cours de la visite sur place, la plupart des interlocuteurs ont évoqué le manque de moyens humains et matériels pour instruire les affaire de corruption de façon concluante»¹¹⁷. Le rapport d'évaluation pour l'Irlande fait référence au rôle des conclusions publiées par les tribunaux d'enquête, tels que le tribunal de Mahon, qui a examiné les allégations de corruption de plusieurs conseillers locaux par un ancien responsable de presse gouvernemental, les travaux du Bureau chargé des actifs criminels qui confisque les actifs mal acquis de la part de corrupteurs, les services de tutelle des entreprises, et l'utilisation de chefs d'accusation alternatifs avant de conclure que cette «cette combinaison inhabituelle d'enquêtes publiques et d'accusations pénales alternatives, associée au petit nombre d'inculpations pour corruption et au recours dynamique à des sanctions civiles pour éviter au contrevenant d'être poursuivi pour corruption est le modèle appliqué par les autorités pour traiter le problème de la corruption en Irlande»¹¹⁸.

65. Certains systèmes juridiques, plus typiquement ceux de *common law*, permettent au tribunal saisi, que le procès se fasse devant un jury ou non, de tirer des preuves circonstancielles des inférences en matière d'intention, etc. Les rapports sur l'Allemagne, l'Irlande et le Royaume-Uni, où à cet égard, la chose jugée se voit donner force de loi, commentent l'impact favorable que de tels jugements ont sur l'efficacité de l'application de la loi. Au contraire, les systèmes qui privilégient

117. Paragraphe 104.

118. Paragraphe 72.

l'approche de droit civil ou qui suivent des modèles de ce type tendent à avoir des règles plus restrictives en matière de preuve. Les rapports du 3^e cycle concernant le droit en Bosnie-Herzégovine, ainsi qu'en Grèce et en Lituanie, par exemple, font ressortir les difficultés que cela crée pour ceux qui s'efforcent de faire appliquer le droit substantif. Le rapport sur la Lituanie précise notamment que les autorités de poursuite sont apparemment confrontées à un niveau de preuve qui est excessif. Malgré des dispositions en progrès sur certains aspects du droit, « les discussions dans le pays ont fait ressortir que, dans la pratique, il est nécessaire d'obtenir la preuve de l'intention criminelle et de l'acte concret de corruption¹¹⁹. En pratique, par exemple, il faudrait donc que la preuve soit apportée non seulement de l'acceptation d'un pot-de-vin, mais aussi du fait que l'auteur aurait dû également avoir commis l'acte ayant motivé la corruption pour pouvoir être poursuivi¹²⁰.

66. Les rapports d'évaluation du 3^e cycle révèlent que, dans certains cas, le droit de certains Etats membres s'appuie sur des dispositions telles que celles traitant de l'abus de confiance, de l'abus de pouvoir, ou de l'abus de biens sociaux, qui peuvent ne pas être directement liées à la conformité avec les obligations découlant des STE n° 173 et 191 pour trouver un biais efficace leur permettant de contrer la corruption ou le trafic d'influence. Tel est en effet le cas en Lituanie, où les procureurs se tournent vers une infraction pénale d'abus de fonction en tant que moyen de circonvenir les exigences plus strictes en matière de preuve émanant des dispositions juridiques de lutte contre la corruption, et se trouvent de ce fait confrontés à l'obstacle de devoir satisfaire l'élément de « préjudice important à l'Etat »¹²¹. En France, où il n'y a pas de répression de la corruption d'agents publics étrangers, « malgré l'importance économique de la France et de ses relations historiques et privilégiées avec certaines régions du monde considérées comme fortement affectées par la

119. Paragraphe 65.

120. Paragraphe 65 note de bas de page 14.

121. Paragraphe 66.

corruption»¹²², et/ou la répression plus générale est grevée par divers obstacles de nature procédurale et légale, le juge recourt souvent à des chefs d'accusation tels que l'abus de biens sociaux et la dissimulation d'actifs, régis par l'article 241 du Code de Commerce, qui, contrairement aux dispositions juridiques applicables à la corruption elle-même, est interprété de manière très large.

