



Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO)

Leçons tirées des trois cycles
d'évaluation (2000-2010)

Articles thématiques



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



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO)

Leçons tirées des trois cycles
d'évaluation (2000-2010)

Articles thématiques

Table des matières

Introduction.....	5
La lutte contre la corruption dans l'administration publique – thèmes émergeant du Cycle II des évaluations du GRECO	7
Pantouflage/ <i>revolving doors</i>	23
Protection des « donneurs d'alerte »	33
Immunités des agents publics : des obstacles possibles à la lutte contre la corruption	43
Expérience du délit pénal de trafic d'influence en France	51
Sponsoring et corruption : l'approche allemande	61
Le contrôle indépendant du financement des partis	73

Introduction

Le 1^{er} janvier 2012, le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO), accord partiel élargi au sein du Conseil de l'Europe, débutera officiellement son Quatrième cycle d'évaluation. Lors des trois cycles d'évaluation menés entre 2000 et 2011, le GRECO a examiné le respect par ses Etats membres de certaines dispositions sélectionnées au sein de textes juridiques essentiels du Conseil de l'Europe, comme la Résolution (97) 24 du Comité des Ministres portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, la Convention pénale sur la corruption (STE n° 173) et la Recommandation n° R (2003) 4 du Comité des Ministres sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales. Appliquant une approche méthodologique constante, le GRECO a adopté des rapports d'évaluation approfondis concernant chacun de ses Etats membres, rassemblant sur le terrain des informations de première importance sur des thèmes tels que :

- indépendance, autonomie et pouvoirs des personnes et agences responsables de la prévention, des enquêtes, des poursuites et des sanctions concernant les infractions de corruption ;
- spécialisation, moyens et formation des personnes ou agences responsables de la lutte contre la corruption ;
- immunités à l'égard des enquêtes, des poursuites et des sanctions concernant les infractions de corruption ;
- incrimination de la corruption ;
- mesures de saisie et confiscation des produits de la corruption ;
- corruption au sein de l'administration publique ;

- prévention de l'utilisation de personnes morales comme sociétés écrans pour dissimuler la commission d'infractions de corruption ; et
- transparence du financement des partis politiques et des campagnes électorales.

Cette publication réunit pour la première fois des analyses de certains thèmes sélectionnés, menées au sein de l'ensemble des Etats membres du GRECO ou de certains Etats en particulier. Rédigés entre 2004 et 2011 par des experts invités et le Secrétariat, ces articles ont initialement été publiés au sein des Rapports généraux annuels d'activités du GRECO. La présente publication vise à consolider le riche fonds d'information généré par le GRECO et ses Etats membres au cours de ces dix dernières années et à le porter à la connaissance d'un public plus large portant un intérêt personnel ou professionnel à la lutte contre la corruption.

La lutte contre la corruption dans l'administration publique – thèmes émergents du Cycle II des évaluations du GRECO*

Dans le cadre de son deuxième cycle d'évaluation, le GRECO évalue, entre autres, les mesures prises par les Etats membres pour faire face à la corruption au sein de l'administration publique. L'examen du GRECO porte sur les principes directeurs 9 et 10 de la Résolution (97) 20 relative aux vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption :

- veiller à ce que l'organisation, le fonctionnement et les processus décisionnels des administrations publiques tiennent compte de la nécessité de lutter contre la corruption, en particulier en assurant un degré de transparence compatible avec l'efficacité de leur action (PD 9) ; et
- assurer que les règles relatives aux droits et devoirs des agents publics tiennent compte des exigences de la lutte contre la corruption et prévoient des mesures disciplinaires appropriées et efficaces ; favoriser l'élaboration d'instruments appropriés, tels que des codes de conduite, qui précisent davantage le comportement attendu des agents publics (PD 10).

Le point de départ du GRECO vient de la constatation que l'exigence éthique dans l'administration et la qualité du service rendu aux administrés sont indissociables d'une lutte efficace contre la corruption. Il convient de rappeler ces objectifs et les faire prévaloir, particulièrement, dans le contexte actuel

* Article de fond préparé par le Secrétariat du GRECO et inclus dans le Sixième Rapport général d'activités du GRECO (2005) (Greco (2006) 1F Final) [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2006/Greco\(2006\)1_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2006/Greco(2006)1_FR.pdf).

d'évolution de l'environnement de la fonction publique et d'exigences accrues en termes d'efficacité et de performance.

Les critères permettant de procéder à une évaluation objective des mesures prises par les Etats membres pour faire prévaloir l'éthique dans l'administration publique sont inspirés des normes pertinentes du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre la corruption, telles que la Recommandation n°R (2000) 10 sur les codes de conduite pour les agents publics, et ont été rappelés, notamment, dans le questionnaire d'évaluation du deuxième cycle (voir document Greco (2002) 28F Final).

Un examen des rapports d'évaluation du deuxième cycle, des recommandations et observations adressées aux membres ayant fait l'objet d'une évaluation, permet de dégager certains thèmes émergents, ayant trait, d'une part à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle de l'administration et d'autre part, au statut et au comportement des agents publics. Toutefois, les conclusions du GRECO adoptées dans le cadre d'évaluations mutuelles individuelles ne peuvent être purement et simplement généralisées et tiennent souvent compte de la spécificité des systèmes administratifs, juridiques et politiques de chaque pays.

Principe directeur 9 (PD9)

La notion d'administration publique a été entendue par le GRECO dans son acception large, couvrant les services de l'ensemble du secteur public, tels que l'administration de l'Etat, des collectivités territoriales et les établissements et entreprises publiques. Les exigences éthique et de la lutte contre la corruption concernent donc l'ensemble de l'administration publique.

Stratégies anti-corruption dans l'administration publique

Le GRECO a recommandé pour un certain nombre de pays (voir Tableau joint), de développer des stratégies nationales de lutte contre la corruption. Dans certains cas, une mention particulière a été faite de la portée souhaitable de ces stratégies afin

que celles-ci s'appliquent également aux collectivités territoriales. Le GRECO a souvent appelé dans ce contexte à prendre en considération le « Paquet d'initiatives-modèle (du Comité directeur sur la démocratie locale et régionale) concernant l'éthique publique au niveau local. »

Ces stratégies ne doivent pas être de simples déclarations d'intention. Pour être crédibles, elles doivent être coordonnées et comporter des objectifs concrets et mesurables. Il convient de veiller à ce qu'elles soient mises en œuvre et périodiquement évaluées et adaptées. Le GRECO a donc recommandé, dans certains cas, d'adopter des plans d'action détaillés et d'assurer le contrôle de la mise en œuvre des stratégies et plans d'action, par des organismes dotés de l'autorité et des ressources suffisantes pour ce faire.

Prévention et évaluation des risques et secteurs vulnérables

Une bonne prévention suppose d'abord une appréciation objective des risques. Le GRECO a relevé souvent l'absence d'analyse systématique des facteurs de risques (exemple : conflits d'intérêts, obtention d'avantages indus, absence de règles relatives au signalement des infractions commises au sein de l'administration, etc.) et des secteurs vulnérables à la corruption (exemple : marchés publics, prestations de soins de santé, délivrance de permis et de licences). Il a donc recommandé, dans certains cas, de parvenir à une meilleure connaissance des secteurs vulnérables et des pratiques concernées afin de mieux prévenir et détecter des pratiques telles que les pots de vins, le trafic d'influence, le favoritisme, etc.

Le GRECO a souvent noté l'absence d'informations adéquates ou de données statistiques en matière de condamnations pénales ou de sanctions disciplinaires infligées aux agents publics pour des infractions de corruption ou violations des normes déontologiques y relatives (exemple : défaut de signalement d'activités accessoires susceptibles de générer un conflit d'intérêts). Dans certains cas, les données statistiques peuvent être utiles pour la réalisation d'études de tendances.

Les autorités doivent veiller à ce que la volonté de prévenir la corruption se reflète dans le processus décisionnel de l'administration. Ceci est notamment illustré par certaines recommandations insistant sur la nécessité de vérifier que les procédures administratives, en particulier celles où l'administration dispose d'une marge importante d'appréciation, permettent d'éviter de possibles abus. Concrètement, cela concerne par exemple, la prévisibilité, la transparence, la célérité et l'efficacité des procédures, la collégialité de la prise de décisions, l'obtention d'avis préalables d'organismes habilités, la consultation des citoyens ou des individus concernés, la publication d'informations d'intérêt public, l'accès aux documents officiels, etc. Dans certains pays, la lenteur ou l'inefficacité des procédures s'est avérée comme étant l'une des causes principales de la corruption. Le recours à des centres de services aux citoyens ou à des prestations de service disponibles sur Internet ou encore la réduction des délais pour l'octroi de certains permis et licences sont considérés comme autant de moyens permettant de réduire la corruption.

Transparence et accès aux documents officiels

Le Principe directeur 9 met l'accent sur la transparence dans l'administration publique. La transparence permet aux citoyens de contrôler l'action de l'administration et renforce la confiance des administrés dans leurs institutions. Le GRECO a recommandé, dans un certain nombre de cas, d'adopter des règles adéquates en matière de transparence administrative, notamment en ce qui concerne l'accès aux documents officiels, en limitant les restrictions éventuelles, et d'assurer leur mise en œuvre effective, en particulier, au moyen d'un mécanisme approprié pour contrôler et garantir l'accès à l'information et qui donnerait son avis sur le caractère communicable d'un document, en toute indépendance. Toutefois, même en présence d'une loi spécifique à ce propos, les délais trop longs pour enjoindre à l'administration à accorder l'accès à des documents administratifs peuvent rendre parfois le droit d'accès des citoyens inopérant. Le GRECO a recommandé aussi parfois de mettre en place une politique proactive d'accès aux documents officiels.

Contrôles

Un des moyens clé de lutter contre la corruption est l'existence d'un dispositif de contrôles adéquats. Ces contrôles peuvent être externes (juridictionnel ; administratif ; financier) et/ou interne (hiérarchique, audits internes, inspections, etc.), a priori et/ou a posteriori, obligatoire et/ou facultatif, régulier et/ou aléatoire, etc. Les contrôles mis en place devraient être en mesure – en fonction de leur champ de compétence – de détecter des infractions de corruption ou infractions voisines à caractère pénal, administratif ou disciplinaire. La détection d'infractions ou autres abus doit faire l'objet de signalements appropriés, selon les cas ou en même temps, aux autorités de poursuite pénale, aux juridictions administratives, financières ou aux inspections si elles existent et aux organes disciplinaires compétents.

A titre d'exemple, les différents corps d'inspection qui existent dans certains pays, devraient être en mesure de détecter et dénoncer des actes de corruption et autres abus. Dans le cas contraire, il conviendrait d'examiner les raisons pour lesquels ils ne le font pas (par exemple, les inspecteurs sont-ils familiarisés avec les différentes formes possibles de corruption dans la gestion des finances publiques, du personnel, des relations avec les administrés ? Reçoivent-ils des formations ? Ont-ils reçu des directives en ce qui concerne l'étendue de leur contrôle et leur obligation de signalement ? Existe-t-il des moyens ou des obstacles permettant de renforcer ou au contraire de freiner leur action ?). Dans certains cas, le GRECO a recommandé le renforcement des contrôles administratifs.

L'institution du médiateur revêt une importance particulière dans les démocraties modernes, en tant qu'institution veillant à promouvoir la bonne gestion des affaires publiques. Le recours au médiateur est en principe ouvert à tout individu, parfois même de manière anonyme, et, bien qu'il se concentre normalement sur la « mauvaise administration », l'institution peut être un moyen pour détecter et dénoncer la corruption et autres abus. Le GRECO a recommandé la création de l'institution du médiateur lorsqu'elle n'existait pas. Dans les pays où

le médiateur n'a jamais eu à connaître de cas de corruption ou actes proches ou n'a jamais signalé aux autorités de poursuites et/ou disciplinaires de telles infractions, le GRECO a encouragé les pays membres à réexaminer le dispositif existant et, le cas échéant, à renforcer la contribution du médiateur à la lutte contre la corruption.

Principe directeur 10 (PD 10)

La notion d'agent public a été entendue par le GRECO dans un sens large, couvrant le personnel de l'ensemble des services du secteur public. Les exigences éthique et de la lutte contre la corruption concernent donc tous les agents qui ont une activité au sein de l'administration à titre permanent, temporaire, exerçant ou non, à proprement parler des prérogatives de puissance publique.

L'efficacité des normes statutaires, des codes de conduites et autres

Un des critères d'appréciation du GRECO consiste à vérifier que tous les agents publics et pas uniquement les agents statutaires (« fonctionnaires ») sont soumis à des normes adéquates permettant de prévenir, signaler et sanctionner la corruption et autres abus de pouvoir ou de position officielle. Ces normes peuvent être contenues dans la constitution, le statut des fonctionnaires, des lois ou réglementations spéciales et sont parfois assorties de sanctions pénales, administratives ou disciplinaires. Elles peuvent être précisées dans des codes de conduites, voire des contrats. Les codes de conduite sont généralement écrits dans un langage moins juridique que les lois et réglementations susmentionnées et donc plus accessibles.

Recrutement

Le GRECO a porté son attention sur l'objectivité des procédures de sélection et sur l'appréciation de l'intégrité des candidats à des postes au sein du secteur public. Il ne s'agit pas d'instaurer l'obligation généralisée de délivrer des certificats de

bonne conduite mais, principalement d'éviter le clientélisme et le népotisme et de s'assurer que des personnes corrompues soient écartées de l'administration publique. Ainsi, le GRECO a recommandé, par exemple, de renforcer le contrôle des procédures de sélection en termes, notamment, d'objectivité des procédures et d'indépendance des jurys de sélection, de vérification du casier judiciaire des candidats et des interdictions professionnelles éventuelles. Dans certains secteurs particulièrement vulnérables, les tests éthiques ou d'intégrité peuvent être utilisés.

Evaluation/Carrière

L'évaluation adéquate des compétences, de l'intégrité et de la performance des agents publics est un des moyens de garantir et de renforcer leur intégrité et leur motivation, d'améliorer les performances du secteur public et de réduire les possibilités de corruption, notamment, en évitant le clientélisme, le favoritisme et les conflits d'intérêt. Une évaluation fondée sur le mérite des agents et tenant compte de leur intégrité vise notamment à empêcher que les agents les moins intègres ne soient ceux qui gravissent le plus rapidement les échelons. Ainsi, le GRECO a recommandé de mettre en place des systèmes effectifs d'évaluation de leurs performances englobant la question de l'intégrité.

Formation

Dans de nombreux cas, le GRECO a recommandé que tous les agents publics devraient bénéficier de formations adéquates en matière de déontologie, non seulement juste après leur recrutement mais aussi dans le contexte de la formation continue et notamment pour les postes les plus exposés aux risques de la corruption. Les formations devraient comprendre des discussions sur la résolution de cas pratiques concrets et spécifiques. Le GRECO a aussi souligné que l'information adéquate des agents sur leurs droits et obligations, ainsi que sur les risques de corruption ou d'abus inhérents à l'exercice de leurs fonctions, le dialogue et l'engagement éclairé des agents d'y souscrire, contribuent à rappeler l'importance de l'exigence

éthique requise de la part de tout agent et à promouvoir une culture d'intégrité.

Conflits d'intérêt

Le GRECO a porté son attention sur les dispositifs existants permettant de prévenir, détecter et sanctionner les conflits d'intérêt entre les fonctions officielles d'un agent public et son intérêt personnel. Parmi ces dispositifs, il convient de mentionner l'existence de normes générales en matière de conflits d'intérêt, incompatibilités et activités accessoires, énonçant le principe de l'interdiction de se mettre en situation de conflit d'intérêt et d'occuper des fonctions incompatibles ou d'exercer des activités accessoires de façon illicite. Il existe des dispositifs permettant de contrôler ces conflits d'intérêts, incompatibilités ou activités accessoires, tels que l'obligation d'informer son supérieur hiérarchique ou toute autre autorité prévue par la loi, d'obtenir son accord, de signaler les émoluments ou autres avantages qui en découlent, voire d'effectuer des déclarations de patrimoine et d'intérêt.

