



Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption *

Strasbourg, 27.I.1999

I. Introduction

1. La corruption n'a jamais cessé d'exister depuis l'Antiquité ; c'est l'un des types de comportement les plus répréhensibles, et en même temps les plus répandus qui entrave la bonne gestion des affaires publiques. Certes, au fil du temps, les us et coutumes, ainsi que les circonstances historiques et géographiques, ont considérablement modifié la sensibilité du public à l'égard d'une telle pratique. Les citoyens ne lui ont pas toujours accordé la même importance ni la même attention. Cette variabilité de l'attitude du public envers la corruption se reflète dans la manière dont celle-ci a été traitée dans les lois et règlements. Il y a eu, dans l'histoire, des périodes au cours desquelles certaines pratiques corrompues ont été considérées comme licites, les peines encourues étaient relativement légères ; ou bien, le plus souvent, elles n'étaient pas appliquées. En Europe, le Code Napoléon de 1810 peut être considéré comme un point de repère à partir duquel on a institué définitivement des sanctions sévères pour lutter contre la corruption dans la vie publique; et ce, que les actes visés soient ou non contraires aux obligations officielles de leur auteur. Ainsi, avec l'émergence, au 19^e siècle, de l'administration publique moderne, les abus commis par les agents publics dans l'exercice de leurs fonctions étaient désormais considérés comme de nature à compromettre gravement la confiance des citoyens en la probité et l'impartialité de l'administration.

2. Malgré la longue histoire de la corruption et l'ampleur apparente du phénomène dans la société d'aujourd'hui, on a eu quelque difficulté à dégager une définition commune et il a été pertinemment affirmé qu'une définition de la corruption, quelle qu'elle soit, ne trouverait jamais le même degré d'acceptation dans tous les pays. Pendant plusieurs années, un certain nombre de définitions ont été examinées au sein de différentes assemblées et instances ; mais la communauté internationale n'a pas réussi à s'entendre au sujet d'une définition qui puisse recueillir l'assentiment général. En revanche, les organismes internationaux ont préféré concentrer leur attention sur la définition de certaines formes de corruption, telles que «versements illicites» (ONU), «corruption de fonctionnaires étrangers lors de transactions commerciales internationales» (OCDE), «corruption impliquant des agents des Communautés européennes ou des fonctionnaires d'Etats membres de l'Union européenne» (U.E.).

3. Même si la communauté internationale n'a pas encore trouvé de définition unique applicable à la corruption en tant que telle, il existe, semble-t-il, un consensus pour qualifier de «corrompues» certaines pratiques politiques, sociales ou commerciales. Mais la propension à qualifier telle ou telle pratique de «corrompue» varie d'un pays à l'autre et n'implique pas qu'elle tombe nécessairement sous le coup de la législation pénale.

(*) Le traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Par conséquent, à partir de cette date, toute mention de la Communauté économique européenne doit être lue comme l'Union européenne.

4. Plus récemment, la préoccupation et l'intérêt croissants manifestés un peu partout pour ces questions ont suscité des réactions nationales et internationales. A partir du début des années 90, la corruption a toujours fait les gros titres des journaux. Bien qu'elle ait toujours été présente dans l'histoire de l'humanité, on la voit aujourd'hui envahir les colonnes des journaux et des ouvrages juridiques de nombreux Etats dans le monde, quel que soit leur régime économique ou politique. Les pays d'Europe occidentale, centrale et orientale, ont été littéralement ébranlés par des scandales de corruption à grande échelle et certains de ces pays considèrent aujourd'hui que la corruption représente l'une des menaces les plus graves pour la stabilité des institutions démocratiques et le fonctionnement de l'économie de marché.

5. Tout cela montre la nécessité, pour les gouvernements et les parlements, de prendre la corruption au sérieux. Le fait que la corruption soit abondamment commentée dans certains Etats et pas du tout dans d'autres ne veut nullement dire qu'elle n'est pas présente dans les Etats du deuxième groupe ; en effet, aucun système de gouvernement et aucune administration n'est à l'abri de la corruption. Dans les pays qui ne soufflent mot de la corruption, de deux choses l'une : ou bien celle-ci n'existe pas (ce qui semble improbable dans la plupart des cas) ou bien elle est organisée si efficacement qu'elle n'éveille aucun soupçon. Dans certains cas, le silence qui entoure les activités entachées de corruption est simplement le résultat de la résignation des citoyens devant un phénomène largement répandu. Dans de telles situations, la corruption cesse d'être considérée comme un comportement criminel inacceptable, passible de sanctions sévères, pour devenir une pratique normale, ou du moins un mal nécessaire ou toléré. Dans les cas extrêmes de corruption endémique, c'est la survie de l'Etat qui est en jeu.

II. Le travail préparatoire

6. A leur 19e conférence, tenue à la Valette en 1994, les ministres européens de la Justice ont estimé que la corruption représente une grave menace pour la démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'homme. Le Conseil de l'Europe, qui est la principale institution européenne ayant vocation à défendre ces valeurs fondamentales, a été invité à réagir à cette menace. Les ministres se sont déclarés convaincus que la lutte contre la corruption doit avoir un caractère multidisciplinaire; il est nécessaire, selon eux, de légiférer dans ce domaine dès que possible. A leur avis, une lutte efficace contre la corruption passe par un renforcement de la coopération transfrontalière interétatique, mais aussi de la coopération entre Etats et institutions internationales – grâce à la mise en oeuvre de mesures coordonnées au niveau européen, mais aussi au-delà de l'Europe, ce qui implique la participation d'Etats non-membres du Conseil de l'Europe. Les ministres de la Justice ont recommandé au Comité des Ministres la création d'un groupe multidisciplinaire sur la corruption. Ce groupe, qui serait placé sous la responsabilité du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et du Comité européen de coopération juridique (CDCJ), aurait pour tâche d'examiner quelles mesures on pourrait inclure dans un programme d'action au niveau international, et aussi d'étudier la possibilité d'élaborer des lois ou des codes de conduite types, y compris des conventions internationales, sur cette question. Les ministres ont souligné l'importance de mettre en place un mécanisme de suivi, afin de veiller au respect des engagements contenus dans ces instruments.