67. Le rapport d'évaluation du 3^e cycle pour l'Allemagne, qui fait en détail la description d'un certain nombre d'échecs pour ce qui est de respecter pleinement les obligations contenues dans la STE n° 173, reconnaît néanmoins que les autorités allemandes, et c'est là un succès reconnu au niveau international, poursuivent avec succès la corruption à grande échelle transnationale. Le rapport indique que ceci s'explique non seulement par les mécanismes très développés et efficaces du droit administratif qui permettent de sanctionner les comportements contraires à l'éthique de la part de personnes morales, mais aussi par le fait que «de nombreuses affaires de corruption (particulièrement celles ayant une dimension internationale) sont poursuivies en tant qu'infractions d'abus de confiance car la preuve est plus facile à rapporter, ne nécessitant pas le recours à l'entraide avec d'autres pays»¹²³. De ce point de vue, le nombre de condamnations prononcées en Allemagne pour des infractions pénales qualifiées de corruption, même si s'il n'est pas insignifiant en soi, ne reflète pas l'ensemble des efforts fournis dans ce pays pour lutter contre la corruption.

68. Un certain nombre de rapports examinent en détail les causes qui expliquent les résultats généralement faibles de la répression. A l'occasion, certains rapports d'évaluation du 3^e cycle du GRECO se font l'écho d'un certain malaise au sein de bon nombre des interlocuteurs rencontrés par l'EEG, durant la compilation du rapport et la visite dans le pays, à l'égard d'interférences politiques qui nuisent à l'efficacité de la législation et de la répression. Le rapport sur la Roumanie, par exemple, évoque sans mâcher ses mots la preuve d'une «forte

122. Paragraphe 76.

123. Paragraphe 117.

politisation du processus législatif et certains amendements adoptés ont été perçus comme des amnisties déguisées ou comme des moyens d'entraver la poursuite des auteurs d'infractions de corruption ou liées à la corruption ; par exemple, plusieurs poursuites ont été instituées ces dernières années contre de hauts fonctionnaires et de nombreux responsables politiques qui avaient profité d'une influence ou d'une complicité indues à l'intérieur d'établissements financiers pour obtenir des prêts qui ne correspondaient pas à leurs moyens financiers ; les dispositions de la Loi 78/2000 qui visaient une infraction spécifique dans ce domaine ont été abrogées peu de temps avant la visite sur place et les auteurs d'infractions ont été exonérés de toute responsabilité, et ce en dépit des efforts déployés par les organismes de lutte contre la corruption pour que soit reconnue l'applicabilité d'autres infractions pénales moins spécifiques (fraude, etc.)¹²⁴. Des préoccupations similaires ont été exprimées dans le rapport sur le droit belge, où il a été suggéré que «les solidarités qui s'exprimeraient au travers des relations [népotisme, clientélisme ou amitiés politiques] pourraient parfois aller jusqu'à avoir une influence réelle sur le cours des poursuites dans une affaire donnée, et aboutir parfois à un classement sans suite lorsqu'un accusé est politiquement ou économiquement influent»¹²⁵. Ces extraits illustrent les obstacles que rencontrent les services d'enquête et de poursuite qui souhaitent sanctionner efficacement la corruption dans certains Etats membres du GRECO.

69. Dans le rapport d'évaluation sur le Luxembourg, l'accent est placé sur les difficultés concrètes aboutissant à ce qu'un très petit nombre d'affaires seulement soit porté devant la justice. Malgré un très grand nombre de plaintes concernant des services du gouvernement qui sont déposées auprès de la police, «le nombre d'affaires portées devant la justice ... est très faible»¹²⁶. Tout en relevant des règles excessivement strictes sur la charge de la preuve en droit pénal, comme