Déclarations de patrimoine et d'intérêt

Dans les pays où il existe une obligation pour des agents publics d'effectuer des déclarations de patrimoines et d'intérêt, le GRECO a examiné la pertinence et l'efficacité du système mis en place. Dans certains cas, il a recommandé le renforcement de l'efficacité et de la rigueur des procédures de contrôle desdites déclarations.

Pantouflage

Dans certains pays, le phénomène du pantouflage, à savoir la migration abusive d'agents publics vers le secteur privé, est assorti de sanctions pénales. Il existe par ailleurs dans quelques pays, des systèmes de contrôle et d'autorisation préalable à l'engagement d'un agent public dans un organisme du secteur privé. Le GRECO a porté une attention particulière à ce phénomène afin d'éviter que les décisions d'un agent ne soient influencées par l'espoir d'obtenir un emploi au sein d'une entreprise qu'il contrôle ou avec laquelle il traite ou que

cet agent n'accorde à son nouvel employeur du secteur privé des informations privilégiées de façon indue et faussant la concurrence. Le GRECO a recommandé à l'attention de très nombreux pays d'adopter des dispositions appropriées et de mettre en place un système de contrôle adapté.

Rotation

La rotation est souvent conçue comme un moyen permettant de limiter les tentations et les effets de la corruption résultant de l'exercice, pendant des périodes étendues, de fonctions dans des secteurs de l'administration particulièrement exposés à un risque de corruption, tels que l'attribution de marchés, la fiscalité, l'urbanisme, les douanes, les ressources humaines, la police de la circulation, etc. Le GRECO a recommandé, dans un certain nombre de cas, d'envisager d'établir ou de généraliser la rotation des agents publics, notamment dans les secteurs les plus vulnérables.

Cadeaux

Dans certains pays, la remise de tout cadeau à un agent public est considérée comme un acte de corruption. Il est toutefois plus aisé de prouver parfois, par exemple dans le cadre d'une procédure disciplinaire, qu'un cadeau a été remis à un agent, que de prouver, dans le cadre d'une procédure pénale, que ledit cadeau constitue un avantage indu pour l'agent « afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions ». Selon le GRECO, les dispositions pénales sont d'ordre général et des règles spécifiques relatives à cette question sont le plus souvent nécessaires pour donner aux agents une orientation claire en la matière. Le GRECO a donc recommandé d'établir des règles ou lignes directrices adéquates en matière de cadeaux, ainsi que par rapport au comportement attendu des agents face aux cadeaux offerts.

Signalement d'infractions et protection des donneurs d'alerte

Un moyen important pour sortir de l'engrenage de la corruption est la mise en place d'un système efficace de signalement de

suspensions de corruption et autres abus. Le GRECO a recommandé dans certains cas, d'adopter des règles adéquates obligeant les agents à faire de tels signalements, notamment en présence d'actes de corruption ou autres infractions de caractère pénal. Dans certains cas, le GRECO a noté que les règles existantes permettaient aux agents de faire de tels signalements et les protégeaient à l'encontre de représailles éventuelles ou d'actions en diffamation, mais que, malgré cela, cet état de la situation n'a pas donné lieu à des signalements nombreux. Des problèmes peuvent donc exister au niveau de la connaissance de l'obligation et des modalités de signalement, des moyens de preuve requis, de l'efficacité des procédures existantes. Dans de tels cas, le GRECO a recommandé, par exemple, de réaliser un audit de l'efficacité desdites procédures. De surcroît, le GRECO a relevé que la création de procédures spécifiques de signalement, tel que l'institution de « tiers de confiance » pouvait s'avérer particulièrement efficace. Une attention particulière a aussi été portée à l'obligation de signalement des agents du fisc.

Le GRECO a recommandé de mettre en place des systèmes permettant de pleinement protéger les « donneurs d'alerte » (c'est-à-dire ceux qui signalent des soupçons de corruption de bonne foi) à l'encontre de représailles. En général, les agents publics sont protégés par le droit en vigueur contre toute atteinte illégale. La protection supplémentaire des donneurs d'alerte vise à protéger les agents concernés contre toute forme de discrimination et préjudice « déguisés » découlant du fait que la personne ait fait des allégations de corruption ou autres abus au sein de l'administration publique. A ce propos, il existe dans certains pays des dispositions spécifiques qui interdisent toute poursuite pour diffamation à l'encontre d'un agent public ou d'un inspecteur qui aura émis des jugements défavorables à l'encontre d'un agent et signalé de tels actes aux organes de poursuite pénale ou disciplinaires.

Procédures disciplinaires

Le GRECO s'est attaché à vérifier « que les règles relatives aux droits et devoirs des agents publics (...) prévoient des

mesures disciplinaires appropriées et efficaces». Les procédures disciplinaires sont un moyen essentiel pour tirer les conséquences d'un fait de corruption (pouvant aller jusqu'au renvoi de l'agent de la fonction publique) et sanctionner des faits voisins qui ne sont pas nécessairement assortis de sanctions pénales. Ceci dit, l'inefficacité – souvent relevée – des procédures disciplinaires induit le sentiment que le système est corrompu dans son ensemble. Il suppose et entraîne une attitude de tolérance de la corruption comme à l'égard d'autres abus de fonction similaires.

L'efficacité des procédures disciplinaires peut dépendre, entre autres, de l'existence d'organes disciplinaires spécifiques, de la mise en place de moyens d'enquête adéquats, de procédures disciplinaires rapides et efficaces ainsi que de sanctions dissuasives. Le GRECO en a conclu que l'efficacité des procédures disciplinaires et l'imposition de sanctions appropriées devraient contribuer à rappeler l'objectif de tolérance zéro à l'encontre de toute forme de corruption ou de comportement non éthique au sein de l'administration.

Le GRECO a constaté que certaines administrations ne disposaient pas d'informations en ce qui concerne les procédures et sanctions disciplinaires à l'égard de leurs agents. Il a estimé, dans certains cas, qu'il devrait être envisagé, pour accroître l'efficacité et le suivi des procédures disciplinaires et vérifier l'efficacité des sanctions, de créer un système adéquat d'enregistrement de ces procédures et sanctions et de centraliser les informations y relatives, du moins lorsqu'elles ont trait à des actes de corruption ou des infractions ou abus voisins.

Tableau concernant les thèmes émergeant du Cycle II des évaluations du GRECO sur l'administration publique et la corruption *

Thèmes	Stratégies anti-corruption	Prévention/Evaluation des risques	Transparence	Contrôles y compris du médiateur	Règles statutaires/ Codes éthiques	Recrutement	Evaluation/carrière	Formation/ Sensibilisation	Conflits d'intérêt, incompatibilités - activités accessoires	Déclarations de patrimoine et d'intérêt	Rotation	Pantouflage	Cadeaux	Signalement/protection des donneurs d'alerte	Procédures disciplinaires	
Pays																
Albanie	+		+		+			+			o	+	+	+	+	+
Andorre ¹																
Arménie		+			+			+	+	+	+		+	+	+	+
Azerbaïdjan ¹																
Belgique		+			+			+	+		+	+	+	+	+	+
Bosnie-Herzégovine ¹																
Bulgarie	+			o				+			+	+		+		+
Croatie			+	+	+	+	+	+	+		+		+	+		+

Thèmes	Stratégies anti-corruption	Prévention/Evaluation des risques	Transparence	Contrôles y compris du médiateur	Règles statutaires/Codes éthiques	Recrutement	Evaluation/carrière	Formation/Sensibilisation	Conflits d'intérêt, incompatibilités – activités accessoires	Déclarations de patrimoine et d'intérêt	Rotation	Pantouflage	Cadeaux	Signalement/protection des donneurs d'alerte	Procédures disciplinaires
Pays															
Hongrie ¹				o	+				+			+		+	
Islande	+							+	+			+		+	
Irlande ¹			+				+		o					+	
Lettonie	+	+	+	+	+		+							+	
Lituanie	+							+			+		+		
Luxembourg			+	+	+			+	+		+	+	+	+	
Malte		+	+		o			+			o	+		+	
Moldova ¹															
Pays-Bas					+				+						

Thèmes	Stratégies anti-corrupcion	Prévention/Evaluation des risques	Transparence	Contrôles y compris du médiateur	Règles statutaires/Codes éthiques	Recrutement	Evaluation/carrière	Formation/Sensibilisation	Conflits d'intérêt, incompatibilités - activités accessoires	Déclarations de patrimoine et d'intérêt	Rotation	Pantouflage	Cadeaux	Signalement/protection des donneurs d'alerte	Procédures disciplinaires	
Pays																
Norvège																
Pologne		+						+								
Portugal ¹																
Roumanie	o		+		+	+	+	+	+	+		+	+	+		
Serbie-Monténégro ¹																
Rép. slovaque	+	+	+	+	+			+			+					
Slovénie	+	+	+			+	+	+	+	+					o	
Espagne		+	+	o	+				o							
Suède					+			+				+		+		

Thèmes	Stratégies anti-corruption	Prévention/Evaluation des risques	Transparence	Contrôles y compris du médiateur	Règles statutaires/Codes éthiques	Recrutement	Evaluation/carrière	Formation/Sensibilisation	Conflits d'intérêt, incompatibilités – activités accessoires	Déclarations de patrimoine et d'intérêt	Rotation	Pantouflage	Cadeaux	Signalement/protection des donneurs d'alerte	Procédures disciplinaires	
Pays																
	l'ÉRY de Macédoine		+	+	+			+						+		
	Turquie ¹															
	Ukraine ¹															
	Royaume-Uni				+			+						+		
	Etats-Unis ¹															

* + = thèmes émergeant de recommandations; 0 = thèmes émergeant d'observations. Le nombre total de + et de 0 ne reflète pas le nombre total de recommandations et observations adressées au pays concerné. Même si certaines recommandations ont été adressées à certains pays seulement, elles peuvent être pertinentes pour d'autres également.

1. Le rapport d'évaluation de deuxième cycle concernant ce pays n'a pas encore été adopté par le GRECO ou publié.

Pantouflage/revolving doors*

Jane Ley

*Directrice adjointe, Service de l'éthique
dans l'administration publique
Etats-Unis d'Amérique*

De nouvelles approches dans l'organisation du secteur public, telles que les partenariats public-privé, la sous-traitance, la privatisation et la réforme de la fonction publique, la multiplication des possibilités d'emploi et le recours de plus en plus important à des représentants de groupes d'intérêts ont changé les relations entre le service public et le secteur privé, ainsi que la perception de ces relations par l'opinion publique. La nécessité de préserver la confiance du public, en particulier en périodes de changement, souligne l'importance d'établir et de maintenir en place des systèmes qui permettent de traiter les conflits d'intérêts, dont ceux émanant du passage d'agents publics vers le secteur privé. Le GRECO a étudié ce thème au cours du Deuxième cycle, en évaluant le recrutement, la fidélisation, les codes de conduite et les conflits d'intérêts au sein de l'administration publique.

A la fin du Deuxième cycle, il avait été recommandé à la plupart des membres évalués (26 sur 40) d'établir un système visant à réglementer le passage des agents publics vers le secteur privé ou d'améliorer leur système déjà en place dans ce domaine. Peu de membres avaient élaboré un système visant à traiter spécifiquement ces passages vers le secteur privé, même si certains disposaient d'une législation interdisant la divulgation de certains types d'informations, tant dans l'exercice d'une fonction publique qu'après la cessation de cette fonction,

* D'abord publié dans le Huitième Rapport général d'activités du GRECO (2007) (Greco (2008) 1F Final)
[http://www.coe.int/t/DGHL/monitoring/greco/documents/2008/Greco\(2008\)1F.pdf](http://www.coe.int/t/DGHL/monitoring/greco/documents/2008/Greco(2008)1F.pdf).

et/ou d'une législation pénale pouvant s'appliquer à l'acceptation d'un emploi dans le secteur privé en échange d'un acte officiel.

Sur les quinze membres qui avaient reçu la recommandation de réglementer le passage de leurs agents publics vers le secteur privé et qui, depuis, ont été soumis à une évaluation de conformité, seuls deux ont mis en œuvre ladite recommandation. Ce niveau de conformité reflète en partie le temps nécessaire à l'élaboration, l'adoption et la mise en place d'une législation ou de lignes directrices appropriées. Il témoigne également de la difficulté, pour les membres, de déterminer la meilleure manière de traiter cette question.

A la fin de l'année 2007, en vue d'aider les membres dans le cadre des procédures de conformité, le GRECO a organisé un tour de table sur le sujet, permettant ainsi aux membres de partager leurs bonnes pratiques comme les difficultés qu'ils rencontrent. Les représentants de quatre membres ont décrit leur système spécifique. La France a présenté le système qu'elle applique en matière de pantouflage, notamment les commissions de déontologie dont le rôle est de conseiller les administrations publiques sur la compatibilité des activités que leurs fonctionnaires et subordonnés envisagent dans le secteur privé. Le Royaume-Uni a décrit son système d'interdictions d'emploi générales qui s'applique aux fonctionnaires et qui prévoit un mécanisme d'autorisation préalable permettant d'apporter des modifications personnalisées auxdites interdictions. Les Etats-Unis ont expliqué la réglementation pénale et administrative à laquelle sont soumis tous les membres de l'exécutif pour l'ensemble des questions ayant trait au pantouflage : entrée dans le service public avec possibilité de retourner chez un employeur particulier, recherche d'emploi et négociations d'embauche dans l'exercice d'une fonction publique, et limitations dans l'exercice de la représentation imposées aux anciens agents publics. La Lettonie a exposé les limites relatives aux actes officiels qu'elle applique dans le cas d'agents publics issus d'une entreprise du secteur privé, et les restrictions concernant la détention d'entreprises titulaires

de contrats publics ou les activités réalisées avec de telles entreprises. La nature, la durée et l'objectif spécifique de ces différents systèmes, ainsi que les catégories d'agents publics concernés par chaque système varient. Chaque membre a pu déterminer les forces et les faiblesses de son système.

Les discussions menées lors de l'étude des rapports d'évaluation et de conformité ainsi que pendant le tour de table ont révélé les nombreuses difficultés que pose l'adaptation d'un système de réglementation au cadre juridique et aux besoins de chaque membre. Aucun modèle n'est optimal. L'élaboration ou l'amélioration de l'un de ces systèmes quel qu'il soit repose néanmoins sur certains points communs.

Outre l'objectif fondamental visant à renforcer la confiance du public, les objectifs les plus courants d'un système visant à gérer le passage d'agents publics vers le secteur privé sont les suivants : 1. garantir que des informations spécifiques acquises dans l'exercice d'une fonction publique ne sont pas utilisées abusivement, 2. s'assurer qu'un agent public n'est pas influencé, dans l'exercice de son autorité, par des considérations de gain personnel, ni par l'espoir ou l'anticipation d'un emploi futur ; et, 3. s'assurer que les relations et contacts d'agents publics en place ou d'anciens agents ne sont pas utilisés pour le bénéfice injustifié de ces agents ou d'autres personnes. La quasi-totalité des personnes exerçant une fonction publique, qu'elles aient été élues, nommées ou embauchées dans le cadre d'un contrat, qu'elles travaillent à temps plein ou à temps partiel, qu'elles soient rémunérées ou non, devraient, dans une certaine mesure, être tenues de respecter des règles définies afin d'atteindre ces objectifs.