7. A la lumière de ces recommandations, le Comité des Ministres a établi en septembre 1994 le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC) et il lui a donné mandat d'examiner quelles mesures on pourrait inclure avec profit dans un programme international d'action contre la corruption. En outre, le GMC a adressé au Comité des Ministres, avant la fin de 1995, un certain nombre de propositions concernant les priorités et les structures de travail, en tenant dûment compte des travaux poursuivis par d'autres organisations internationales. En même temps, le GMC a été invité à étudier la possibilité de rédiger des lois ou des codes de conduite types dans certains domaines, y compris la possibilité d'élaborer une convention internationale en la matière, ainsi que la possibilité de mettre en place un mécanisme de suivi, afin de veiller au respect des engagements contenus dans ces instruments.

8. Le GMC a commencé ces travaux en mars 1995 et il a établi un projet de programme d'action contre la corruption ; cet ambitieux document couvre tous les aspects de la lutte internationale contre ce phénomène. Ce projet de programme a été soumis au Comité des Ministres, lequel, après en avoir pris note en janvier 1996, a invité le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) à exprimer leur avis ; en attendant, les ministres ont autorisé le GMC, dans le cadre d'un mandat intérimaire, à entreprendre certaines des actions visées dans le programme en question, par exemple la préparation d'un ou plusieurs instruments internationaux.

9. En définitive, le Comité des Ministres a adopté le programme d'action en novembre 1996. Il a chargé le GMC de le mettre en oeuvre avant le 31 décembre 2000. Le Comité des Ministres s'est félicité, en particulier, de l'intention du GMC d'élaborer prioritairement une ou plusieurs conventions internationales contre la corruption, ainsi qu'un mécanisme de suivi visant à assurer le respect des engagements contenus dans ces instruments ou dans tout autre instrument juridique existant dans ce domaine. Le mandat attribué au GMC stipule que le CDPC et le CDCJ doivent être consultés au sujet de tout projet de texte juridique concernant la corruption, et qu'on doit tenir compte du point de vue de ces organes.

10. Le mandat du GMC est le suivant :

« Sous la responsabilité du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et du Comité européen de coopération juridique (CDCJ),

– élaborer prioritairement une ou plusieurs conventions internationales contre la corruption, ainsi qu'un mécanisme de suivi visant à assurer le respect des engagements contenus dans ces instruments ou dans tout autre instrument juridique en la matière ;

– élaborer prioritairement un projet de code de conduite européen pour les agents publics

– après consultation du/des comité(s) directeur(s) approprié(s), entreprendre, organiser ou promouvoir des projets de recherche, des programmes de formation, ainsi que des échanges au niveau national et international, concernant des cas concrets de corruption et les moyens utilisés pour la combattre ;

– mettre en oeuvre les autres parties du programme d'action contre la corruption en tenant compte des priorités qui y sont énoncées ;

– prendre en considération les activités d'autres organisations et instances internationales, afin de définir une approche cohérente et coordonnée ;

– consulter le CDCJ et/ou le CDPC au sujet de tout projet de texte juridique concernant la corruption, et tenir compte de son/de leurs points de vue. »

11. Les ministres ayant participé à la 21^e Conférence des ministres européens de la Justice, tenue à Prague en juin 1997, ont exprimé leur préoccupation devant les nouvelles tendances de la criminalité ; ils se sont inquiétés, notamment, du caractère organisé, sophistiqué et transnational de certaines activités criminelles. Ils ont affirmé leur conviction selon laquelle la lutte contre le crime organisé implique nécessairement une réponse adéquate à la corruption ; et ils ont souligné que la corruption représente une menace considérable pour l'Etat de droit, la démocratie, les droits de l'homme, l'équité et la justice sociale ; elle freine le développement économique et compromet la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société. En conséquence, les ministres ont recommandé qu'on accélère la mise en oeuvre du programme d'action contre la corruption et que, dans cet esprit, on intensifie les efforts tendant à adopter sous peu, entre autres, une convention

pénale prévoyant l'incrimination coordonnée des infractions de corruption, ainsi que l'amélioration de la coopération dans la répression de telles infractions. Ils ont également recommandé au Comité des Ministres de faire en sorte que les instruments internationaux pertinents prévoient la mise en place d'un mécanisme de suivi, ouvert aux Etats membres comme aux Etats non-membres du Conseil de l'Europe, sur un pied d'égalité.

12. Lors de leur 2e Sommet, tenu à Strasbourg les 10 et 11 octobre 1997, les chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe ont décidé de rechercher des réponses communes aux difficiles problèmes posés par le développement de la corruption et du crime organisé. Les chefs d'Etat et de gouvernement ont adopté un plan d'action qui tend à promouvoir la coopération dans la lutte contre la corruption, y compris ses liens avec le crime organisé et le blanchiment de l'argent ; dans ce plan d'action, il charge le Comité des Ministres, entre autres, d'adopter des principes directeurs qui devront recevoir application dans le domaine des législations et des pratiques nationales ; le Comité des Ministres se voit également invité à conclure rapidement les travaux d'élaboration d'instruments juridiques internationaux, conformément au Programme d'action du Conseil de l'Europe contre la corruption, et à établir sans délai un mécanisme approprié et efficace pour veiller au respect des principes directeurs et à la mise en oeuvre des instruments juridiques mentionnés.