124. Paragraphe 95, note de bas de page 31.

125. Paragraphe 106.

126. Paragraphe 87.

celles que nous avons évoquées plus haut, le rapport rappelle par ailleurs que la police luxembourgeoise attribue l'absence de répression à toute une série de dysfonctionnements procéduraux et administratifs tels que l'accès limité de la police en droit et ou en pratique aux informations administratives et financières à l'étape préliminaire de l'enquête, une base de données fiscales répartie entre plusieurs collectivités locales, l'insuffisance de personnel au sein des services d'enquête, aucune modalité pour les « donneurs d'alerte » et l'absence de liaison efficace entre le parquet, les services de poursuite et les juges d'instruction. Dans le rapport sur la Bosnie-Herzégovine, l'EEG relève que « l'application effective de la législation est un aspect déterminant du défi de la lutte contre la corruption en Bosnie-Herzégovine. Un sentiment général selon lequel les auteurs d'infractions de corruption échappent souvent aux sanctions prévaut dans le pays. Les statistiques révèlent une réalité plutôt alarmante concernant les poursuites et décisions judiciaires ayant trait à ce type d'infractions : la plupart des affaires se terminent par des non-lieux ou des peines avec sursis ... L'EEG est d'avis que les ajustements législatifs recommandés dans ce rapport seront une contribution importante, mais non suffisante, pour lutter efficacement contre la corruption. Le cadre législatif doit être accompagné de mesures visant à en promouvoir l'application pratique. L'EEG est convaincue qu'il convient d'approfondir l'analyse et la réflexion sur les possibles solutions aux difficultés d'instruction et de jugement des infractions de corruption soulignées ci-dessus »¹²⁷. Pour ce qui est de la position de la Slovaquie, l'EEG a estimé que l'approche hésitante et réactive plutôt que proactive des autorités était causée par « un certain nombre de facteurs ..., y compris la réticence à déclarer les cas de corruption, la difficulté à prouver l'origine illicite des produits de la corruption et l'intention illicite des auteurs, les exigences posées par le juge d'instruction pour ouvrir une enquête judiciaire et pour retenir des éléments de preuve dans le cadre de la procédure,

127. Paragraphes 101 et 106.

la nécessité d'une plus grande spécialisation des procureurs et des juges, etc. »¹²⁸.

70. Un petit nombre de rapports note que l'établissement d'une capacité centralisée et spécialisée en matière d'investigation et de poursuites est souvent un moyen efficace de renforcer l'application de textes de loi qui érigent la corruption en infraction. Le rapport sur la Slovaquie, par exemple, note que l'établissement « d'un réseau d'institutions et de professionnels spécialisés au sein de la police, du ministère public et des tribunaux » a grandement réduit les « fuites » qui s'étaient produites dans certaines affaires lorsqu'elles étaient traitées au niveau local. Le rapport fait référence à « l'existence d'un tribunal spécial pour la corruption et autres délits d'une importance particulière, qui aurait conduit à une augmentation du nombre d'affaires traitées et à une approche plus cohérente dans le traitement des affaires de corruption »¹²⁹. Le rapport sur la Serbie relève que diverses mesures ont été prises pour renforcer la répression dans des affaires de corruption, « en particulier la modification actuelle du Code de procédure pénale, qui prévoit notamment l'attribution d'un rôle majeur au parquet tout au long des différentes étapes de la procédure pénale. [Les autorités] ont également signalé les initiatives prises pour la création et le renforcement, au sein des services répressifs, de structures spécialisées dans la lutte contre la corruption. »¹³⁰. En Albanie, l'EEG a été informée que le nombre d'affaires détectées et jugées en matière de corruption a augmenté ces dernières années, du fait de l'établissement du « Service commun d'enquêtes sur les crimes économiques et la corruption près le Bureau du procureur de Tirana »¹³¹.