Dans l'exercice de fonctions publiques

Pour être efficaces, les systèmes qui régissent le passage des agents publics vers le secteur privé doivent tenir compte des activités des agents publics en place. Un agent public en place a en effet accès aux informations les plus récentes, est en relation étroite avec d'autres agents publics, exerce une autorité et un pouvoir officiels, et est soumis à un contrôle public et

interne attentif. C'est dans l'exercice de ses fonctions qu'un agent peut aisément utiliser des informations officielles, son autorité et ses contacts dans l'espoir d'obtenir un poste auprès d'un employeur potentiel ou afin de rendre service à un futur employeur. Les conflits d'intérêts peuvent éventuellement naître de la possibilité pour un agent public de travailler ou de retourner travailler chez un employeur particulier du secteur privé, de la recherche par un agent public d'un emploi dans le secteur privé (réponses à des offres d'emplois publiées, demandes d'informations, envois de candidatures ou de CV dans l'espoir de trouver un emploi) ou de la réponse d'un agent public à des approches non sollicitées d'employeurs privés. Plusieurs normes et procédures peuvent permettre de faire face à ces types de conflits potentiels. Elles doivent être envisagées dans le contexte d'un système général traitant des conflits d'intérêts des agents publics en place. En outre, dans le cadre d'un système intégré de normes applicables aux agents publics en place et aux anciens agents publics, et afin de promouvoir leur acceptation générale par l'ensemble des agents, il convient de veiller à ce que les normes et procédures relatives aux emplois extérieurs ou aux activités non officielles exercées par des agents en place complètent de manière cohérente les normes et procédures spécifiques aux activités des anciens agents publics. Par exemple, est-il logique d'autoriser (ou de ne pas interdire à) un agent public en place à occuper un poste au sein d'une entreprise spécifique, mais de lui interdire de continuer à remplir la même fonction dans ladite entreprise, après la cessation de sa fonction publique? Ou devrait-on autoriser un agent public en place (ou ne pas le lui interdire) à représenter des clients ou des employeurs privés auprès d'un organisme public, mais lui interdire d'exercer ces mêmes activités de représentation une fois qu'il a quitté la fonction publique? Rares sont les cas où il conviendrait que les normes s'appliquant à une activité ou à un emploi dans le secteur privé soient moins restrictives dans l'exercice d'une fonction publique qu'après cessation de ladite fonction.

Restrictions après la cessation de fonctions publiques

La mise en place de toute politique publique nécessite dans presque tous les cas de trouver un équilibre entre les différents intérêts. La définition de restrictions applicables après la cessation de fonctions publiques ne fait pas exception à la règle. Au cours des discussions, les membres ont indiqué que d'autres politiques publiques que celles concernant l'intégrité des agents publics avaient été ou devaient être prises en considération dans l'élaboration de leur système de restrictions applicables après la cessation de fonctions publiques. Ont notamment été évoqués l'intérêt de promouvoir le recrutement et la fidélisation des personnes les plus qualifiées au sein de la fonction publique, la possibilité d'avoir recours à des personnes possédant une expertise technique spécifique qui ne sont pas toujours immédiatement disponibles dans la fonction publique, la nécessité d'une assistance à court terme, la perspective d'une carrière dans la fonction publique, l'attente de changements périodiques parmi les responsables politiques suite à un remaniement du gouvernement, la promotion de l'échange de perceptions mutuelles entre le service public et le secteur privé, et la grande importance que la société d'un pays particulier accorde au libre mouvement de la main d'œuvre. Autres points importants dans le cadre de politiques publiques : la nécessité d'exiger un engagement à rester dans la fonction publique pour une durée spécifique en échange de possibilités de formation, le droit de percevoir une indemnité dans le cas d'une résiliation anticipée et/ou le versement d'une retraite. L'expérience des membres montre que les systèmes élaborés pour satisfaire à une politique publique ne doivent pas pour autant exclure les autres politiques. La difficulté consiste à trouver le bon équilibre.

En général, les membres du GRECO ont suivi trois approches (ou une combinaison) pour la question des activités après la cessation de fonctions publiques, à savoir : 1. interdictions d'emploi, soit générales, soit spécifiques à des groupes clairement définis, 2. restrictions relatives à la représentation

d'entreprises privées par d'anciens agents publics ayant réintégré un organisme public (limitations dans l'exercice de la représentation) ; et, 3. autorisation préalable et/ou communication des activités envisagées ou déjà exercées après la cessation de fonctions publiques. Les types d'agents publics soumis aux différentes interdictions/restrictions/obligations de communication, la nature et la durée desdites interdictions/restrictions/obligations ainsi que les sanctions/mécanismes d'exécution varient selon les systèmes et même, dans certains cas, au sein de chaque système.

D'après les informations fournies par les rapports d'évaluation et de conformité, quinze membres au moins ont indiqué qu'ils appliquaient différents types d'interdictions d'emploi, tandis que sept membres ont mentionné qu'ils imposaient des limitations dans l'exercice de la représentation. Au moins sept membres ont fait état d'un système imposant une autorisation préalable, la déclaration et/ou la communication des activités exercées après la cessation des fonctions publiques. La majorité des membres, mais pas tous, exigent que les activités exercées après le départ de la fonction publique soient rémunérées pour qu'une restriction puisse s'appliquer, ou imposent une autorisation (ce qui reflète vraisemblablement la différence de théorie entre un système qui interdit l'emploi et un système qui limite les activités de représentation). La plupart des restrictions ou des obligations de communication s'appliquent sur une période qui varie de un à trois ans, même si au moins un membre impose des restrictions pendant une durée pouvant atteindre cinq ans. Les États-Unis ont fait état de restrictions dans l'exercice de la représentation (« changement de camp ») dont la durée peut être bien plus longue, dans la mesure où la restriction dépend de la durée d'existence de l'objet de la représentation.

D'une manière générale, les interdictions d'emploi et les limitations à l'activité de représentation ont des objectifs quelque peu différents. Les interdictions d'emploi sont le plus souvent centrées sur les employeurs susceptibles de recruter un ancien agent public et non sur la nature des activités que cet agent

peut exercer. Une interdiction d'emploi générale peut être utilisée pour définir des restrictions véritablement sur mesure, en exigeant des agents publics qu'ils obtiennent une autorisation au cas par cas avant d'exercer une activité. Dans la plupart des cas pourtant, les interdictions d'emploi sont mises en œuvre pour traiter les problèmes liés à la nature de la fonction exercée par la personne en tant qu'agent public. Des membres ont, par exemple, mentionné des interdictions d'emploi spécifiques s'appliquant aux agents publics qui supervisent les achats et les passations de contrats, ou qui sont conseillers fiscaux, inspecteurs ou contrôleurs bancaires, ou membres de services chargés du marché des valeurs mobilières. Les interdictions d'emploi ciblées sont décrites selon le type de fonction remplie par l'ancien agent public (ou le service/l'organisme public qui l'emploie) et le type d'entités dans lesquelles l'agent public n'est pas autorisé à travailler. Ainsi, les acheteurs peuvent ne pas être autorisés à être embauchés par les entreprises dont ils ont supervisé ou contrôlé les contrats. Par analogie, il peut être interdit à des contrôleurs bancaires de travailler dans les banques qu'ils ont audités ou contrôlés au cours des deux dernières années. Contrairement aux interdictions d'emploi ciblées, les interdictions à large application ont un effet plus important sur le recrutement et la fidélisation, en particulier dans les cas où les traitements et avantages du service public ne sont pas compétitifs par rapport au secteur privé ou si l'octroi de l'autorisation préalable de modifier une interdiction générale est particulièrement incertain.

Les limitations à l'activité de représentation portent sur l'activité menée par un ancien agent public après son départ de la fonction publique et non pas sur la personne pour le compte de laquelle il exerce cette activité. Il peut y avoir restriction, même si l'ancien agent public ne perçoit pas de rémunération pour ses activités de représentation. Les limitations à l'activité de représentation décrivant les organismes publics ou les fonctions, les niveaux et les types d'agents publics auprès desquels un ancien agent public n'est pas autorisé à exercer d'activités de représentation peuvent être utiles dans le cas d'agents élus, d'assistants politiques et de hauts fonctionnaires pour

traiter la problématique de l'influence et des contacts avec les agents publics en place. Des limitations ciblées sur un objet de représentation particulier peuvent être définies de sorte à s'appliquer à l'ensemble du service public. Elles ont cependant peu d'impact sur les activités que la plupart des agents publics à qui elles s'appliquent exercent réellement après leur départ de la fonction publique. Si l'ancien agent public intervenait dans certains types d'affaires, quel que soit le secteur du service public qui l'employait, alors la limitation de l'activité de représentation s'applique à ces affaires (pas de changement de camp). Ces affaires sont, la plupart du temps, décrites en termes généraux. Elles englobent les affaires où il y a souvent accès à des informations spécifiques sur des personnes, des entreprises ou sur la stratégie du gouvernement (à savoir des enquêtes, des dossiers administratifs, des négociations d'achat, des audits). Les Etats-Unis définissent ce type d'affaires comme des « affaires particulières impliquant des parties spécifiques, dans lesquels [l'agent public] est personnellement et largement intervenu [en sa qualité d'agent public]. » Les limitations de l'activité de représentation contribuent certes à résoudre les problèmes de recrutement et de fidélisation. Toutefois, elles ne traitent pas directement la question de l'aide que d'anciens agents publics peuvent apporter dans les coulisses. Des mesures d'information et de sensibilisation plus nombreuses peuvent également s'avérer nécessaires afin que les agents publics et les employeurs potentiels comprennent pleinement la portée de ces restrictions.

Déterminer la durée appropriée d'une interdiction d'emploi ou d'une limitation de l'activité de représentation s'avère également difficile et nécessite de tenir compte de plusieurs aspects. La durée doit être raisonnable et dépendre de l'objectif de la restriction. Après combien de temps peut-on considérer que certaines informations deviennent obsolètes ou accessibles au public, qu'un ancien haut fonctionnaire ne dispose plus de contacts ou de traitements spéciaux, ou que des dossiers spécifiques supervisés par l'ancien agent public sont clôturés ? Si la durée de la restriction est abusivement longue, elle peut véritablement influencer sur le recrutement et la fidélisation,

accentuer les attitudes cyniques à l'égard du code de conduite du service public en général et se répercuter sur la mise en application de ladite restriction.

Sanctions/Exécution

Plusieurs sanctions et systèmes d'exécution, individuels ou combinés, sont utilisés et/ou existent concernant la bonne conduite des agents publics en place et des anciens agents, à savoir : sanctions pénales, confiscations civiles, amendes administratives et judiciaires, et sanctions spécifiques prévues dans les contrats de travail. Il existe également des sanctions disciplinaires applicables aux agents publics en place et, dans certains cas, aux anciens agents : la réduction ou la suppression des indemnités de résiliation anticipée ou des pensions de retraite peuvent s'appliquer aux anciens agents publics. Les agents publics en place et les anciens agents menant des activités qui nécessitent une autorisation d'exercer (telles que la pratique du droit) peuvent être sanctionnés par l'autorité délivrant ladite autorisation et être frappés d'inéligibilité. Les agents publics peuvent, dans tous les cas, également subir une atteinte à leur réputation causée par une présentation peu flatteuse dans la presse et l'opprobre public, mais il peut s'agir de l'unique sanction possible dans le cas de codes de conduite non obligatoires, ne prévoyant aucun mécanisme d'exécution formel.

La nécessité de disposer de systèmes appropriés permettant de régir les passages entre le service public et le secteur privé est et restera au cœur des préoccupations de l'ensemble des membres, du fait de la complexité et de la nature changeante des gouvernements modernes. L'expérience des membres du GRECO montre qu'il n'existe pas de solution « optimale » pour traiter la question de ces passages. L'établissement et le maintien en place d'un système adapté quel qu'il soit pose d'importantes difficultés. Le GRECO continue à suivre les développements avec intérêt à mesure que les membres élaborent leurs systèmes. Ceux ayant déjà un système en place peuvent toujours s'inspirer des solutions créatives mises en place par leurs homologues.

Protection des « donneurs d’alerte »*

*Paul Stephenson
Public Concern at Work
Royaume-Uni*

Introduction

La législation et les pratiques, qui incitent les individus à remettre en cause ou à s’opposer à des faits de corruption dont ils sont témoins ou qu’ils suspectent sur leur lieu de travail, peuvent constituer des outils précieux pour lutter contre la corruption. Tout d’abord, elles créent une culture qui aide à dissuader la corruption, dans la mesure où pour la plupart des individus, la peur de se faire piéger a un effet plus dissuasif que la peur d’une sanction en particulier. Ensuite, en tant que transaction secrète entre deux individus ou plus, la corruption demeure souvent cachée jusqu’à ce que des « donneurs d’alerte » de l’intérieur parlent.

Et pourtant, malgré la généralisation des obligations qui imposent aux fonctionnaires de signaler les faits de corruption, le GRECO a rarement constaté que celles-ci avaient contribué à changer la loi du silence que la corruption peut engendrer. Il semble que la crainte de répercussions dans le travail, ajoutée aux doutes sur l’adoption ou non de mesures internes pour remédier au problème, en soient les principales raisons. C’est pourquoi la Convention civile sur la Corruption du Conseil de l’Europe (STE n° 174) requiert des Parties qu’elles veillent à une protection appropriée contre toute sanction injustifiée à l’égard d’employés, du secteur public comme du secteur privé, qui de toute bonne foi font état de leurs soupçons en interne,

* D’abord publié dans le Septième Rapport général d’activités du GRECO (2006) (Greco (2007) 1F Final)
[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2007/Greco\(2007\)1_act.rep06_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2007/Greco(2007)1_act.rep06_FR.pdf).

auprès des personnes responsables, ou en externe, auprès des autorités (Article 9). La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUC) énonce elle aussi une disposition, qui incite les Etats à protéger les « personnes qui communiquent des informations » (Article 33).

Pour toutes ces raisons et après les scandales financiers Enron, WorldCom et Parmalat, qui ont fait la une de l'actualité, les signalements sont désormais une question prioritaire et un certain nombre d'Etats membres du GRECO travaillent à de nouveaux textes de loi. En 2006, le Groupe de travail de l'Union européenne sur la protection des données a publié un avis sur les moyens de rapprocher les lois sur le signalement d'informations des obligations européennes en matière de protection des données, en particulier dans le cadre de la législation américaine (loi Sarbanes-Oxley), qui dispose que toute société cotée sur les places boursières des Etats-Unis doit mettre en place des procédures pour que les membres de leur personnel puissent faire état de leurs inquiétudes sur les comptes de la société.

Tel est le contexte dans lequel les évaluations du deuxième cycle du GRECO se sont déroulées. Le présent chapitre examine ce qu'a dit le GRECO dans ses rapports sur la protection des « donneurs d'alerte » en tant qu'outil de lutte contre la corruption dans l'administration publique, ainsi que les questions qui se posent aux Etats membres pour instaurer une culture du signalement.

Deuxième cycle d'évaluation du GRECO

Recommandations

Des recommandations, visant à mettre en place une protection des « donneurs d'alerte » ou à la renforcer, ont été adressées à la moitié environ des pays dont le Rapport d'évaluation du deuxième cycle a été publié avant la fin de 2006 (Albanie, Arménie, Azerbaïdjan, Belgique, Bulgarie, Croatie, République Tchèque, Danemark, Estonie, Grèce, Island, Irlande, Lettonie, Moldova, Portugal, Serbie, Turquie).

Le GRECO n'a pas été normatif sur la nature de la protection à accorder aux « donneurs d'alerte ». Cependant, il a insisté sur certains points :

Il ne suffit pas de disposer que les fonctionnaires ne doivent pas faire l'objet de sanctions disciplinaires ou de licenciements pour avoir effectué un signalement. Il existe des moyens de vengeance beaucoup plus subtils (Croatie).

Les « donneurs d'alerte » peuvent ne pas être certains de la manière de procéder et avoir besoin de personnes de confiance pour les guider et les aider (Belgique).

La législation peut avoir à résoudre d'éventuels conflits entre l'obligation de signalement et la communication de faits que le fonctionnaire est normalement tenu de garder secrets (Luxembourg).

Une fois qu'un texte de loi sur le signalement est en place, il doit être promulgué de façon adéquate pour que tous les fonctionnaires en aient connaissance (Royaume-Uni).