13. A sa 101e session, le 6 novembre 1997, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté les 20 Principes directeurs pour la lutte contre la corruption. Déterminés à lutter contre la corruption par des efforts communs de leurs pays, les ministres ont convenu, entre autres, d'assurer une incrimination coordonnée de la corruption nationale et internationale (Principe 2) ; de faire en sorte que les personnes chargées de la prévention, des enquêtes, des poursuites et de la sanction des infractions de corruption bénéficient de l'indépendance et de l'autonomie nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, soient libres de toute influence incompatible avec leur statut, et disposent de moyens adéquats pour obtenir des preuves, assurer la protection des personnes qui aident les autorités à lutter contre la corruption, et sauvegarder le secret de l'instruction (Principe 3) ; de prendre des mesures appropriées en vue de la saisie et de la confiscation des produits de la corruption (Principe 4) d'empêcher que des personnes morales ne servent d'écran pour dissimuler des infractions de corruption (Principe 5); de favoriser la spécialisation de personnes ou organismes chargés de la lutte contre la corruption, et de leur accorder les moyens et la formation nécessaires à l'exercice de leurs fonctions (Principe 7) ; de développer la coopération internationale la plus large possible dans tous les domaines de la lutte contre la corruption (Principe 20).

14. En outre, le Comité des Ministres a chargé le GMC de conclure rapidement l'élaboration d'un instrument juridique international, conformément au Programme d'action contre la corruption, et de lui soumettre sans délai un projet de texte proposant la mise en place d'un mécanisme approprié et efficace pour veiller au respect des principes directeurs et à la mise en oeuvre des instruments juridiques internationaux à adopter.

15. Lors de sa 102e session (5 mai 1998), le Comité des Ministres a adopté la Résolution (98) 7, portant autorisation de créer le «Groupe d'Etats contre la corruption - GRECO» sous la forme d'un accord partiel et élargi. Dans cette résolution, le Comité des Ministres invite les Etats membres, ainsi que les Etats non membres ayant participé à l'élaboration de l'accord, à notifier au Secrétaire Général leur intention de rejoindre le GRECO, étant entendu que l'accord instituant le GRECO sera considéré comme ayant été adopté le jour où quatorze Etats membres du Conseil de l'Europe auront procédé à cette notification.

16. L'accord instituant le GRECO et contenant son statut a été adopté le 5 mai 1998. Le GRECO est un organe ayant vocation à suivre, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles, l'application des principes directeurs pour la lutte contre la corruption et la mise en oeuvre des instruments juridiques internationaux qui seront adoptés en application du Programme d'action contre la corruption. La qualité de membre à part entière du GRECO est réservée aux Etats qui participent pleinement au processus d'évaluation mutuelle et qui acceptent de faire l'objet d'une évaluation.

17. Le GRECO a été conçu comme un mécanisme de suivi souple et efficace, qui contribuera au développement d'un processus dynamique pour prévenir et combattre la corruption. En vertu de l'accord, participent au GRECO, sur un pied d'égalité, d'une part les Etats membres et, d'autre part, les Etats non membres ayant participé à l'élaboration de l'accord ainsi que d'autres Etats non membres ayant été invités à se joindre à l'accord.

18. Conformément aux objectifs définis par le Programme d'action et sur la base du mandat intérimaire visé au paragraphe 8 ci-dessus, le groupe de travail du GMC sur les aspects pénaux de la corruption (GMCP) a entrepris l'élaboration d'un projet de convention pénale en février 1996. Entre février 1996 et novembre 1997, le GMPC a tenu dix réunions et procédé à deux lectures complètes du projet de convention. En novembre 1997, il en a transmis le texte au GMC pour examen.

19. A sa 11^e réunion plénière (novembre 1997), le GMC a commencé l'examen du projet de texte soumis par le GMCP. Il a poursuivi ce travail à sa 12^e réunion (janvier 1998), à sa 13^e réunion (mars 1998) et à sa 14^e réunion (septembre 1998). En février 1998, le GMC a consulté le CDPC sur la première version du projet de convention. Le Bureau du CDPC, après avoir consulté par écrit les chefs de délégation auprès du CDPC, a formulé un avis sur le projet de texte en mars 1998 (voir annexe II, document CDPC-BU (98) 3. Lors de sa 13^e réunion (mars 1998), le GMC a tenu compte des points de vue exprimés par le CDPC et il a, à cette occasion, finalisé le texte de la deuxième version provisoire. Le CDPC ayant exprimé le souhait d'être consulté à nouveau au sujet de la version définitive, le CMG a décidé de transmettre au CDPC le texte de la deuxième version provisoire. En outre, compte tenu de la demande adressée le 11 février 1998, par le Président de l'Assemblée parlementaire, au Président en exercice des Délégués des Ministres, le GMC a transmis au Comité des Ministres, afin qu'il puisse accéder à cette demande, le texte de la deuxième version provisoire. A la 628^e réunion des Délégués des Ministres (avril 1998), le Comité des Ministres a décidé de consulter l'Assemblée parlementaire au sujet du projet de convention ; et il a chargé le GMC d'examiner les avis formulés par l'Assemblée et par le CDPC.