71. Dans un nombre significatif de cas, le GRECO a, dans ses rapports du 3^e cycle, adopté le point de vue que l'application du droit pénal régissant la corruption est rendue difficile par le manque de sensibilisation et de formation au sein des

128. Paragraphe 87.

129. Paragraphe 101.

130. Paragraphe 75.

131. Paragraphe 58.

enquêteurs, des procureurs et de la justice, en particulier lorsque les Etats membres ont récemment adopté de nouvelles lois que les tribunaux ne connaissent pas bien, lorsque ceux-ci n'ont que peu ou pas d'expérience dans l'application de ces dispositions juridiques. Malgré les mesures, évoquées plus haut, pour consolider la capacité, le rapport relatif à la Serbie, par exemple, juge par ailleurs «souhaitable que les autorités prennent des dispositions supplémentaires, y compris au moyen de formations spécialisées et d'autres activités de sensibilisation consacrées au contenu précis de l'incrimination des infractions de corruption en vigueur, afin de mieux préparer les services répressifs à déceler les cas de corruption, à ouvrir des enquêtes à leur sujet et à engager des poursuites à l'encontre de leurs auteurs, en prenant également en compte les infractions autres que les actes classiques ou mineurs de corruption»¹³². Celui sur l'Albanie soulève la question de savoir si les agents des services d'application de la loi et les juges sont suffisamment conscients et sont informés de ces dispositions relativement nouvelles (introduites et/ou modifiées en 2004) et disposent des compétences requises pour mener des investigations et rendre des jugements dans les diverses affaires portant sur des infractions de corruption. Des interlocuteurs ont suggéré qu'une formation spécialisée sur la corruption serait nécessaire pour développer une compréhension commune de concepts juridiques qui ne sont définis ni en droit ni par la jurisprudence. Bien que l'EEG ait été informée que certaines formations sont dispensées à des officiers de police, le GRECO conclut «qu'il est nécessaire de poursuivre et de développer davantage de telles mesures pour aider à la pleine mise en œuvre des incriminations existantes des infractions de corruption»¹³³. L'EEG qui a établi le rapport sur la Bosnie-Herzégovine a décelé au sein des praticiens l'absence de compréhension commune de certains aspects clés des incriminations d'infractions pénales de corruption. Même si le rapport fait référence à un certain nombre de projets d'assistance technique en cours ou prévus pour dispenser une formation aux services répres-

132. Paragraphe 75.

133. Paragraphe 107.

sifs, il conclut qu'il reste encore beaucoup à faire à cet égard, et recommande des mesures complémentaires (formation, lignes directrices, circulaires etc.) pour mieux sensibiliser les professionnels amenés à appliquer la législation pénale sur la corruption¹³⁴. Pour ce qui est de l'Islande, le rapport relève qu'au cours des entretiens, il est apparu que «les autorités répressives, ..., ne connaissent pas toujours très bien la législation en vigueur sur la corruption et le trafic d'influence»¹³⁵. Certains interlocuteurs ont regretté l'absence de formation spécialisée sur la corruption à la suite de modifications de 2003 introduites à la loi régissant ces infractions. Gardant à l'esprit qu'il n'y a eu qu'une seule affaire de corruption poursuivie au cours des dix dernières années, le GRECO a considéré qu'il était urgent de donner une orientation ciblée aux agents des forces répressives amenés à appliquer la législation et a formulé une recommandation en conséquence. Un petit nombre de rapports invitent les autorités des pays correspondants à orienter et sensibiliser aux formes et à certains aspects très spécifiques de leurs systèmes juridiques. Le rapport sur la Grèce, par exemple, s'attarde sur une lacune concernant la nature autonome des infractions pénales de corruption, telle qu'établie dans la STE n° 173, et recommande que les autorités grecques prennent «des mesures appropriées, telles que des circulaires et une formation, pour préciser ou rappeler aux personnes concernées que les infractions de corruption active et passive sont autonomes et n'exigent pas nécessairement un accord entre les parties»¹³⁶. De même, l'EEG constate qu'en Lettonie, la terminologie «... n'est pas comprise de la même manière par les praticiens, ce qui jette un doute sur la question de savoir si l'offre, la promesse et/ou la sollicitation d'un avantage indu tout comme accepter une offre ou une promesse d'un tel avantage, est érigée en infraction pénale de manière satisfaisante»¹³⁷. Dans le rapport d'évaluation pour le Portugal, «l'EEG estime que le cadre législatif doit être accompagné de

134. Paragraphe 107.

135. Paragraphe 72.

136. Paragraphe 111.

137. Paragraphe 98.

mesures visant à promouvoir son utilisation pratique et à examiner dans quelle mesure il demanderait éventuellement de nouveaux ajustements ... ». Le rapport conclut en ces termes : «... l'élaboration de directives et la mise sur pied de formations à l'intention des professionnels semblent nécessaires, notamment à l'intention des services répressifs et du parquet mais aussi de l'appareil judiciaire. »¹³⁸.