Rapports de conformité

Les mesures de conformité sont toujours en attente eu égard à la plupart des recommandations du Deuxième cycle d'évaluation. Il émerge des rapports de conformité du GRECO, publiés avant la fin de 2006, un nouveau point intéressant :

Une disposition, qui prévoit qu'un fonctionnaire faisant un signalement de bonne foi auprès des autorités ne verra pas son identité révélée, ne suffit pas pour protéger complètement le « donneur d'alerte » d'éventuelles représailles (Estonie).

Il est donc admis que la confusion entre signalement à caractère confidentiel et signalement anonyme peut faire croire au « donneur d'alerte » que son identité ne sera pas révélée, quand d'autres sont en fait capables de la deviner.

Par ailleurs, les rapports de conformité observent que la Lettonie a préparé un projet de loi relatif à la prévention des conflits d'intérêts, lequel porte également sur les obligations de signalement et sur la protection des personnes effectuant des

signalements. Le Royaume-Uni s'est engagé à mieux sensibiliser l'opinion à un nouveau code de la fonction publique et à sa loi sur le signalement. L'Estonie, la Lettonie et le Royaume-Uni sont considérés comme n'ayant mis en œuvre que partiellement les recommandations leur ayant été adressées, de sorte que de nouvelles mesures sont attendues de leur part.

Questions posées aux responsables

Une législation spécifique est-elle nécessaire ?

Certains pays ont adopté l'idée qu'une législation spécifique est inutile : la législation générale sur l'emploi interdit généralement les licenciements abusifs et des plaintes peuvent être déposées pour signaler un traitement inéquitable. Quant aux autres aspects pratiques de la protection – la nomination de personnes de confiance comme conseillers, par exemple – ils ne nécessitent pas de textes de loi.

En Lituanie, le projet de loi sur les signalements a été examiné par le Parlement, qui l'a rejeté en 2004. Les autorités ont estimé qu'une loi à part était inutile car elle ne ferait que reproduire les effets d'autres dispositions existant par ailleurs. En Irlande, un projet de loi générale sur la protection des donneurs d'alerte a été rejeté par le gouvernement en 2006, en faveur d'une « approche sectorielle ». Les motifs de ce rejet n'ont pas été clairement explicités, pour des raisons de confidentialité, mais les autorités ont renvoyé à l'article 30 (1) de la directive 2000/12/CE du 20 mars 2000, lequel impose des obligations de secret professionnel aux personnes travaillant dans des établissements de crédit.

En revanche, la Norvège, la Roumanie, le Royaume-Uni et les Etats-Unis ont adopté des législations spécifiques auxquelles nous renvoyons ci-après dans la mesure où elles peuvent contribuer à mieux cerner les problématiques.

Secteur public/secteur privé

Les recommandations du deuxième cycle du GRECO ne concernent que le secteur public. Or, la Convention civile sur

la corruption impose que la protection soit assurée à l'égard de tous les employés, du secteur public comme du secteur privé. La corruption a toutes chances de se produire là où ces deux secteurs se rencontrent.

L'une des options possibles consiste à légiférer séparément. La loi n° 571/2004 en Roumanie ne s'applique qu'au secteur public, défini dans son acception très large. La loi fédérale de 1989 sur la protection des donneurs d'alerte aux Etats-Unis n'est applicable qu'au public, mais une loi fédérale séparée régit le secteur privé.

En revanche, la Norvège et le Royaume-Uni ont jugé préférable de couvrir les deux secteurs dans un seul et même dispositif législatif.

Principes de signalement

La loi britannique de 1998 sur la communication d'informations dans l'intérêt général fixe assez précisément les contours du signalement responsable. Cette loi est fondée sur une approche échelonnée qui tend à encourager, dans un premier temps, les révélations en interne là où c'est possible puis, dans un second temps, les révélations auprès d'autorités de régulation indépendantes, nommées par le législateur pour superviser certains secteurs particuliers – à l'instar du bureau central de lutte contre la grande délinquance financière (Serious Fraud Office, SFO). Si ce texte prévoit ensuite également des circonstances dans lesquelles les signalements à plus grande échelle (y compris auprès des médias) bénéficient d'une protection, les conditions en l'espèce sont plus difficiles à remplir.

A la fin de 2006, la Norvège a adopté des amendements à sa loi sur l'environnement professionnel concernant les signalements (« *varsling* » en norvégien, ce qui signifie « notification » au sens strict). Ces amendements confèrent à tous les salariés le droit de notifier leurs suspicions sur une mauvaise gestion dans leur organisation. Le principe est de savoir si la procédure suivie par le « donneur d'alerte » est ou non « justifiable » : le signalement interne ou auprès d'autorités publiques est réputé toujours justifiable. S'agissant de justifier d'autres

signalements externes, la bonne foi du salarié et le caractère d'intérêt général de l'information divulguée sont censés constituer des éléments pertinents. La loi dispose que la charge de la preuve, établissant que la procédure était injustifiée, demeure du côté de l'employeur.

Le législateur roumain donne la liste des personnes ou organismes à qui adresser un signalement : cette liste inclut les médias et les ONG, d'où il ressort qu'au vu de la loi, un fonctionnaire peut aller directement exposer son souci auprès des médias.

Graduation de la suspicion

Comme indiqué ci-dessus, le Royaume-Uni a opté pour une approche échelonnée : s'agissant d'un signalement interne, la loi n'exige qu'une suspicion sincère. S'agissant d'un signalement auprès d'une autorité de régulation, les critères sont d'un niveau légèrement plus élevé : le « donneur d'alerte » doit raisonnablement estimer que l'information est vraie.

La loi roumaine pose le « principe de responsabilité » en vertu duquel le donneur d'alerte doit « étayer sa plainte par des informations ou par des faits relatifs à l'acte commis ».

Respect du caractère confidentiel de l'identité du « donneur d'alerte »

Il convient de distinguer entre la confidentialité (l'identité du donneur d'alerte est connue des autorités auprès desquelles il effectue son signalement) et l'anonymat (son identité est totalement inconnue). L'anonymat est largement perçu comme non souhaitable, car il est plus difficile d'enquêter sur des plaintes anonymes et que celles-ci peuvent couvrir – ou sembler couvrir – l'intention délictueuse. Dans les affaires de corruption, l'idéal d'un signalement à découvert peut parfaitement ne pas être envisageable, mais la position de repli préférable est alors la divulgation à caractère confidentiel – le destinataire de l'information connaissant l'identité de la personne la divulguant, mais étant d'accord pour ne pas la révéler au moment d'utiliser l'information. Le GRECO prend note de l'avis du

Groupe de travail de l'Union européenne sur la protection des données, selon lequel la personne effectuant une divulgation doit avoir l'assurance que son identité restera confidentielle, et que les signalements anonymes ne doivent être acceptés que dans des circonstances exceptionnelles.

La loi roumaine confère aux fonctionnaires le droit d'avoir leur identité cachée lorsqu'il s'agit d'un signalement concernant un supérieur. Il est également souhaitable de respecter la confidentialité de l'identité du donneur d'alerte dans d'autres cas, s'il en fait la demande. Mais celui-ci doit bien comprendre que le fait de ne pas dévoiler son identité a tendance à focaliser l'attention et à attiser les spéculations sur celle-ci – sans compter que, ainsi qu'il a été dit plus haut, les circonstances peuvent permettre de la découvrir. Il peut aussi être nécessaire que son identité soit connue dans le cadre de la procédure judiciaire qui s'ensuit.

Critère de la bonne foi

Comme avec toute loi, il existe un risque d'abus et l'introduction d'une obligation de bonne foi permet d'attirer l'attention sur l'idée que la législation sur les signalements ne doit pas être détournée. En particulier, cette obligation peut faire comprendre que la loi n'est pas un moyen par lequel un délinquant peut rechercher l'immunité pour le délit qu'il a commis. Il convient de noter en l'espèce qu'un critère de bonne foi n'est pas compatible avec une obligation légale faite aux fonctionnaires de donner l'alerte.

Les instruments internationaux et la plupart des dispositions légales nationales établissent que le signalement doit être fait «de bonne foi», sans jamais définir ce que cela signifie. Le législateur roumain dispose qu'il existe une présomption de bonne foi, dont bénéficie le donneur d'alerte jusqu'à établissement de la preuve du contraire.

On peut discuter de la «bonne foi» – signifie-t-elle «honnêteté», ou bien que les motifs du donneur d'alerte sont tout à fait vertueux? Il importe de reconnaître qu'un critère de bonne foi n'impose pas que l'information soit juste. S'il est évident

que nul ne souhaite recevoir des signalements réputés faux, il est important que le législateur n'exige pas du donneur d'alerte qu'il enquête sur les faits de corruption et qu'il en apporte la preuve. De la même manière, si un signalement vrai est effectué de mauvaise foi – par exemple, parce que l'employé en veut à son directeur – il est néanmoins de l'intérêt de l'employeur ou de l'intérêt général que ce signalement soit effectué. En Norvège, toute « mauvaise foi » dans les motifs du donneur d'alerte n'empêchera pas un signalement licite aussi longtemps que l'information divulguée relèvera de l'intérêt général.

Un arrêt rendu en 2003 par le Tribunal fédéral du travail en Allemagne a fixé les conditions dans lesquelles un salarié peut divulguer des faits attestant d'actes délictueux de la part de son employeur. Cet arrêt annulait le jugement de la juridiction inférieure, qui n'avait pas du tout examiné les motifs du donneur d'alerte. Il confirmait le droit de donner l'alerte dans la mesure où le salarié n'a pas pour motif, par ses révélations, de porter préjudice à son employeur. Si telle est sa principale motivation, c'est qu'alors il n'agit pas de bonne foi. L'Allemagne envisage de clarifier les dispositions de son code civil conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral du travail.

Au Royaume-Uni, l'expression a une acception similaire à celle retenue en Allemagne, même si, comme en Roumanie, le donneur d'alerte est réputé agir de bonne foi et qu'il appartient à l'employeur de récuser ce point avec clarté et sincérité, en apportant des faits incontestables à l'appui.

Divulgateion d'informations confidentielles

Les donneurs d'alerte peuvent avoir besoin d'être assurés qu'ils ne s'exposent pas à des sanctions disciplinaires en révélant des informations confidentielles. Dans plusieurs Etats membres, la législation est claire sur l'idée que les fonctionnaires qui font des signalements par les canaux appropriés ne peuvent pas être accusés de violation de leur devoir de confidentialité (exemples : France, Espagne). La loi britannique dispose que toute obligation contractuelle de confidentialité est nulle dans la

mesure où elle empêche un travailleur de faire des révélations sous protection. Toutefois, si le donneur d'alerte commet une infraction en faisant des révélations, il n'est pas protégé. L'effet principal de cette disposition est d'exclure les divulgations qui constituent une menace pour la sécurité nationale et sont en infraction avec la loi sur le secret d'Etat (Official Secrets Act).

Obligations des employeurs

Dans le droit de la Norvège et de la Roumanie, des obligations spécifiques incombent aux employeurs de mettre en place des procédures de signalement (celles-ci ne sont pas applicables au secteur privé en Roumanie).

Ainsi qu'il est mentionné plus haut, la législation des Etats-Unis exige que les sociétés cotées sur les places boursières américaines mettent en place des procédures pour que les membres de leur personnel puissent signaler des doutes quant aux comptes de la société. Ceci a donc un impact pour des sociétés implantées dans les Etats membres du GRECO qui souhaitent être cotées en bourse aux Etats-Unis.

Il n'existe pas de telles obligations au Royaume-Uni, mais le législateur oblige les tribunaux à tenir compte de ce que le donneur d'alerte s'est ou non conformé à un éventuel dispositif mis en place par l'employeur. Dans la pratique, cette obligation incite les employeurs à établir de tels dispositifs.

Exécution des mesures de protection

Les Etats-Unis disposent d'un puissant mécanisme d'exécution prévu par le législateur, dans la loi de 1989 sur la protection des donneurs d'alerte: celui-ci permet à un donneur d'alerte victime de représailles de déposer plainte auprès d'un organisme indépendant chargé d'enquêter et de poursuivre (Office of Special Counsel), lequel enquêtera sur l'affaire et, si la plainte est fondée, pourra demander à l'organisme employeur de prendre des mesures correctives.

Dans d'autres pays, il incombe aux donneurs d'alerte de porter eux-mêmes l'affaire devant une cour ou un tribunal,

c'est-à-dire devant une juridiction civile en Norvège et devant un tribunal du travail, au Royaume-Uni.

Indemnisation

En vertu de la nouvelle législation norvégienne, tout donneur d'alerte victime de représailles est en droit de réclamer des dommages-intérêts en justice, sans considération de la culpabilité de l'employeur. Le système est semblable à celui du Royaume-Uni, où il opère par le biais des tribunaux du travail. L'employeur est tenu d'acquitter l'indemnisation accordée, qui peut être illimitée dans les deux pays.

Conclusion

Bien que le GRECO n'ait pas de réponse normative définitive aux questions évoquées ci-dessus, il est convaincu que cette discussion fournira quelques indications aux pays qui envisagent les moyens possibles pour améliorer la protection des donneurs d'alerte. Un certain nombre d'Etats membres du GRECO mettent en œuvre des règles et des pratiques intéressantes à cet égard, que les « nouveaux arrivants » dans le débat pourraient apprécier d'analyser plus en détail.

Immunités des agents publics : des obstacles possibles à la lutte contre la corruption*

Introduction

La prévention de la corruption et la traduction en justice des personnes impliquées dans des pratiques de corruption pourraient être sérieusement entravées par les immunités dont bénéficient certaines catégories d'agents publics et/ou d'élus. C'est pourquoi le Comité des Ministres a énoncé, dans sa Résolution (97) 24 portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption, l'objectif de « veiller à limiter toute immunité à l'égard des enquêtes, des poursuites et des sanctions relatives aux infractions de corruption à ce qui est nécessaire dans une société démocratique » (Principe n° 6). En conséquence, dès le début de son Premier cycle d'évaluation, le GRECO a insisté avec fermeté sur cette question, ce qui a également permis de mieux clarifier le sens du principe susmentionné.

On trouvera ci-après un résumé succinct des principales conclusions du GRECO en la matière, ainsi qu'un bref compte rendu du niveau général de conformité des Etats membres par rapport aux recommandations du GRECO en matière d'immunité, sans mentionner un pays en particulier. Les idées exposées dans ce résumé n'ont aucun effet juridique pour le GRECO, ni pour ses membres, ni pour le Conseil de l'Europe.

Le terme « immunité » ne fait l'objet d'aucune définition juridique universellement reconnue. On l'utilise pour tout un

* Article de fond préparé par le Secrétariat du GRECO et inclus dans le Cinquième Rapport général d'activités du GRECO (2004) (Greco (2005) 1F Final)

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2005/Greco\(2005\)1_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2005/Greco(2005)1_FR.pdf).

éventail de mesures dont le but général est d'assurer la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Dans une démocratie, l'immunité a avant tout pour objet de protéger la liberté d'expression des élus (parlementaires, etc.) et l'indépendance des agents publics contre toute ingérence indue dans l'exercice de leurs fonctions. L'immunité est devenue une question brûlante au cours des dernières années, particulièrement dans le contexte de la lutte contre la corruption.

Différents types d'immunités s'appliquent aux différentes catégories d'agents publics avec des effets plus ou moins importants. Toutefois, l'immunité suppose toujours l'exemption – d'une manière ou d'une autre – d'une procédure judiciaire ordinaire. L'immunité peut être absolue eu égard à toutes poursuites (civiles, pénales ou administratives) ou elle peut être limitée, par exemple, aux exemptions de responsabilité pénale. En outre, l'immunité peut être permanente ou limitée dans le temps, par exemple jusqu'à la fin d'un mandat officiel. L'immunité peut être de nature générale ou liée spécifiquement à l'acquittement de fonctions bien définies.