20. Lors de sa 47^e session plénière, le CDPC a donné officiellement son avis sur le projet de convention. L'Assemblée parlementaire, quant à elle, a adopté son avis pendant la troisième partie de sa session de 1998, en juin 1998. Conformément à son mandat, le GMC a examiné les deux avis lors de sa 14^e réunion plénière, en septembre 1998. A cette occasion, il a approuvé le texte définitif, qu'il a soumis au Comité des Ministres. A sa 103^e session au niveau ministériel (novembre 1998), le Comité des Ministres a adopté la convention, a décidé de l'ouvrir à la signature le 27 janvier 1999 et a autorisé la publication du présent rapport explicatif.

III. La Convention

21. La convention a principalement pour objet de développer des normes communes en ce qui concerne certaines infractions de corruption ; toutefois, elle ne donne pas de définition uniforme de la corruption. De surcroît, elle traite de questions de fond et de questions de forme, qui sont étroitement liées à ces infractions de corruption ; et elle vise également à améliorer la coopération internationale. L'expérience récente montre que cette coopération rencontre deux types de difficultés dans la répression des affaires de corruption transnationales, et plus particulièrement dans la répression de la corruption d'agents publics étrangers ; la première difficulté a trait à la définition des infractions de corruption (il y a souvent divergence, ici, en raison de la référence à la notion d'«agent public» dans les législations nationales) ; l'autre difficulté tient aux voies de la coopération internationale ; en effet, des obstacles procéduraux, et parfois politiques, retardent ou empêchent la poursuite des délinquants. En harmonisant la définition des infractions de corruption, on satisfera à l'exigence de double incrimination dans les Parties à la convention ; de leur côté, les dispositions concernant la coopération internationale visent à faciliter la communication directe et rapide entre les autorités nationales compétentes.

22. La Convention de l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne (acte du Conseil du 26 mai 1997), définit la corruption active comme «le fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage de quelque nature que ce soit à un fonctionnaire, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction» (article 3). La définition de la corruption passive suit la même orientation.

23. Pour sa part, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (adoptée au sein de l'OCDE le 17 décembre 1997) définit la corruption active comme «le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.»

24. Le GMC a commencé ses travaux sur la base de la définition provisoire suivante : «La corruption à laquelle a trait le travail du GMC du Conseil de l'Europe comprend les commissions occultes et tous autres agissements qui impliquent des personnes investies de fonctions publiques ou privées, qui auront violé leurs devoirs découlant de leur qualité de fonctionnaire public, d'employés privés, d'agents indépendants ou d'une autre relation de ce genre, en vue d'obtenir des avantages illicites de quelque nature que ce soit, pour eux-mêmes ou pour autrui.»

25. Le but de cette définition était de veiller à ce qu'aucune matière ne soit exclue de l'activité du GMC. Si bien une telle définition ne correspondait pas nécessairement à la définition juridique de la corruption proposée dans la plupart des Etats membres, et surtout pas à celle qu'en donne le droit pénal; elle avait le mérite de ne pas cantonner indûment la discussion dans des limites trop étroites. A mesure que progressait l'élaboration du texte de l'actuelle convention, cette définition générale donnait naissance à plusieurs définitions opérationnelles communes de la corruption, susceptibles d'être transposées dans les législations nationales même si, dans certains, il peut s'avérer nécessaire de modifier certaines lois nationales. On peut souligner, à cet égard, que la présente convention, outre qu'elle contient une définition consensuelle de la corruption, tant passive qu'active, qui sert de base à diverses formes d'incrimination, définit également d'autres formes de comportement corrompu, telles que la corruption dans le secteur privé et le trafic d'influence, qui sont étroitement liées à la corruption proprement dite et sont couramment considérées comme autant de formes spécifiques de la corruption. Ainsi, l'une des principales caractéristiques de la convention est son large champ d'application, qui reflète l'approche globale du Conseil de l'Europe; en effet, la corruption menace les valeurs démocratiques, l'Etat de droit, les Droits de l'Homme et le progrès social et économique.

IV. Commentaires

CHAPITRE I – TERMINOLOGIE

Article 1 – Terminologie

26. Trois expressions seulement sont définies à l'article 1, toutes les autres notions étant traitées à l'endroit approprié dans le rapport explicatif.

27. Les rédacteurs de la présente Convention ont souhaité couvrir, dans la mesure du possible, toutes les catégories d'agents publics afin d'éviter des lacunes dans l'incrimination de la corruption dans le secteur public. Cela ne signifie cependant pas nécessairement que les Etats doivent modifier leur définition générale « d'agent public ». Concernant la référence à la « loi nationale », il doit être noté que l'intention des rédacteurs de la Convention était

d'imposer des obligations aux Parties Contractantes en vertu de cette Convention seulement dans la mesure où elles sont compatibles avec leur Constitution et les principes fondamentaux de leur système juridique y, compris, le cas échéant, les principes relatifs au fédéralisme.

28. L'expression «agent public», qui est utilisée dans les articles 2 et 3, ainsi que dans l'article 5, renvoie à ces dispositions. Le paragraphe a de l'article 1 définit le concept d'«agent public» par référence à la définition d'un fonctionnaire ou d'un officier public, d'un maire, d'un ministre ou d'un juge, telle qu'elle est appliquée dans le droit national, aux fins de la législation pénale de l'Etat. La priorité est donc donnée à la définition pénale. Dès lors qu'un agent public de l'Etat de poursuite est impliqué, la définition nationale en vigueur dans cet Etat est applicable. Cependant, l'expression «agent public» devrait inclure les «maires» et «les ministres». Dans beaucoup de pays les maires et les ministres sont assimilés à des agents publics, aux fins de l'application des infractions pénales commises dans l'exercice de leurs fonctions. La référence expresse faite à ces personnes dans l'article 1, paragraphe a, vise à empêcher que ne subsiste la moindre lacune qui risquerait d'exclure du champ d'application de la présente convention des personnages publics d'une telle importance.