Conclusions

72. Comme le montrent les observations, commentaires et extraits mentionnés jusqu'ici, les EEG et le GRECO en session plénière ont entrepris une étude approfondie et très complète du droit pénal des Etats membres du GRECO et poursuivront leurs travaux en ce sens par le biais du programme d'évaluation du thème I du 3^e cycle. Le GRECO a procédé à une évaluation très efficace de l'incrimination de corruption dans les droits internes des Etats membres par rapport aux normes de certains aspects fondamentaux des STE n° 173 et n° 191, et dans une certaine mesure au-delà de ces normes. Etant donné le nombre des Etats membres du GRECO et la variété des systèmes juridiques que l'on y trouve, c'est là une réussite remarquable. Pris collectivement, les rapports reflètent un degré relativement élevé de conformité avec ces normes, avec un petit nombre d'exceptions et sous réserve d'une série de dysfonctionnements spécifiques particuliers, souvent très techniques. De plus, les recommandations du GRECO ont réellement un impact pratique concret puisque les niveaux de conformité avec les STE n° 173 et n° 191 sont améliorés, même s'il semble que les niveaux de conformité avec les recommandations du GRECO tendent pour leur part à se réduire au fil du temps. Bien entendu, en soi, les lois ne résolvent aucun problème, sauf, peut-être, ceux de nature politique ou déclarative. Bien que les rapports du Thème I du 3^e cycle reflètent la reconnaissance généralisée au sein des autorités des Etats membres du GRECO qu'elles ont besoin de systèmes de justice pénale et de dispositions légales solides

138. Paragraphe 104.

et flexibles pour traiter efficacement les menaces posées par la corruption sous toutes ses formes, les évaluations ont également démontré qu'il n'y a pas de corrélation claire entre la conformité avec les STE n° 173 et n° 191¹³⁹ et l'application efficace de ces lois nationales adoptées précisément pour assurer cette conformité. De fait, l'Etat à juste titre considéré comme le plus efficace en Europe pour ce qui est du nombre significatif d'affaires de grande ampleur et très visibles qu'il poursuit dépend d'un droit qui, après examen au titre de l'évaluation du 3e cycle du GRECO, a été jugé présenter des déficiences significatives pour ce qui est de la conformité aux normes des STE n° 173 et 191. Le GRECO n'est pas le seul à rencontrer ce problème. Tous les mécanismes qui suivent la conformité avec les instruments internationaux de lutte contre la corruption, qui en définitive dépendent d'un consensus intergouvernemental, connaissent la même expérience. Il y a bien entendu lieu de garantir que les autorités de tous les Etats s'efforcent de se doter de systèmes juridiques complets pour traiter de la corruption, mais cet exercice ne devrait pas devenir le but ultime. Les outils juridiques nécessaires pour traduire en justice les auteurs d'infractions pénales de corruption ne sont pas suffisants pour les Etats, qui doivent également s'engager, à la fois du point de vue de la volonté politique et en apportant les ressources considérables qu'il convient de consacrer à cette lutte, s'ils veulent que leur autorités d'enquête, leurs procureurs et leurs tribunaux soient en mesure de s'attaquer aux menaces posées par la corruption d'une manière qui soit efficace, déterminée et sérieuse.

139. Allemagne.

Pour toute information complémentaire,

Secrétariat du GRECO

Direction Générale I – Droits de l’Homme et État de droit
Conseil de l’Europe
F-67075 Strasbourg Cedex
Tél.: + 33 (0)3 88 41 30 43
Fax: + 33 (0)3 88 41 39 55

www.coe.int/greco
www.coe.int