Le traitement de l'immunité varie en fonction des Etats et, en conséquence, la terminologie utilisée n'est pas toujours cohérente. Cela rend difficile, notamment, l'établissement de comparaisons au niveau international. Le GRECO s'est mis d'accord, dans un premier temps, sur une classification générale de ce que recouvre le terme «immunité». Cela constitue le principal sujet du point suivant.

Définitions dans les rapports du GRECO

Au départ, l'immunité peut être divisée en deux grandes catégories: «l'irresponsabilité» et «l'inviolabilité». Le GRECO s'est abstenu d'utiliser le terme «immunité professionnelle» qui relèverait des deux catégories précitées. De même, «immunité de poursuite» a été évitée car on pourrait l'interpréter comme «l'inviolabilité», ainsi que l'expression «juridiction privilégiée» qui échappe au champ d'application du Premier cycle d'évaluation.

« Irresponsabilité »

L'irresponsabilité (« liberté d'expression », « *non-liability immunity* », « *indemnität* », « *insindacabilità* », « *inviolabilidad* », etc.) s'applique généralement aux parlementaires concernant les opinions ou les votes qu'ils expriment au Parlement. Son but est de garantir l'indépendance et la liberté d'expression, notamment vis-à-vis du pouvoir Exécutif, mais aussi de l'opinion de la majorité au sein même du Parlement. Dans la plupart des cas, cette protection permet d'échapper à toute poursuite judiciaire. Elle peut également se limiter, par exemple, à la responsabilité pénale.

A titre exceptionnel, « l'irresponsabilité » peut s'appliquer aux ministres pour des opinions exprimés dans l'exercice de leur mandat. On peut faire valoir que les juges bénéficient de l'« irresponsabilité » (immunité judiciaire) dans l'exercice de leurs fonctions. Cette immunité peut tout aussi bien être considérée comme une condition préalable à l'indépendance de la justice.

« L'irresponsabilité » est de nature permanente. S'agissant des opinions exprimées par les parlementaires, c'est le cas dans plusieurs pays. Toutefois, dans un certain nombre d'Etats, ce type d'immunité peut être levé, généralement à une majorité simple/qualifiée au Parlement.

« Inviolabilité »

« L'inviolabilité », ou l'immunité au sens strict, parfois aussi appelée « immunité de poursuite » (« *immunität* », « *freedom from arrest* », « *improcedibilità* », « *immunidad* », etc.), est de nature plus complexe et son application exige une variété de dispositions juridiques. Ce type d'immunité peut s'appliquer à toute action (liée aux fonctions officielles ou non), ce qui pose de graves problèmes en matière de lutte efficace contre la corruption.

« L'inviolabilité » protège diverses catégories d'agents publics dans l'exercice de leurs fonctions contre des procédures légales telles que l'arrestation, la détention, les poursuites ainsi que,

dans certains pays, contre les enquêtes de police et l'utilisation de moyens spéciaux d'enquête (perquisitions, écoutes téléphoniques, etc.). Les implications de ce type d'immunité varient considérablement d'un pays à l'autre. Les restrictions en matière d'arrestation et de poursuites sont relativement fréquentes ; toutefois, ce n'est pas le cas en matière d'enquête. Dans certains systèmes, « l'inviolabilité » ne s'applique pas aux poursuites pour des infractions dépassant un certain degré de gravité et/ou en cas d'arrestation dans des situations de flagrants délits.

Généralement, « l'inviolabilité » est limitée dans le temps et peut être levée par l'autorité ou organe compétent(e), la demande pouvant être faite par l'autorité compétente (souvent le procureur), la partie lésée ou les membres du Parlement eux-mêmes.

Les chefs d'Etat bénéficient généralement de « l'inviolabilité » contre toute procédure judiciaire. Elle peut être limitée aux activités strictement liées à l'exercice de leurs fonctions mais peut être aussi de nature générale.

Dans plusieurs systèmes, les parlementaires sont protégés contre presque toutes les actions en justice qui pourraient être intentées contre eux. Ce type de protection, qui a fait l'objet d'un vif débat public, est désormais aboli dans plusieurs pays. En revanche, dans les systèmes de « Common Law », l'inviolabilité ne couvre que les procédures civiles. L'inviolabilité des parlementaires est limitée à la durée des sessions parlementaires/ou de la durée totale de la législature.

Dans certains systèmes, les ministres peuvent bénéficier d'une immunité analogue à celle des parlementaires ; elle est parfois restreinte à leurs fonctions de membres du gouvernement. Les procédures contre les ministres bénéficiant d'une telle protection doivent généralement être fondées sur une décision/un consentement du Parlement et, souvent, seules des juridictions spéciales peuvent en être saisies.

Conclusions et recommandations

Pendant son Premier cycle d'évaluation, le GRECO a procédé à un examen approfondi des deux principaux volets du Principe

directeur n° 6, à savoir des différentes catégories d'agents publics bénéficiant de l'immunité et, deuxièmement, des procédures de levée d'immunités.

S'agissant de la catégorie d'agents publics, les Etats membres du GRECO peuvent être divisés – grosso modo – en trois groupes. Le plus nombreux – plus de la moitié des membres – ne prévoit qu'une gamme très limitée d'immunités et les personnes qui en bénéficient sont surtout les parlementaires (irresponsabilité) et des chefs d'Etat (inviolabilité). Ces pays satisfont aux critères du Principe directeur n° 6.

Le deuxième grand groupe – presque la moitié des membres – octroie une immunité importante aux chefs d'Etat, aux parlementaires, aux membres du gouvernement mais aussi aux candidats au Parlement, aux juges, aux procureurs, aux juges d'instruction, aux huissiers, aux greffiers des tribunaux, aux commissaires aux comptes publics, aux fonctionnaires des banques nationales et même, dans certains cas, à presque tous les responsables des autorités publiques. Les catégories susmentionnées sont couvertes par «l'inviolabilité» (immunité d'arrestation, d'enquête, de poursuite, etc.). En conséquence de cet état des choses qui peut constituer une entrave importante à tout effort crédible de lutte contre la corruption, le GRECO a recommandé de réduire la liste des catégories professionnelles bénéficiant de «l'inviolabilité».

Il existe aussi un petit groupe de pays – situé entre les deux groupes principaux décrits ci-dessus – où l'inviolabilité est octroyée à un éventail relativement limité de personnes, tels que les chefs d'Etat, les parlementaires et certaines autres catégories d'agents publics, par exemple les juges de haut rang ou les juges en général. Le GRECO n'a pas critiqué ce dispositif.

Le respect du Principe directeur n° 6 exige de limiter au minimum les catégories de professionnels bénéficiant de l'immunité. Ainsi, les chefs d'Etat, les parlementaires (à l'exclusion des candidats au Parlement), ainsi que certains autres agents publics tels que les juges, peuvent être couverts par l'immunité. Toutefois, conformément à la pratique permanente du

GRECO, chaque membre a été évalué individuellement et, par conséquent, quelques exceptions à l'interprétation plutôt stricte du Principe général n° 6 ont été acceptées.

Le deuxième volet du Principe directeur n° 6, à savoir les procédures de levée d'immunité, a été jugé pertinent pour la plupart des pays où les immunités sont prévues pour un vaste éventail d'agents publics. Les systèmes n'ayant pas des critères objectifs pour la procédure de levée des immunités ont été considérés comme étant moins sûrs contre les risques potentiels d'exercice d'une influence personnelle ou politique induite dans le contexte des décisions relatives à la levée ou non de l'immunité dans des cas précis. Le GRECO a aussi souligné que les procédures devaient être transparentes et compréhensibles pour le grand public. Des procédures complexes, parfois exigeant plusieurs décisions prises consécutivement par différents organes – et des retards importants pour débiter des enquêtes – ont fait l'objet d'un certain nombre de recommandations du GRECO. Le respect du Principe directeur n° 6 exige donc que le processus de levée des immunités soit clair, objectif, rapide et transparent.

Respect des recommandations du GRECO

Il est encourageant de noter que, conformément à la vaste majorité des Rapports de Conformité de Premier Cycle, les recommandations concernant les immunités ont généralement été mises en œuvre, soit pleinement soit partiellement, ou traitées de manière satisfaisante. Dans un certain nombre de cas, des modifications ont été apportées à la constitution et/ou à d'autres textes législatifs pertinents. Certains pays procèdent actuellement à des changements dans ce domaine ; à l'occasion, des recommandations du GRECO ont été intégrées comme éléments-clés dans les stratégies nationales de lutte contre la corruption.

Toutefois, la réglementation relative aux immunités est traitée presque exclusivement dans les constitutions des Etats membres, ce qui complique – et souvent ralentit – la mise en œuvre des recommandations du GRECO en la matière. Le

délai de dix-huit mois accordé par le GRECO pour la mise en œuvre des recommandations peut parfois être insuffisant pour introduire des modifications constitutionnelles nécessaires.

Les recommandations du GRECO en matière d'immunités ont été assez uniformes et cohérentes pendant tout le Premier cycle d'évaluation et semblent avoir eu des effets assez importants, en limitant effectivement l'immunité concernant les enquêtes, les poursuites ou les jugements de délits de corruption, comme le prévoit le Principe directeur n° 6. Ainsi, le GRECO a pu contribuer au développement de systèmes démocratiques où des « privilèges », tels que l'immunité de la responsabilité pleine et entière en droit pénal, qu'il s'agisse de corruption ou d'autres infractions, sont accordés d'une manière plus parcimonieuse et contrôlée dans toute l'Europe.

Expérience du délit pénal de trafic d'influence en France*

Marc Segonds

Agrégé des facultés de droit, CETFI-Wesford

Armand Riberolles

Magistrat

Si la France n'est aujourd'hui pas le seul pays membre du Conseil de l'Europe à connaître l'incrimination de trafic d'influence, c'est très tôt, dès la fin du XIX^e siècle, sous la pression d'une série de scandales restés fameux dans les annales judiciaires, qu'elle a été amenée à compléter en ce sens l'arsenal législatif qui permettait depuis les codes de 1791 et 1810 de réprimer la corruption.

Aujourd'hui, dans l'ordre international, le trafic d'influence est présent dans trois conventions internationales.

Tout d'abord, la Convention pénale sur la corruption, en son article 12, impose aux Etats signataires l'incrimination du trafic d'influence publique nationale¹, étrangère² et internationale³ et ce, en sa forme active (à destination de « quiconque ») et en sa forme passive (dont le sujet peut également être « quiconque »). Cependant, l'article 37 de ladite convention autorise tout Etat à déclarer qu'il n'érigera pas en infraction

* D'abord publié dans le Dixième Rapport général d'activités du GRECO (2009) (Greco (2010) 1F Final)
[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2010/Greco\(2010\)1_GenActRep2009_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2010/Greco(2010)1_GenActRep2009_FR.pdf).

1. Par renvoi à l'article 2 qui vise les « agents publics nationaux » et à l'article 4 qui vise « les membres d'assemblées publiques nationales ».

2. Par renvoi à l'article 5 qui vise les « agents publics étrangers » et à l'article 6 qui vise « les membres d'assemblées publiques étrangères ».

3. Par renvoi à l'article 9 qui vise les « fonctionnaires internationaux », à l'article 10 qui vise « les membres d'assemblées parlementaires internationales » et à l'article 11 qui vise « les juges et (...) agents de cours internationales ».

pénale, en tout ou partie, les actes visés à l'article 12. Ensuite, la Convention des Nations Unies contre la corruption, dite Convention de Mérida invite chaque Etat partie à envisager l'incrimination du trafic d'influence publique nationale⁴ en sa forme active (à destination d'«un agent public» ou de «toute autre personne»)⁵ et en sa forme passive (dont le sujet peut également revêtir la qualité d'«agent public» ou être le fait de «toute autre personne»)⁶.

Enfin, la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption impose aux Etats signataires, tout en admettant de possibles réserves⁷, l'incrimination du trafic d'influence – dite infraction assimilée à la corruption – publique et privée⁸ nationale en sa forme active et passive dont les auteurs ne sont point qualifiés.

Si l'on s'en tient aux seuls éléments objectifs de la corruption⁹, cette dernière se définit comme l'avantage indu possédant pour contrepartie l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction. La corruption se distingue alors de la para-corruption qui se définit comme l'avantage indu possédant pour contrepartie l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte facilité par la fonction. Le trafic d'influence, quant à lui, se différencie de la corruption et de la para-corruption en ce que l'avantage indu possède pour contrepartie l'abus d'une influence réelle ou supposée afin d'obtenir une décision favorable d'une autorité tierce.

4. En qualité d'autorité tierce, seules sont visées l'«administration» ou une «autorité publique de l'Etat Partie». Cf. art. 18a) et b).

5. Cf. art. 18a).

6. Cf. art. 18b).

7. Cf. art. 24.

8. Aux termes de l'article 4 §1 f), l'autorité tierce désigne, en effet, une personne exerçant des fonctions dans le secteur public ou privé. Le secteur privé désigne, selon l'article 1^{er} de la même convention, «le secteur d'une économie nationale sous propriété privée et dans lequel l'allocation des facteurs de production est contrôlée par les forces du marché plutôt que par les pouvoirs publics, et tout autre secteur d'une économie nationale qui ne relève pas du gouvernement ou du secteur publics».

9. En laissant volontairement de côté les éléments subjectifs des délits de corruption, sujet actif et sujet passif.

En complétant les éléments objectifs du trafic d'influence par ses éléments subjectifs, l'infraction peut être envisagée en sa forme active et en sa forme passive. Sous sa forme active, le trafic d'influence désigne le fait pour quiconque de proposer, d'offrir et d'octroyer un avantage indu à un agent afin que ce dernier abuse de son influence réelle ou supposée afin d'obtenir une décision favorable d'une autorité tierce. Sous sa forme passive, le trafic d'influence désigne le fait pour un agent de solliciter, d'accepter ou de recevoir un avantage indu afin d'abuser d'une influence réelle ou supposée afin d'obtenir une décision favorable d'une autorité tierce.

De *lege ferenda*, le trafic actif d'influence peut se commettre à destination d'un agent privé ou un agent public. De même, toujours *de lege ferenda*, le trafic passif d'influence peut avoir pour auteur un agent privé ou un agent public, différence de qualité qui pourra justifier une aggravation de responsabilité selon le choix fait par le législateur.

La nécessité d'une incrimination du trafic d'influence

En droit pénal français, l'introduction du trafic d'influence a répondu à la double nécessité de réprimer des comportements qui minent la confiance publique et de respecter le principe nécessaire de l'interprétation stricte, corollaire du principe de la légalité criminelle.

Parmi les scandales qui ont défrayé la chronique judiciaire à la fin du XIX^e siècle, l'affaire la plus retentissante fut sans doute celle dite «des décorations» : plusieurs parlementaires, dont le gendre du président de la République de l'époque, monnayaient ouvertement leurs capacités d'influence pour faire accorder des décorations à des tiers. Poursuivis et condamnés en première instance pour escroquerie et corruption, ils furent finalement relaxés par la Cour d'appel de Paris, cette relaxe marquant le caractère incomplet des textes relatifs à la corruption qui ne permettaient de réprimer que le trafic des actes de la fonction et non l'influence que des personnes introduites (fonctionnaires, parlementaires ou simples particuliers)

pouvaient exercer, moyennant rémunération ou avantages, pour le compte de tiers, auprès des autorités publiques en vue de l'obtention d'une décision favorable.

Cette relaxe – commandée par le principe de la légalité criminelle – et l'émoi général qu'elle provoqua déterminèrent le dépôt de multiples propositions de lois qui donnèrent naissance à la loi du 4 juillet 1889.

Une option s'offrait au législateur français. Premier parti : créer une infraction spéciale. Second parti : assimiler le trafic d'influence à l'escroquerie ou à la corruption. Faisant œuvre de transaction, les législateurs de l'époque optèrent en faveur d'une addition à l'article 177 de l'ancien Code pénal réprimant la corruption. L'on put objecter que telle n'était point la place du trafic d'influence, l'article 177 de l'ancien Code pénal figurant dans une section intitulée «de la forfaiture et des crimes et délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions», alors que le trafic passif d'influence publique peut être le fait d'un simple particulier. L'objection n'arrêta point le législateur : préjudiciable à la confiance publique, le trafic d'influence pouvait parfaitement trouver sa place dans le titre Ier du livre III de l'ancien Code pénal consacré aux «crimes et délits contre la chose publique».