29. L'expression «agent public» englobe également, aux fins de la Convention, les «juges», qui sont inclus dans le paragraphe b comme les personnes, élues ou non élues, qui exercent des fonctions judiciaires. Cette notion doit être interprétée le plus largement possible: l'élément décisif, ici, ce n'est pas le titre officiel de la personne, mais le caractère judiciaire des fonctions qu'elle exerce. Il va de soi que les procureurs entrent dans le champ de cette définition, bien que dans certains Etats ils ne soient pas considérés comme faisant partie de «la magistrature». Les membres de la magistrature – juges et, dans certains pays, procureurs – constituent une autorité indépendante et impartiale, distincte du pouvoir exécutif. Il est clair que la définition contenue dans le paragraphe a de l'article 1 est à considérer uniquement sous l'angle de la présente convention et requière des Parties Contractantes qu'elles considèrent ou traitent les juges et les procureurs en tant qu'agents publics uniquement aux fins d'application de la présente Convention.

30. Lorsque l'une des infractions de la Convention concerne un agent public d'un autre Etat, l'article 1 paragraphe c s'applique. Cela signifie que la définition nationale en vigueur dans cet Etat est applicable. Lorsqu'un agent public d'un autre Etat est impliqué, la définition donnée par la législation de cet Etat n'est pas nécessairement déterminante lorsque la personne concernée n'aurait pas eu le statut d'agent public selon la législation de l'Etat de poursuite. Cela découle du paragraphe c de l'article 1, selon lequel un Etat peut décider que les infractions de corruption impliquant des agents publics d'un autre Etat ne visent que les agents dont le statut est compatible avec celui des agents publics nationaux régis par la législation de l'Etat de poursuite. Cette référence au droit national de l'Etat de l'agent public signifie qu'on peut tenir dûment compte des situations nationales spécifiques concernant le statut des personnes qui exercent des fonctions publiques.

31. L'expression «personne morale» est utilisée à l'article 18 (responsabilité des personnes morales). Là encore, la convention ne donne pas de définition autonome, mais renvoie aux législations nationales. Le paragraphe d de l'article 1 permet aux Etats d'utiliser leur propre définition de la «personne morale», que cette définition s'inscrive dans le droit des sociétés ou dans le droit pénal. Toutefois, s'agissant des infractions de corruption active, le paragraphe exclut expressément du champ de la définition l'Etat où d'autres entités publiques représentatives de la puissance publique, telles que les ministères ou les organes des pouvoirs locaux, ou encore les organisations internationales publiques comme le Conseil de l'Europe. L'exception renvoie aux différents niveaux de gouvernement: Etat, entités régionales ou locales exerçant des prérogatives de puissance publique. La raison en est que les responsabilités des entités publiques sont soumises à une réglementation spécifique habituellement incorporés dans le droit administratif ou, dans le cas d'organisations internationales publiques, dans des accords ou des traités. L'exception susvisée n'a pas pour but d'exclure la responsabilité des entreprises publiques. Un Etat contractant peut, néanmoins, aller au delà en ce qui concerne l'application de sanctions pénales ou administratives à l'égard des entités publiques. Il va sans dire que cette disposition ne limite

en aucune façon la responsabilité des personnes employées par les différents organes de l'Etat du chef des infractions de corruption passive visées aux articles 3 à 6 et 9 à 12 de la présente convention.

CHAPITRE II – MESURES A PRENDRE AU NIVEAU NATIONAL

Article 2 – Corruption active d'agents publics nationaux

32. L'article 2 définit les éléments de la corruption active d'agents publics nationaux. Il vise à assurer, en particulier, le bon fonctionnement de l'administration, c'est-à-dire à faire en sorte que celle-ci fonctionne de manière transparente, équitable, impartiale et dans le respect de l'intérêt général; en même temps, l'article a pour but de préserver la confiance des citoyens en leur administration et de protéger les fonctionnaires eux-mêmes vis-à-vis des manoeuvres dont ils pourraient être la cible. La définition de la corruption active donnée par l'article 2 s'inspire des définitions nationales et internationales de la corruption, par exemple celle qui est contenue dans le protocole à la Convention de l'Union européenne sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (article 3). Dans la théorie et la pratique du droit pénal actuel ainsi que dans l'esprit des auteurs de la Convention, cette infraction est le pendant de la corruption passive – deux actes qui sont cependant considérés comme des infractions distinctes, pouvant donner lieu à des poursuites séparées. Il apparaît que les deux types de corruption sont, en général, les deux faces d'un même phénomène, avec d'un côté la personne qui offre, promet ou donne l'avantage, et de l'autre côté la personne qui accepte l'offre, la promesse ou le don. Toutefois, dans la plupart des cas, le «corrompu» n'est pas accusé d'être complice du «corrupteur», ni le corrupteur du corrompu.

33. A plusieurs reprises la convention se réfère à la définition donnée dans l'article 2. C'est le cas, par exemple, dans les articles 4, 5, 6 et 9, sans oublier la double référence contenue dans l'article 10. Ces dispositions ne réitèrent pas les éléments de fond mais étendent à de nouvelles catégories de personnes la responsabilité pénale du chef de corruption active.