Au sein du nouveau Code pénal, le trafic d'influence publique est encore associé aux délits de corruption. Ce regroupement rédactionnel a pour avantage de faire ressortir les éléments communs des délits de corruption et de trafic d'influence – en leur forme passive, le fait de solliciter ou d'agréer un avantage indu, en leur forme active, le fait de proposer ou de céder un avantage indu – et leurs éléments de différenciation tenant à la spécificité de leurs buts¹⁰ – un acte de la fonction ou un acte facilité par la fonction, d'une part, et l'abus d'une influence, d'autre part. Dès lors, la structuration rédactionnelle de ces délits en droit français permet de constater que juridiquement ces deux délits se recoupent mais ne se confondent point.

10. Cf. Y. Mayaud, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 717.

La doctrine classique a permis de spécifier les délits de corruption publique à l'égard des délits de trafic d'influence publique. Cette dernière a fait ressortir que la loi française a entendu punir, au travers de la corruption, «*le trafic de la fonction* même et non le trafic de l'influence accessoire qu'elle donne». La corruption, telle que l'enseigne la même doctrine, «*a lieu seulement à raison d'un acte de la fonction, c'est-à-dire d'un acte qui fait partie des attributions légales de celui qui l'accomplit ou qui s'abstient de l'accomplir*»¹¹. En revanche, si la personne «*met, à prix d'argent, son influence directe ou indirecte, au service d'un solliciteur, elle abuse de sa qualité, mais non de sa fonction*»¹². Ainsi la chambre criminelle de la cour de cassation a censuré les juges du fond ayant retenu la qualification de trafic d'influence publique passive alors que l'agent considéré avait agréé un avantage indu afin de fournir des renseignements sur de futurs marchés de travaux publics. Selon la Haute juridiction, le délit de trafic d'influence exige que l'agent «*soit considéré ou se présente comme un intermédiaire dont l'influence, réelle ou supposée, serait de nature à faire obtenir un avantage ou une décision favorable d'une autorité publique ou d'une administration*»¹³. L'avantage indu n'est point la contrepartie de la décision favorable obtenue ou susceptible d'être obtenue de l'autorité publique mais uniquement de l'abus de l'influence réelle ou supposée. Le trafic d'influence concerne une «*décision favorable*» que l'auteur du délit n'est pas lui-même habilité à prendre¹⁴.

A la différence du délit de corruption publique – qui suppose que la personne corrompue ou susceptible de l'être soit revêtue de la qualité d'agent public –, le trafic d'influence «*ne suppose l'exercice d'aucune fonction*»¹⁵, de sorte qu'il peut

11. Cf. R. Garraud, *op. cit.*, p. 387, n° 1526 ; Adde A. Chauveau et H. Faustin, *Théorie du Code pénal*, 1872, 5^e éd., Tome II, p. 602. Principe de définition repris par la doctrine contemporaine : W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 6^e éd., 2005, p. 42, n° 35.

12. Cf. R. Garraud, *op. cit.*, p. 391, n° 1527.

13. Cf. Cass. crim., 1^{er} oct. 1984 : B. n° 277.

14. Cf. M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, PUF, 2000, 4^e éd., p. 294.

15. Cf. E. Garçon, *Code pénal annoté*, Sirey, 1953, Tome I, art. 177, n° 203.

indifféremment être commis activement et passivement aussi bien en présence d'agent doté ou dépourvu de la qualité d'agent public.

Le degré d'incrimination du trafic d'influence

Considéré en sa forme passive aussi bien qu'active, les pénalités attachées au trafic d'influence publique nationale diffèrent selon que le délit est le fait «de personnes exerçant une fonction publique»¹⁶ ou le fait de «particuliers»¹⁷. Dans la première hypothèse, les peines principales sont égales à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende tandis que, dans la seconde hypothèse, lesdites peines sont égales à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.

Des données recueillies par le ministère de la Justice et des libertés, il ressort que les infractions de trafic d'influence (actif ou passif, commis par des particuliers ou des agents publics) ont donné lieu en 2004 à 51 condamnations, 56 en 2005, 41 en 2006, 40 en 2007 et 20 en 2008.

S'agissant des comportements tombant sous le coup de l'incrimination, la jurisprudence en révèle la variété. On citera :

- le versement – au travers de circuits complexes – de plus de 5 millions de Deutschmarks destinés à rémunérer l'abus d'influence commis par deux ressortissants français, consistant à «aplanir» auprès de différentes administrations publiques les difficultés liées à l'exécution, par une société de droit étranger, d'un contrat lié à un marché d'armement – au profit de la société de droit étranger. Les représentants de cette dernière ont été poursuivis pour délit de trafic d'influence actif, tandis

16. Termes employés par la section contenant l'article 432-11 2^o du Code pénal, l'article considéré faisant expressément référence aux personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investi d'un mandat électif public.

17. Terme employé par la section contenant l'article 433-2 al. 1^{er} du Code pénal.

que le premier ressortissant français l'était pour trafic d'influence commis par un agent public (il possédait cette qualité à divers titres) et le second comme complice du premier (Cass. Crim., 19 mars 2008)»

- un particulier qui pensait avoir commis une infraction à la réglementation des changes, qui s'en était ouvert à un tiers, lui remettant une somme de 1 million de francs, pour «étouffer l'affaire» et user de l'influence qu'il lui supposait (Cass. Crim., 20 mars 1997);
- un particulier qui se faisait remettre diverses sommes par des candidats à l'obtention de logements sociaux, en échange de son intervention auprès d'un conseiller municipal, président d'une société d'économie mixte de logement social (Cass. Crim., 7 février 2001);
- divers responsables de sociétés privées, qui en exécution d'accords préalables, avaient reçu des fonds d'entreprises ayant obtenus des marchés publics, pour rémunérer leur intervention auprès des élus chargés de les attribuer, appartenant à des partis politiques financés par les sociétés dirigées par les prévenus (Cass. Crim., 16 décembre 1997).

Concernant l'abus d'influence au détriment des organisations internationales publiques, à compter de la loi du 13 novembre 2007, le fait, en contrepartie d'un avantage indu, d'abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public au sein d'une organisation internationale publique est incriminé et ce, sous sa forme passive et active.

Considérée en sa forme passive, la répression du trafic d'influence publique internationale ne diffère pas selon que le délit est le fait d'une personne exerçant une fonction publique ou d'un particulier. Les peines principales édictées par l'article 435-2 du Code pénal sont en toute hypothèse de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Considérée en sa forme active, la répression du trafic d'influence publique internationale ne diffère pas non plus selon qu'il se réalise à destination d'une personne exerçant une fonction publique ou d'un particulier. Les peines principales édictées par l'article 435-4 du Code pénal sont identiques à celles portées par l'article 435-2 du Code pénal.

Le législateur français s'est cependant refusé à incriminer l'abus d'influence commis au détriment d'un Etat étranger, entérinant de la sorte la jurisprudence française¹⁸ mais en contrariété avec les dispositions de l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption à propos desquelles la France a entendu formuler une réserve d'application¹⁹. Des travaux préparatoires relatifs à la loi du 13 novembre 2007, il résulte que le refus du législateur français repose sur le double motif, d'une part, que le délit de trafic d'influence n'est pas reconnu par le droit de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe et qu'il est préférable de ne pas exposer les entreprises françaises à des distorsions de concurrence face à des entreprises ressortissantes de pays n'appliquant pas les mêmes règles et, d'autre part, la difficulté de faire la part des choses entre du simple lobbying et ce qui s'apparente à du trafic d'influence²⁰.

Les arguments avancés peuvent ne pas convaincre puisque, non seulement, le trafic d'influence n'est pas incriminé par le seul droit français – plus des trois quarts des Etats ayant ratifié la Convention pénale sur la corruption connaissent le délit de trafic d'influence – mais, également, ainsi que l'a souligné le rapporteur de l'Assemblée nationale, « l'absence de distinction suffisamment claire entre les "apporteurs d'affaires" et les personnes trafiquant de leur influence pourrait sans doute être levée si une nomenclature précise de l'entremise commerciale

18. Cf. CA Paris, 15 fév. 1941 : RSC 1941, p. 192, obs. Hugueney.

19. Cf. J. Lelieur, La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption : quelles avancées du droit français par rapport aux exigences du droit international : Dr. pén. 2008, étude 25, n° 13.

20. A propos de l'ensemble de ces discussions, cf. M. Segonds, A propos de la onzième réécriture des délits de corruption, D. 2008, p. 1068, sp. p. 1073 n° 30.

pouvait être établie»²¹. Il n'y a en effet pas lieu de craindre que l'activité de lobbying soit fragilisée par l'existence de l'incrimination de trafic d'influence. Le lobbying n'est pas destiné à influencer un choix de façon occulte et moyennant finance, mais à délivrer de l'information et à faire œuvre de conviction auprès d'un décideur public en toute transparence. Dès lors que l'activité du lobbyiste sera clairement encadrée et ne sera pas perçue comme « une activité de l'ombre », la question de sa frontière avec le trafic d'influence ne devrait plus constituer un obstacle à l'incrimination de trafic d'influence en direction d'un agent public étranger.

C'est là sans doute un enjeu à la hauteur du développement des échanges internationaux qui incite à la conquête de nouveaux marchés par tous les moyens, dans ce domaine aussi, la décision publique devant demeurer impartiale et ne pas encourir le soupçon. Les obstacles considérés ne sont donc point insurmontables.

21. Cf. Hunault, Rapport A.N., n° 243, p. 38.

Sponsoring et corruption : l'approche allemande*

Prof. Dr Thomas Rönnau

*Titulaire d'une chaire de droit pénal, droit pénal
en matière économique et droit de la procédure pénale
Bucerius Law School, Hambourg*

Ramona Francuski, LL.B.

*Collaboratrice scientifique auprès de cette chaire
Bucerius Law School, Hambourg*

Introduction

Jeux Olympiques de Vancouver, coupe du monde de football en Afrique du Sud, championnat d'Europe de handball en Autriche : ces trois grands événements sportifs de l'année 2010 ont amplement donné aux entreprises l'occasion de se présenter au public comme sponsors et donc comme des «entreprises citoyennes». Le sponsoring est aujourd'hui un volet largement accepté de l'activité des entreprises. Une étude menée par le bureau d'étude de marché américain IEG laisse entrevoir l'importance économique de cette forme d'engagement privé, notamment pour les entreprises : selon cette étude, les dépenses mondiales pour le sponsoring du sport, de la culture et du divertissement se sont montées à 46,3 milliards de dollars en 2010 (*IEG Sponsorship Report* en date du 04/01/2011) – et la tendance est à hausse. Par contre, ce n'est que tout récemment que le sponsoring a commencé à prendre de l'importance en tant que nouvelle forme de coopération entre les entreprises commerciales et le secteur public.

* D'abord publié dans le Onzième Rapport général d'activités du GRECO (2010) (Greco (2011) 1F Final).
[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2011/Greco\(2011\)1_Act.Report2010_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2011/Greco(2011)1_Act.Report2010_FR.pdf).

Ainsi, le sponsoring des produits pharmaceutiques et médicaux au bénéfice de cliniques ou de facultés de médecine est considéré comme particulièrement sensible depuis la décision de la Cour fédérale de justice (BGH) dans l'affaire dite des valves cardiaques (BGHSt 47, 295). Au-delà des effets souhaités en termes de promotion, ce système de financement peut toutefois inciter à la corruption. Sous couvert de sponsoring, il est en effet plus facile de tirer parti de l'appât du gain des décideurs dans le but d'influencer leurs actions futures au profit du sponsor. Chaque système juridique national doit donc se poser la difficile question de savoir où sont les limites entre le sponsoring autorisé et un comportement répréhensible.

Après avoir défini le concept de «sponsoring», nous exposerons brièvement la manière dont il est traité en droit pénal allemand et montrerons les problèmes qui en découlent.

Point de départ: qu'est le sponsoring ?

A première vue, la notion de sponsoring recouvre de multiples aspects et paraît difficile à appréhender. Pour tenter néanmoins de déterminer dans quelles circonstances le sponsoring est susceptible de tomber sous le coup du droit pénal, il convient dans un premier temps d'expliquer en quoi il consiste, tout en précisant les concepts auxquels il fait appel.

Au sens «classique», on entend aujourd'hui par sponsoring «les dons en espèces ou en nature effectués par une entreprise dans le but de soutenir des personnes, des groupes et/ou des organisations dans les domaines sportif, culturel, confessionnel ou dans d'autres domaines revêtant une importance socio-politique équivalente, lorsque ces dons répondent en même temps à des objectifs de publicité ou de relations publiques de l'entreprise en question (BGHSt 47, 187, 193). Par contre, les dons consentis à des établissements à but non lucratif ainsi que le mécénat ne supposent généralement aucune contrepartie directe et obéissent plutôt à des motifs altruistes. Pour éviter de restreindre notre analyse en raison d'une simple question de définition, nous aurons recours à une conception plus large du sponsoring, allant au-delà des contrats de sponsoring au

sens «classique» – qui englobent la recherche de financements tiers pour la recherche scientifique – pour s'étendre aussi aux dons (aux partis politiques) et aux donations dans le cadre d'un mécénat.

Parmi toutes les pratiques relevant du sponsoring, les actions dites «d'hospitalité» occupent une place à part. Dans le cas de figure habituel, le sponsor fait un don à l'organisateur d'une manifestation sportive ou culturelle, qui lui donne en contrepartie l'opportunité de mener des actions publicitaires. Par contre, s'agissant de «l'hospitalité commerciale», le destinataire de l'avantage n'est pas l'organisateur de la manifestation mais une personne étrangère à l'accord de sponsoring, qui est susceptible d'exercer une influence positive ou négative sur des décisions concernant le sponsor invitant. Bien que le cas de figure soit différent, ces invitations de décideurs seront – lorsqu'elles sont intégrées à des opérations de sponsoring – considérées dans le présent contexte comme des mesures de sponsoring.

Analyse selon le droit pénal allemand

Normes pénales applicables

Afin d'appréhender le statut du sponsoring ainsi défini au regard du droit pénal allemand, il convient de faire brièvement le point sur les règles pénales applicables.

Si l'on se place tout d'abord dans la perspective du détenteur de biens effectuant des dons – il s'agit la plupart du temps d'une entreprise –, la question qui se pose est celle de la responsabilité pénale des dirigeants pour abus de confiance en vertu de l'article 266 du Code pénal (StGB) du fait des prestations de sponsoring provenant du patrimoine de l'entreprise. Cette responsabilité doit être retenue lorsqu'une personne à laquelle incombe la gestion des biens d'autrui (administrateur) manque délibérément à ce devoir et porte ainsi intentionnellement atteinte aux biens dont la gestion lui a été confiée. L'élément déterminant pour la constatation du préjudice est que la diminution du patrimoine de l'entreprise

n'est pas compensée par un apport de valeur égale, c'est-à-dire que le sponsoring ne constitue pas une relation «donnant, donnant» équilibrée.

Par contre, si les sommes versées dans le cadre du sponsoring donnent lieu à une contrepartie adéquate, ces faits peuvent facilement tomber sous le coup d'une sanction pénale pour corruption d'agent public, en vertu des articles 331 et suivants du Code pénal, ou pour corruption active ou passive dans le contexte de transactions commerciales, en vertu de l'article 299 du Code pénal. Ces dispositions partent en effet du principe qu'il y a échange d'un avantage en contrepartie d'un acte matériel concret de l'agent public (articles 332 et 334 du Code pénal) ou de l'exercice normal de ses fonctions (article 331 et 333 Code pénal) ou d'un traitement de faveur déloyal «lors de l'achat de marchandises ou de prestations commerciales» (article 299 du Code pénal), cet échange étant un élément constitutif implicite de l'infraction «d'entente illicite».

La déductibilité fiscale des dons prévue par l'article 10*b* de la loi relative à l'impôt sur le revenu (EstG), l'article 9, al. 1, n° 2, de la loi relative à l'impôt sur les sociétés (KStG) et l'article 9, n° 5, de la loi régissant la taxe professionnelle (GewStG) et le fait qu'elle vaille donc légitimation et soutien du sponsoring en tant que tel de la part du législateur ne changent rien à ce dilemme fâcheux pour les intéressés.

Par conséquent, le soutien financier des arts, de la science, du sport et des organismes sociaux en Allemagne se place dans un contexte où les risques pénaux sont souvent difficiles à évaluer.

Problématiques pénales relatives aux délits indiqués

Nous analyserons ici plus en détail la zone d'ombre qui sépare l'influence illicite (passible de sanctions pénales) et le sponsoring socialement reconnu – et même vivement souhaité en raison de la réduction des moyens publics.

L'abus de confiance en vertu de l'article 266 du Code pénal

S'agissant de l'abus de confiance, la difficulté est d'établir le nécessaire constat que la personne tenue de gérer les biens a

manqué à ses obligations. L'auteur n'agit en violation de ses obligations que lorsqu'un acte contractuel ou réel accompli dans le cadre de ses obligations sort du champ des pouvoirs dont il jouit en vertu du rapport juridique particulier qui le lie au mandant.

Le point de départ pour conclure au manquement de l'organisme directeur d'une société à ses devoirs dans le cas de prestations de sponsoring sera la matérialité de la contribution financière, qui doit s'analyser en une dilapidation de biens sociaux. Toutefois, la décision de parrainer des établissements ou des événements est une décision d'entreprise et les personnes investies du pouvoir de décision disposent en principe à cet égard d'une marge de manœuvre relativement grande (voir notamment BGHSt 50, 331, 336 – «Mannesmann»). Cette marge de manœuvre se justifie par le fait que les décisions d'entreprise se prennent en général sur la base d'une évaluation prospective globale des chances et des risques, laquelle est sujette, compte tenu de son caractère de pronostic, à des erreurs d'appréciation qui n'apparaissent qu'après coup. Les limites de la liberté d'action de l'entreprise sont essentiellement déterminées par les normes du droit civil (droit civil accessoire en cas de manquement aux obligations). Mais une infraction civile ne constitue pas à elle seule un manquement aux obligations au sens de l'article 266 du Code pénal; bien plus, pour la Cour fédérale de justice, une sanction pénale ne peut être prononcée en matière de sponsoring que s'il y a eu manquement «grave» aux obligations (par exemple BGHSt 47, 187; 47, 148). Pour définir plus concrètement les contours de cette responsabilité – controversée quant à sa portée et à l'élément fondant l'incrimination – la Cour fédérale de justice a énoncé toute une série de critères dans l'arrêt de principe rendu dans l'affaire «SSV Reutlingen» (BGHSt 47, 187, 197): elle a ainsi retenu que les pouvoirs internes sont outrepassés en cas «de rapport insuffisant avec l'objet de la société, d'inadéquation par rapport aux résultats et au patrimoine, de manque de transparence au sein même de l'entreprise ainsi que de motivation injustifiée, notamment la poursuite de préférences purement personnelles». En tout état de cause, si

tous ces critères sont réalisés, il convient, selon la Cour fédérale de justice, de conclure à un manquement «grave» aux obligations, punissable au sens de l'article 266 du Code pénal.

Le doute persiste néanmoins quant au poids à donner à ces différents critères dans l'analyse d'ensemble qu'il convient de faire d'une situation donnée. Le fait de recourir à un ensemble d'indices pour résoudre le problème montre bien les difficultés pratiques qui se posent lorsqu'il s'agit de délimiter clairement l'abus de confiance en matière de sponsoring.

En matière de préjudice, la Cour fédérale de justice est consciente que les retombées publicitaires et l'effet sur l'image de marque escomptés lors d'une opération de sponsoring «ne peuvent pas toujours se chiffrer et ne peuvent certainement pas être représentés au bilan» (BGHSt 47, 187, 194), et qu'une compensation approximative est donc suffisante. Si des doutes subsistent, ces derniers bénéficient à l'inculpé – *in dubio pro reo*.

Corruption d'un agent public en vertu de l'article 331 et suivants du Code pénal

Par ailleurs, les intéressés s'exposent à une sanction pénale pour corruption en vertu de l'article 331 et suivants du Code pénal lorsqu'un agent public se voit proposer, promettre ou accorder, pour lui ou pour le compte d'un tiers, un avantage en échange d'un acte matériel concret (en violation de ses obligations) (articles 332 et 334 du Code pénal) ou de l'exercice normal de ses fonctions (articles 331 et 333 du Code pénal) ou si cet agent sollicite, se fait promettre ou accepte un tel avantage.

a. Difficultés liées à la notion «d'avantage»

En matière de sponsoring, les premières difficultés apparaissent avec la notion d'avantage. Dans le droit pénal allemand, est considéré par principe comme avantage toute prestation à laquelle l'agent public n'a pas droit et qui améliore objectivement sa situation financière, juridique ou même seulement personnelle.

Des ambiguïtés peuvent surgir lorsqu'une prestation de sponsoring en faveur d'un agent public (ou d'un tiers) fait l'objet d'une rétribution appropriée. Ainsi, la première chambre civile de la Cour fédérale de justice, compétente en matière de concurrence, a estimé que le fait qu'un photographe ait mis un ordinateur à la disposition d'une école et qu'il ait pu, en contrepartie, mener une activité photographique dans le cadre scolaire en utilisant des locaux mis à sa disposition à cet effet ne constituait pas un avantage (au profit d'un tiers) au sens des articles 331 et suivants du Code pénal en raison du rapport équilibré entre la prestation et sa contrepartie (BGH NJW 2006, 225, 228). La question des conséquences d'une telle contrepartie est également d'actualité dans le contexte de la recherche de financements tiers pour la recherche universitaire étant donné que les projets de recherche sont conduits et financés sur la base de contrats. Selon l'opinion prédominante dans la littérature pénale et la jurisprudence – voir par exemple l'appréciation pénale que la Cour d'appel de Celle a faite dans l'affaire de l'activité photo en milieu scolaire évoquée ci-dessus (OLG Celle, NJW 2008, 164) – la simple conclusion d'un contrat de sponsoring (et, en tout état de cause, son exécution) constitue un avantage relevant de la corruption, l'agent public n'étant pas habilité à conclure un tel contrat.

Néanmoins, s'agissant de la recherche de financements tiers, la jurisprudence, par une interprétation restrictive du fait constitutif objectif, rejette dans un deuxième temps la sanction pénale dans la mesure où les dispositions légales, les règlements administratifs et les règles procédurales en vigueur ont été respectés (sur le principe BGHSt 47, 295, 303). Cette idée peut aussi être utilement appliquée au sponsoring dans l'administration publique générale : entre-temps, l'Etat fédéral et les Länder ont publié des directives relatives au sponsoring (p. ex. le « Règlement administratif général relatif au soutien des activités de l'Etat fédéral par des prestations du secteur privé (sponsoring, dons et autres donations) » de l'année 2003 ; pour les détails de ce règlement, voir Schröder, NJW 2004, 1353 ff.) qui satisfont aux exigences de la Cour fédérale de justice. Ainsi, pour les décisions relatives au sponsoring dans

l'administration publique, les directives fédérales imposent surtout une approche transparente, une sélection objective et impartiale entre plusieurs sponsors, une limitation de la contrepartie due par les services publics et le respect de certaines démarches procédurales (p. ex. annotations dans le dossier, accord des instances supérieures). En plus des dispositions abstraites, le Règlement administratif mentionne aussi des exemples concrets de sponsoring admissible, comme « le financement total ou partiel d'un appareil par une association de soutien » ou « l'organisation de manifestations dans le cadre de la politique éducative, culturelle et sportive dans le pays et à l'étranger ». Ces prescriptions offrent au moins une aide aux agents, le cas échéant.

b. Utilisation d'indices dans le cadre d'accords illicites

L'élément central de toute infraction en matière de corruption est « l'accord illicite ». En règle générale, c'est sur cette base qu'une action est jugée passible ou non d'une sanction. En droit pénal allemand, l'élément caractéristique d'un accord constitutif d'un acte de corruption est le rapport entre le fait de donner et le fait de prendre ; les deux parties doivent concevoir leur prestation respective comme objet d'échange pour la prestation de l'autre (« *do ut des* » – « Je donne pour que tu donnes »). L'avantage proposé doit donc être considéré comme l'équivalent d'un acte matériel concret de l'agent public ou de l'exercice normal de ses fonctions (cf. « en contrepartie » selon les termes des articles 331 et suivants du Code pénal).

La question de fond est cependant de savoir si c'est effectivement le but poursuivi ; la limite entre ce qui est encore permis et ce qui constitue déjà un acte délictueux est établie – en tout cas lorsqu'un accord illicite « informel » suffit, comme c'est le cas en vertu des articles 331 et 333 du Code pénal – en fonction des circonstances de l'espèce, notamment au vu de la situation globale des intérêts des parties. Pour ce faire, une importance particulière est accordée à l'existence plausible d'autres objectifs, à la position de l'agent public et aux liens entre le donateur de l'avantage et les fonctions de cet agent,

à la façon de procéder pendant l'offre (en particulier le secret ou la transparence de la transaction) ainsi qu'à la nature, à la valeur et au nombre des avantages – au vu du dispositif de l'arrêt de la Cour fédérale de justice dans l'affaire «Utz Claassen – EnBW» (BGHSt 53, 6, 16 f.). Même le style de vie particulier du donataire est pour partie pris en compte. Là encore, comme dans le cas de l'abus de confiance, la jurisprudence a recours, dans le cadre des infractions en matière de corruption, à une série d'indices qui ne permet qu'à grand peine d'établir la difficile distinction entre un acte permis et un acte interdit ; la prévisibilité d'un acte relevant du droit pénal – qui est une règle constitutionnelle indispensable à tout un chacun pour déterminer sa conduite – n'est alors souvent plus garantie.

Les limites de ce qui est admissible sont particulièrement floues en ce qui concerne l'hospitalité commerciale évoquée plus haut (cf. BGHSt 53, 6 ff.). Il est certes tout à fait admissible d'inviter des agents publics de haut rang en tant que représentants de l'Etat à des manifestations culturelles ou sportives et d'en rehausser ainsi le prestige. L'exercice de fonctions publiques est souvent impérativement lié à la représentation ; le don n'est alors pas effectué «afin d'obtenir» que la fonction publique soit exercée : il est le «moyen» par lequel elle est exercée. Mais si le titulaire de la fonction publique concerné est en même temps chargé du contrôle ou de la surveillance administrative d'une entreprise ou s'il existe d'autres rapports avec des activités entrepreneuriales (par exemple pour la délivrance de permis de construire), l'invitation de l'entreprise est alors à la limite de la légalité. Dans ce type de cas, il reste à déterminer à partir de quel moment on peut estimer qu'il s'agit de l'exercice autorisé d'un devoir de représentation exempt de toute trace de corruption. En tout état de cause, le doute est toujours de mise lorsque les invitations ne concernent pas des manifestations de la vie publique mais sont destinées aux loisirs des agents publics concernés.

Comme dans le cas de l'abus de confiance, les critères élaborés par la jurisprudence en matière de corruption sont

convaincants et offrent au moins des indications pour procéder aux distinctions nécessaires. Toujours est-il que le nombre important d'indices et leur imprécision amène, dans les cas concrets, à des solutions qui relèvent plutôt de la casuistique. Au final, il revient largement au juge du fond de tracer les limites, ce qui met les parties concernées dans l'impossibilité d'évaluer avec certitude la légalité de leurs actes.

Corruption active et passive dans le contexte de transactions commerciales en vertu de l'article 299 du Code pénal

Un autre obstacle pour le sponsoring est représenté par les éléments constitutifs des infractions de corruption active et passive dans les relations commerciales en vertu de l'article 299 du Code pénal. Parallèlement à l'aide financière qu'elles apportent aux établissements du secteur public, les entreprises soutiennent aussi souvent des associations de droit privé – pour l'essentiel dans le domaine du sport et de la culture. En conséquence, la question des risques que comportent ces actes au regard du droit pénal se pose également. L'article 299 du Code pénal – de même que les articles 331 et suivants – englobe le côté actif et le côté passif d'une entente constitutive d'un acte de corruption. Mais contrairement à la corruption d'un agent public, les dispositions de cet article exigent que l'avantage soit accordé à un salarié ou à un mandataire d'une entreprise commerciale (ou à un tiers) en échange d'un traitement de faveur déloyal dans l'achat de marchandises ou de prestations de services. L'illégalité de l'accord ne tient donc pas au lien entre l'avantage et l'exercice de la fonction – au sens large du terme – comme aux articles 331 et 333 du Code pénal, mais uniquement à une faveur illicite dans une future décision commerciale concrète. La portée pénale est donc nettement plus restreinte pour les décisions commerciales que pour les offres constitutives de corruption faites aux agents publics ; ainsi, l'octroi d'avantages – ce qui recouvre aussi les invitations –, destinés à entretenir de bonnes relations commerciales, est admis sans problème dans le secteur privé. L'existence d'un accord illicite prise au sens strict implique que le contrat de

sponsoring soit étroitement lié à un traitement préférentiel tangible, tel que l'octroi d'un contrat sur lequel le sponsor a déposé une offre. De même, le principe de « concurrence loyale » étant juridiquement beaucoup moins sensible, les montants jugés socialement admissibles et donc, l'importance des dons, sont aussi nettement plus élevés dans le domaine commercial²².

Conclusion

En Allemagne, le sponsoring privé – bien que souhaité, en principe, au moment même où les caisses publiques sont vides – court des risques non négligeables de sanction pénale compte tenu des éléments constitutifs des infractions d'abus de confiance et de corruption. Le vaste champ d'application des dispositions applicables contraint les juges à distinguer un comportement pénalement répréhensible d'un comportement socialement acceptable au moyen de séries d'indices affinées au fil des affaires. Cette situation est préjudiciable à un droit pénal digne d'un Etat de droit, qui se doit en particulier d'être prévisible. Même un sponsor de bonne foi a du mal à définir sa ligne de conduite ; la seule solution qui s'offre à lui est de tenir compte du plus grand nombre possible d'indices établissant la légalité de sa démarche. Cette situation juridique fait souvent obstacle à un sponsoring mutuellement profitable. Seul le législateur ou des directives solides d'autres organes, dont le respect permettrait d'exclure toute sanction pénale, peuvent remédier à cette situation.

22. Cela étant, l'article 299 du Code pénal crée dans de nombreux domaines une infraction difficilement justifiable sur la base de l'interprétation traditionnelle – par exemple dans le cas de la négociation de rabais par un salarié pour son patron en tant que tiers.

Le contrôle indépendant du financement des partis*

Patricia Peña Ardanaz

*Consultante sur le financement des partis
pour le Troisième cycle d'évaluation*

Introduction

Le lien entre le financement politique et la corruption est de longue date, pour les pays du monde entier, un sujet de préoccupation qu'un certain nombre d'évolutions récentes ont porté sur le devant de la scène : l'augmentation du coût des campagnes électorales, les craintes concernant les influences abusives sur les décisions politiques, les liens croissants avec les problèmes généraux de corruption touchant la classe politique et les gouvernements et, dans le même temps, une plus forte demande du public en matière de transparence et de responsabilité politiques. A cet égard, les organes de contrôle jouent un rôle central dans l'identification, le suivi et le traitement des pratiques de corruption liées au financement politique.

Ayant entrepris de relever ces défis, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation Rec(2003)4 sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales, qui sert de base à l'un des deux thèmes du Troisième cycle d'évaluation du GRECO²³. En vertu de l'article 14 de la recommandation, « les Etats devraient prévoir la mise en place d'un système de contrôle indépendant du financement des

* D'abord publié dans le Neuvième Rapport général d'activités du GRECO (2008) (Greco (2009) 1F Final).