34. Aux termes de l'article 2, l'infraction de corruption active correspond nécessairement à un acte intentionnel ; et il faut que l'élément intentionnel s'étende à tous les autres éléments de fond constitutifs de l'infraction. L'intention doit être liée à un résultat ultérieur, à savoir un acte que l'agent public doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir, en fonction de l'intention du corrupteur. Peu importe, cependant, que l'agent public ait effectivement agi ou se soit abstenu d'agir conformément à l'intention du corrupteur.

35. Le corrupteur peut être n'importe qui, et agir à n'importe quel titre (homme d'affaires, agent public, personne privée, etc.). Toutefois, si le corrupteur agit pour le compte, ou au nom, d'une entreprise, celle-ci peut également être tenue pour responsable en tant que personne morale (article 18). Cependant, la responsabilité de l'entreprise n'exclut nullement les poursuites pénales contre la personne physique (paragraphe 3 de l'article 18). La personne corrompue doit être un agent public, au sens de l'article 1 (a); peu importe, à cet égard, que l'avantage indu bénéficie à l'agent lui-même ou à quelqu'un d'autre.

36. Les éléments matériels de l'infraction sont le fait de promettre, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, un avantage indu à l'agent lui-même ou à un tiers. Ces trois agissements du corrupteur sont légèrement différents les uns des autres. «Promettre» peut, par exemple, correspondre à des situations où le corrupteur s'engage à donner un avantage indu ultérieurement – en général, une fois seulement que l'acte qu'il a demandé à l'agent public a été accompli – ou lorsque le corrupteur et le corrompu se sont entendus pour que le corrupteur fournisse l'avantage indu ultérieurement. Le fait d'«offrir» peut correspondre à des situations où le corrupteur manifeste qu'il est décidé à donner l'avantage indu à tout moment. Enfin, le fait de «donner» peut correspondre à des situations où il remet l'avantage indu. D'ailleurs, l'avantage en question n'est pas nécessairement donné directement à l'agent public : il peut être aussi donné à un tiers tel qu'un membre de sa famille, une organisation à laquelle l'agent public appartient, le parti politique auquel il adhère. Lorsque l'offre, la promesse ou le don est adressé à un tiers, l'agent public doit au moins, à un moment, en

avoir eu connaissance. Indépendamment du fait que la personne ayant reçu ou bénéficié de l'avantage indu soit l'agent public lui-même ou un tiers, la transaction peut impliquer un ou plusieurs intermédiaires.

37. Ces avantages indus sont généralement d'ordre économique ou financier ; mais ils peuvent également avoir un caractère non matériel. L'important, c'est que le corrupteur (ou un tiers, par exemple un parent) voie sa position s'améliorer par rapport à celle qu'il connaissait avant l'infraction ; et ce qui importe également, c'est qu'il s'agisse d'une amélioration qui ne lui était pas due. Ces avantages indus peuvent revêtir diverses formes: argent, vacances, prêts d'argent, nourriture et boissons, accélération du traitement d'un dossier, meilleures perspectives de carrière, etc.

38. La question de savoir ce qui constitue un avantage «indu» aura une importance fondamentale pour l'incorporation de la convention dans le droit interne. Le terme «indu» doit être interprété, aux fins de la Convention, comme désignant quelque chose que le bénéficiaire n'est pas légalement habilité à accepter ou recevoir. Pour les auteurs de la Convention, l'adjectif «indu» vise à exclure les avantages qui sont admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables.

39. Les dispositions de certains Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de corruption établissent une distinction selon que l'agent public, lorsqu'il commet l'acte pour lequel on l'a sollicité, outrepassé ou non ses fonctions. Il y a lieu de souligner, à cet égard, les travaux menés au sein du GMC en vue de l'élaboration d'un Code européen modèle pour les agents publics qui précisera les devoirs professionnels et les normes de conduite des agents publics et ce dans le but de prévenir la corruption. Du point de vue du droit pénal, si un agent reçoit un avantage pour agir conformément aux devoirs de sa fonction, il y aurait déjà là matière à infraction pénale. Si l'agent agit en transgressant certaines règles ou de façon arbitraire, il sera responsable d'une infraction plus grave. Mais s'il s'agit d'un dossier dont il n'aurait pas dû s'occuper – par exemple, s'il s'agit d'une autorisation qui n'aurait pas dû être donnée - l'agent devra répondre d'une forme de corruption plus grave, qui est généralement passible d'une peine plus lourde. Toutefois, un tel élément supplémentaire de «violation du devoir» n'a pas été jugé nécessaire aux fins de la convention. Les auteurs de la convention ont estimé que l'élément décisif de l'infraction n'est pas le point de savoir si l'agent avait ou non le pouvoir d'agir conformément au souhait du corrupteur, mais le point de savoir si on lui a effectivement offert, donné ou promis une commission occulte pour obtenir quelque chose de lui. Peut-être, d'ailleurs, le corrupteur ignorait-il, lors de son acte, si l'agent avait ou non le pouvoir de faire ce qu'il lui demandait; cet élément est sans importance aux fins de cette disposition. Ainsi, la convention vise à préserver la confiance des citoyens en l'équité de l'Administration, confiance qui serait gravement compromise par des pratiques de corruption, même si l'on admet que l'agent aurait agi de la même manière sans le pot-de-vin. Dans un Etat démocratique, les fonctionnaires sont, en règle générale, rémunérés sur les budgets publics, et non pas directement par les citoyens ou par des sociétés privées. La notion de «violation du devoir» ajoute un élément d'ambiguïté qui rend plus difficile la répression de cette infraction; il faut en effet prouver que l'on attendait de l'agent public qu'il agisse à l'encontre de son devoir, ou qu'il exerce son pouvoir au profit du corrupteur. Par conséquent, les Etats qui requièrent, en matière de corruption, un tel élément supplémentaire devront faire en sorte qu'ils puissent appliquer la définition de la corruption énoncée à l'article 2 de la convention sans porter atteinte à son objectif.

Article 3 – Corruption passive d'agents publics nationaux

40. L'article 3 définit la corruption passive d'agents publics. Cette infraction étant étroitement liée à la corruption active, certains commentaires formulés au sujet de cette dernière, par exemple en ce qui concerne l'élément moral et l'avantage indu, s'appliquent également ici. L'auteur de l'acte visé dans l'article 3 ne peut être qu'un agent public au sens de l'article 1a. Les éléments matériels de son acte incluent le fait de solliciter ou de recevoir un avantage indu ou d'en accepter l'offre ou la promesse.

41. Le terme «solliciter» peut par exemple désigner un acte unilatéral consistant, pour l'agent public à faire comprendre à une personne, explicitement ou implicitement, qu'il lui faudra payer pour obtenir l'établissement ou le non-établissement de tel acte officiel. Peu importe que la demande ait été ou non suivie d'effet; elle constitue en soi le corps du délit. De même, il est indifférent que l'agent public ait sollicité l'avantage indu pour lui-même ou pour un tiers.

42. Le terme «recevoir» peut par exemple désigner le fait, pour l'agent public ou pour une autre personne (conjoint, collègue, organisation, parti politique etc.), d'«empocher» effectivement l'avantage pour son compte ou celui d'une autre personne. Le deuxième cas suppose au minimum de la part de l'agent public une forme d'acceptation quelconque. Là encore, il peut y avoir intervention d'un intermédiaire; si tel est le cas, le champ de la corruption passive se trouve élargi, puisqu'il faut y inclure une action indirecte de la part de l'agent; en même temps, il s'ensuit nécessairement qu'on doit mettre en évidence le caractère délictueux du comportement de l'agent, indépendamment de la bonne foi ou de la mauvaise foi de l'intermédiaire.

43. S'il y a une demande unilatérale ou un pacte de corruption, il est essentiel que l'acte de l'agent public, ou son absence d'action, intervienne après la demande ou la conclusion du pacte. Par contre, dans une telle situation, le moment auquel l'avantage indu est effectivement reçu n'a pas d'importance. Ainsi, le fait, pour un agent public, de recevoir un avantage a posteriori n'est pas, en l'absence d'offre, de demande ou d'acceptation préalable, constitutif d'infraction pénale. En outre, le terme «recevoir» implique qu'on garde au moins pour quelque temps le cadeau ou l'avantage en question; l'agent qui retourne immédiatement à l'envoyeur un cadeau ou un avantage qu'il n'a pas sollicité ne commet pas d'infraction au titre de l'article 3. Cette disposition n'est pas applicable non plus à un avantage qui ne serait pas lié à un acte ultérieur et spécifique de l'agent public dans l'exercice de ses fonctions.

Article 4 – Corruption de membres d'assemblées publiques nationales

44. En vertu de cet article le champ des infractions de corruption active et passive défini aux articles 2 et 3 se trouve étendu aux membres d'assemblées publiques nationales, aux niveaux local, régional et national, qu'ils soient élus ou nommés. Cette catégorie de personnes est également vulnérable à la corruption et les récents scandales dans ce domaine, parfois combinés avec un financement illégal de partis politiques, ont montré qu'il importe de la rendre, elle aussi, pénalement responsable en cas de corruption. S'agissant de la corruption active, l'intérêt légitime est le même que celui qui s'exprime à l'article 2. Mais il en va différemment en ce qui concerne la corruption passive, c'est-à-dire dans le cas où un membre d'une assemblée publique nationale se laisse corrompre: ici, cette disposition protège la transparence, l'équité et l'impartialité du processus de décision des assemblées publiques nationales et de leurs membres vis-à-vis de manoeuvres de corruption. Il est clair, toutefois, que le soutien financier accordé aux partis politiques dans le respect des normes du droit national tombe en dehors du champ d'application matériel de cette disposition.

45. Etant donné que la définition de «l'agent public» renvoie à la définition nationale applicable, on peut penser que les parties contractantes utiliseraient, par analogie, leur propre définition de l'expression «membres d'assemblées publiques nationales». Devraient entrer au premier chef dans cette catégorie de personnes les parlementaires (des deux chambres), les membres des assemblées locales et régionales, ainsi que les membres – qu'ils soient élus ou nommés – de toute autre instance publique «exerçant des pouvoirs législatifs ou administratifs» (article 4 paragraphe 1, in fine.) Comme l'indique le paragraphe 21 ci-dessus, cette notion assez large pourrait inclure, dans certains pays, les maires, en tant que membres de conseils locaux, ou les ministres, en tant que membres du parlement. L'expression «pouvoirs administratifs» vise à inclure dans le champ de cette disposition les membres d'assemblées publiques qui n'ont pas d'attributions législatives – par exemple, selon le cas, les membres d'assemblées régionales ou provinciales ou de conseils locaux. Ces assemblées publiques, même si elles n'ont pas compétence pour adopter des lois, peuvent être investies de pouvoirs considérables, par exemple en matière de planification et d'aménagement, de délivrance d'autorisations, ou de réglementation.

46. La différence entre cet article et les articles 2 et 3 tient uniquement à la qualité des personnes (ici il s'agit de membres d'assemblées publiques nationales) ; mais la substance de cette infraction de corruption est identique.