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2009/Greco\(2009\)1_ActRep2008_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2009/Greco(2009)1_ActRep2008_FR.pdf).

23. Pour plus de détails, voir les paragraphes 4-6 du présent rapport.

partis politiques et des campagnes électorales [et] le système de contrôle indépendant devrait comporter la vérification des comptes des partis politiques et des dépenses des campagnes électorales, ainsi que leur présentation et leur publication.»

Le Troisième Cycle d'évaluation du GRECO est déjà bien engagé, des rapports d'évaluation ayant été adoptés²⁴ concernant dix Etats membres (l'Estonie, la Finlande, l'Islande, la Lettonie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, la République Slovaque, la Slovénie et le Royaume-Uni). Ces rapports, de même que les autres évaluations en cours – sur l'Albanie, la Belgique, le Danemark, la France, l'Espagne, la Suède et la Norvège – reflètent la quasi-totalité des questions et des pratiques relatives au contrôle indépendant du financement politique et servent utilement de base pour tirer des enseignements sur la lutte contre la corruption liée au financement des activités politiques.

Des solutions « sur mesure »

Les premières évaluations de ce Troisième Cycle font clairement apparaître qu'il n'existe pas de modèle unique pour la surveillance de la réglementation sur le financement politique. Les Etats membres du GRECO ont des approches diverses en matière de contrôle, avec des degrés variables d'indépendance vis-à-vis des acteurs gouvernementaux ou politiques. Chacune de ces approches a ses avantages et ses inconvénients. Elles ont cependant pour dénominateur commun que l'efficacité du contrôle dépend étroitement du niveau général de transparence du financement politique.

Dans plusieurs Etats, les activités de suivi sont de la responsabilité des administrations. Lorsqu'il existe un financement public des partis politiques et des élections, le suivi relève souvent de la compétence du ministère des Finances, du ministère de l'Intérieur ou d'un organe similaire. Il porte alors surtout, le plus souvent, sur les obligations de justification des dépenses publiques et n'est pas pleinement indépendant vis-à-vis du

24. A la fin 2008.

gouvernement. Le suivi peut aussi être assuré par d'autres organes publics. Les organes supérieurs de vérification des finances publiques et les autorités fiscales exercent leurs activités avec un certain degré d'impartialité et d'autonomie, et ont une bonne pratique du suivi dans le secteur public, les dispositions législatives qui leur sont applicables se recouvrant partiellement. Le plus souvent, lorsqu'il existe des organes ou des mécanismes de suivi, la personne chargée de ce suivi est cependant un ministre appartenant au parti politique au pouvoir. Dans ces conditions, le mécanisme de suivi n'est pas véritablement indépendant ; il y a par exemple un risque – réel et perçu – que la réglementation sur le financement des campagnes soit utilisée pour favoriser le parti au pouvoir en harcelant ou en sanctionnant les partis d'opposition. Cela a pour effet de compromettre la crédibilité et l'efficacité des activités de surveillance.

D'autres pays confient à leurs organes législatifs un rôle de contrôle, s'appuyant sur la fonction d'examen et de supervision des parlementaires ou membres d'assemblées électives. La législation relative au financement électoral peut exiger, entre autres dispositions, que les comptes du financement des campagnes électorales et des partis politiques soient déposés auprès du Parlement, soumis au président de l'Assemblée ou examinés par une commission d'élus composée des différents partis. Les organes législatifs sont considérés comme exprimant la volonté des citoyens et peuvent offrir un certain degré d'indépendance par rapport aux administrations. Cette approche présente toutefois un inconvénient : les élus sont en fait responsables de leur propre réglementation, ce qui peut donner lieu à des conflits d'intérêts. On peut ainsi penser que rien n'encourage les élus – pas même ceux de l'opposition – à étudier attentivement les questions de financement politique, de sorte que les faits de corruption peuvent ne jamais être découverts.

Dans d'autres pays, le système judiciaire joue un rôle essentiel dans le contrôle indépendant du financement politique. Une cour des comptes ou un tribunal électoral peuvent examiner

les affaires relatives au financement des partis politiques et des campagnes électorales et déterminer si le droit électoral est respecté. Le système judiciaire, s'il fonctionne convenablement, peut constituer le moyen le plus sûr de garantir un examen juste et équitable en droit. Si les tribunaux généraux, dans certains pays, bien qu'étant parfois des institutions relativement rigides, traitent souvent d'affaires très diverses, il peut être difficile de mettre en place des systèmes où ces tribunaux examinent tout l'éventail des affaires liées au financement politique en plus de leurs fonctions judiciaires de base. En revanche, les cours des comptes, qui disposent souvent des compétences, des ressources et du personnel spécialisés nécessaires pour mener des enquêtes, peuvent avoir dans certains pays la capacité de surveiller efficacement le financement politique.

Ces dernières années, de nombreux Etats membres du GRECO ont entrepris de confier à un organe permanent indépendant la surveillance du financement politique. Cet organe est le plus souvent une commission, qui remplit également une mission plus générale de gestion des processus électoraux, comprenant par exemple l'enregistrement des partis politiques et des candidats, les activités de sensibilisation des électeurs et la préparation/organisation des élections. Leur indépendance peut prendre des formes diverses : personnel non partisan, financement direct sur le budget central, aucun lien avec l'administration ni rattachement à un ministère donné, grande autonomie budgétaire (souvent accompagnée, toutefois, de critères de transparence stricts et d'une obligation rigoureuse de justification des dépenses). Les organes de lutte contre la corruption – parfois comparables à des organes répressifs et plus ou moins indépendants – sont aussi une option appréciée, en raison de la capacité de ces mécanismes à établir des liens entre des aspects interdépendants de la corruption, de leur fonction de « chien de garde » et de leur rôle de renforcement de la transparence et de l'obligation de rendre compte, en particulier dans les sphères économique et politique. Pour pouvoir remplir leur rôle efficacement, les commissions électorales (ou instances similaires) et les organes de lutte contre

la corruption doivent être à l'abri de toute influence politique ; cela peut être difficile et les agents de tels organes, y compris à un haut niveau, sont parfois soumis à d'intenses pressions – sur le plan professionnel et personnel – de la part de sources d'influence externes. Ils peuvent aussi être exposés aux changements d'orientations en cas d'alternance politique. Dans certains cas, cela peut aller jusqu'à l'abrogation de la législation en vigueur ou l'introduction de nouvelles dispositions limitant radicalement leur fonction de surveillance. L'obligation, pour les partis politiques, de faire contrôler leurs comptes par des commissaires aux comptes indépendants contribue aussi utilement au système de contrôle visant à renforcer la discipline financière et réduire les possibilités de corruption.

Bien que la mise en place de mécanismes ou d'organes de suivi exige normalement l'adoption d'une réglementation, et qu'on observe actuellement à l'échelle mondiale une tendance au renforcement de la réglementation du financement politique en général, il est à noter que certains pays – y compris des Etats membres du GRECO – ont choisi pour l'instant de ne pas suivre cette voie. Leurs positions, fondées sur leurs traditions historiques et culturelles, reposent sur leur vision des partis politiques en tant qu'entités privées, sur lesquelles les pouvoirs publics n'exercent aucune autorité ni aucun contrôle, et sur le droit fondamental des individus au respect de la confidentialité de leurs appartenances politiques en général et de leurs contributions financières à des partis politiques en particulier. Ce sont aussi, fréquemment, des pays dont l'administration connaît une longue tradition de transparence et d'obligation de rendre compte, mais qui ne se sont dotés d'aucun régime légal spécifique aux partis politiques et aux candidats aux élections. Néanmoins, face aux appels de plus en plus nombreux, tant au niveau international que national, en faveur d'une plus grande formalisation de la divulgation d'informations, l'une des approches retenues a été d'encourager les partis politiques à conclure des accords sur la divulgation volontaire d'informations. Dans de tels systèmes, le plus difficile est de trouver un juste équilibre entre, d'un côté, l'attachement légitime à l'indépendance des partis politiques et des candidats

aux élections ainsi qu'à l'intégrité de leurs partisans et, de l'autre, la volonté tout aussi légitime du public de savoir plus précisément pour qui il vote.

Facteurs d'un suivi indépendant efficace

L'efficacité des mécanismes de suivi dépend, d'une manière générale, d'un certain nombre de facteurs interdépendants.

Parmi ces facteurs, l'impartialité est le plus important. L'organe chargé de contrôler le financement des partis politiques et des campagnes électorales doit être à l'abri de toute influence politique afin de préserver sa crédibilité et son capital-confiance auprès de l'opinion. Une des voies possibles, à cette fin, est d'adopter une approche délibérément apolitique, en veillant à ce que les membres des organes de contrôle n'aient aucun lien direct avec un parti politique ; dans d'autres cas, il a été choisi de créer des structures de gouvernance pluralistes, au sein desquelles aucun parti ne prévaut sur les autres et où, dans l'idéal, les décisions sont prises par consensus. Quelle que soit l'approche retenue, il est essentiel de disposer de procédures pour la transparence et l'obligation de rendre compte en matière de nomination et de révocation des hauts responsables chargés de contrôler le financement des activités politiques. Plusieurs rapports du GRECO ont signalé l'existence de problèmes à cet égard. Etant donné que des organes de suivi véritablement indépendants et impartiaux peuvent, en complément de leur fonction principale, jouer un rôle consultatif, par exemple pour conseiller les partis politiques sur la manière de respecter la réglementation sur le financement et la justification des dépenses, cette approche préventive peut être particulièrement utile dans les systèmes où les réglementations sont vastes et complexes.

Les organes de suivi, pour être efficaces, doivent avoir un mandat clair. Ce point pose divers problèmes dans les Etats membres du GRECO. Dans un certain nombre de pays, la fonction de suivi est contestée par des acteurs étatiques et non étatiques (par exemple des partis politiques) du fait d'insuffisances de la législation ou de divergences quant à son

interprétation. Dans d'autres cas, les mandats sont contestés et aucune organisation ne peut revendiquer un rôle prépondérant dans le suivi du financement politique. Les responsabilités étant ainsi partagées entre les autorités fiscales, les agents de cours des comptes, le ministère des Finances, le ministère de l'Intérieur, etc., cela aboutit souvent à un résultat a minima : chaque organisme fait le strict minimum requis pour remplir ses obligations légales, mais il n'y a aucun moyen efficace de coordonner les activités de suivi et de garantir que tous les aspects du financement des activités politiques soient couverts. Certains des systèmes de suivi les plus efficaces sont ceux qui donnent à un organisme unique un mandat général comprenant la supervision de tous les aspects du financement politique. Le contrôle des comptes annuels des partis politiques ne fournit pas à lui seul une image complète du financement des activités politiques. La détection des faits de corruption nécessite un mécanisme de contrôle de grande envergure, compétent pour surveiller les donations, les recettes et les dépenses des partis et des candidats lors des campagnes électorales, ainsi que celles des organisations et « tierces parties » ayant un lien avec eux.

Les organes de suivi ne peuvent remplir un tel mandat qu'à la condition d'être dotés de compétences et de ressources adéquates pour ce faire, par exemple le pouvoir d'exiger des partis politiques et des candidats qu'ils soumettent des informations supplémentaires, d'avoir accès à des informations détenues par d'autres organes (banques, médias, administration fiscale), de mener des audits et/ou des investigations approfondis et d'arrêter des décisions contraignantes. Les organes de suivi doivent aussi disposer de procédures et de sanctions efficaces et souples leur permettant de faire d'elles-mêmes exécuter leurs décisions et pouvoir, si nécessaire, saisir les autorités judiciaires compétentes.

L'insuffisance des ressources financières et humaines est une des raisons le plus souvent citées pour expliquer la sous-performance des organes de surveillance, que le suivi soit assuré par une commission électorale, un organe d'audit, un

organe de lutte contre la corruption, une commission parlementaire ou un service gouvernemental. Tous ces organes doivent disposer de suffisamment de personnels ayant la qualification et l'expérience nécessaires pour mener des contrôles de conformité, identifier les risques et rendre compte de leurs conclusions. Surveiller le financement des campagnes électorales, en particulier les dépenses réelles, demande à la fois du temps et de l'argent. Pour contrôler les comptes convenablement, les organes de suivi ne peuvent se borner à donner un aval de pure forme aux livres de comptes des partis et des candidats. Ils doivent au contraire prendre le temps d'examiner attentivement les registres des partis, vérifier que les dépenses et recettes déclarées correspondent à des reçus et des factures et consulter d'autres sources d'information sur les recettes et les dépenses (par exemple le compte rendu des activités de campagne donné par les médias et la société civile, les données indépendantes sur les campagnes de publicité).

Ici aussi, on observe de grandes différences entre les Etats membres du GRECO : certains pays ont mis en place des organes de suivi dotés de services et de secrétariats permanents, tandis que d'autres s'appuient sur des dispositifs informels prévoyant l'affectation ponctuelle de quelques agents dans des services temporaires afin de mener des contrôles de conformité, habituellement autour des seules périodes d'élections. Un suivi efficace requiert un financement organisationnel et des procédures stables et prévisibles ainsi qu'une autonomie budgétaire suffisante, autant d'éléments qui permettent une planification des travaux et une utilisation souple des ressources humaines et autres. Dans la pratique, les retards de financement ont très rapidement pour résultat que le contrôle de conformité est incomplet ou différé, ce qui réduit fortement l'impact des activités de surveillance sur la corruption en matière de financement politique.

Conclusions

Les gouvernements sont confrontés aujourd'hui à un problème majeur : ils doivent disposer d'un cadre concret leur permettant

de régler efficacement le financement des partis politiques et des campagnes électorales, afin de préserver et de renforcer la confiance de l'opinion publique concernant cet aspect important du processus électoral. Le suivi indépendant tient à cet égard une place essentielle.

Ces vingt dernières années, de nombreux pays se sont dotés d'une nouvelle constitution et de lois sur les élections et les partis politiques. Plusieurs évaluations du Troisième Cycle notent que de nouveaux cadres législatifs sur le financement des activités politiques ont été élaborés ou adoptés récemment. C'est là un constat encourageant, qui montre que les Etats membres du GRECO sont de plus en plus nombreux à voir dans la corruption en matière de financement politique un problème préoccupant.

Néanmoins, la relative nouveauté de la réglementation du financement des activités politiques présente aussi un certain risque que des erreurs soient commises et que des difficultés imprévues surviennent, à mesure que les connaissances et les pratiques se multiplient au niveau international. Il y a souvent une différence considérable entre le cadre juridique permettant la divulgation d'informations et sa mise en œuvre effective. Les résultats de la première tranche des évaluations de Troisième Cycle du GRECO confirment que bon nombre d'Etats, bien qu'ayant promulgué de nombreuses lois, ne disposent pas de mécanismes de suivi et d'exécution efficaces. Les nouveaux systèmes de suivi présentent souvent des lacunes et des carences non anticipées, dues en partie à une incapacité à s'inspirer des pratiques passées pour définir leur orientation. Les dispositions juridiques concernées devront très probablement être modifiées dans un avenir proche afin d'être compatibles avec la recommandation du Conseil de l'Europe évoquée dans l'introduction et de se conformer aux recommandations spécifiques qui résulteront du Troisième Cycle d'évaluations nationales du GRECO.

Dans cet environnement en mutation constante, il est important de se rappeler que, si tous les organes de suivi efficaces ont certaines caractéristiques communes, il n'existe pas de

système de financement des activités politiques qui pourrait être transposé d'un pays à un autre. La réglementation et les structures organisationnelles doivent s'appuyer sur les traditions constitutionnelles, juridiques et démocratiques propres à un pays donné et garantir, surtout, un niveau de transparence suffisant. Si ces conditions peuvent être réunies, les efforts visant à combattre la corruption en matière de financement des activités politiques auront bien plus de chances de porter leurs fruits.

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