Article 5 – Corruption d'agents publics étrangers

47. Non seulement la corruption compromet la bonne gestion des affaires publiques et sape la confiance du public en l'équité et l'impartialité des administrations, mais elle peut aussi, lorsque des fonctionnaires publics étrangers sont en cause (par exemple lorsqu'ils se laissent corrompre par des entreprises qui veulent obtenir des marchés), engendrer de graves distorsions de concurrence et mettre en péril le développement économique. Avec la mondialisation des structures économiques et financières et l'intégration des marchés nationaux dans le marché mondial, les décisions sur les mouvements de capitaux ou les investissements qui sont prises dans tel pays peuvent avoir des effets dans tel autre. Les sociétés multinationales et les investisseurs internationaux sont aujourd'hui les acteurs déterminants de l'économie, et ils ne connaissent pas de frontières. Il est de leur intérêt, comme de l'intérêt de l'économie mondiale en général, que les règles de la concurrence demeurent loyales et transparentes.

48. Cela fait longtemps que la communauté internationale envisage d'instituer une infraction pénale visant spécifiquement la corruption d'agents publics étrangers, par exemple pour assurer le respect des règles de la concurrence dans les transactions commerciales internationales. L'intérêt légitime, ici, est double : transparence et équité du processus de décision des administrations publiques étrangères –traditionnellement cet aspect était considéré comme relevant des affaires intérieures mais ce point de vue est, du fait de la mondialisation, devenu obsolète- et sauvegarde d'une concurrence loyale pour les entreprises. L'incrimination d'un comportement corrompu qui se manifeste à l'extérieur du territoire national trouve sa justification dans l'intérêt commun des Etats à protéger ces intérêts. L'Union Européenne a été la première organisation européenne à réussir à adopter un traité international incriminant, entre autres, la corruption des agents publics étrangers: la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des Etats membres de l'Union Européenne (adoptée le 26 mai 1997). Après plusieurs années l'OCDE a également conclu, en novembre 1997, un accord qui fait date concernant l'incrimination, de manière coordonnée, de la corruption d'agents publics étrangers, c'est-à-dire le fait de corrompre un tel agent afin d'obtenir ou de conserver un avantage indu de nature commerciale ou autre.

49. En prévoyant une incrimination de corruption pour les agents publics étrangers de n'importe quel pays, cet article va au delà des dispositions de la Convention de L'Union Européenne. Il va également au delà de la disposition contenue dans l'accord de l'OCDE, et ce à un double titre. Tout d'abord, elle concerne à la fois le volet actif et le volet passif. Certes, ce dernier, pour les parties contractantes, est déjà couvert par l'article 3. Mais l'inclusion de la corruption passive d'agents publics étrangers dans l'article 5 procède du souci de montrer la solidarité de la communauté des Etats face à la corruption, partout où celle-ci se produit. Le message est clair: la corruption est une infraction pénale grave, susceptible d'être poursuivie par toutes les parties contractantes, et pas seulement par l'Etat dont le fonctionnaire corrompu est ressortissant. En second lieu, l'article 5 n'énonce aucune restriction quant au contexte dans lequel survient la corruption de l'agent étranger. Répétons-le, il s'agit non seulement de protéger la libre concurrence, mais aussi de sauvegarder la confiance des citoyens dans les institutions démocratiques et l'état de droit. En ce qui concerne la définition de l'expression «agent public étranger», il est fait référence aux indications relatives à l'article 1contenues dans le paragraphe 30 ci-dessus.

50. La seule différence par rapport aux articles 2 et 3 concerne la catégorie de personnes qui se laissent corrompre (en l'occurrence, les agents publics étrangers) ; mais la substance de cette infraction de corruption est identique.

Article 6 – Corruption de membres d'assemblées publiques étrangères

51. Cet article incrimine la corruption active et passive de membres d'assemblées publiques étrangères. Les motifs et les intérêts juridiques à protéger sont identiques à ceux énoncés à l'article 4, mais ils se situent dans le contexte d'un pays étranger – «... de tout autre Etat». Les Etats parties à la convention s'efforcent ensemble d'assurer le respect des institutions démocratiques, qu'elles aient un caractère national ou étranger. La seule différence par rapport aux articles 2 et 3 porte sur la qualité des personnes qui se laissent corrompre (en l'occurrence, les membres d'assemblées publiques étrangères) ; mais la substance de cette infraction de corruption est identique à celles définies aux articles 2 et 3. La notion de « membre d'une assemblée publique » doit être interprétée à la lumière de la législation nationale de l'Etat étranger.

Article 7 – Corruption active dans le secteur privé

52. Cet article étend au secteur privé la responsabilité pénale du chef de corruption. La corruption dans le secteur privé a, au cours du siècle dernier, été traitée par le droit civil (par exemple dans le cadre du droit de la concurrence), par le droit du travail ou par des dispositions générales de droit pénal. Le fait d'incriminer la corruption privée est apparu comme un effort nécessaire et novateur pour éviter toute lacune dans une stratégie globale de lutte contre la corruption. De multiples raisons militent en faveur de l'introduction de sanctions pénales pour réprimer la corruption dans le secteur privé. Tout d'abord, le fait que la corruption dans le secteur privé porte atteinte à des valeurs comme la confiance ou la loyauté, qui sont nécessaires au maintien et au développement des relations sociales et économiques. Même en l'absence de préjudice pécuniaire spécifique pour la victime, la corruption privée porte préjudice à l'ensemble de la société. D'une manière générale, on a de plus en plus tendance à limiter les différences entre les règles applicables au secteur public et celles applicables au secteur privé. Cette évolution implique une refonte des règles qui protègent les intérêts du secteur privé et qui régissent les relations de ce secteur avec ses salariés et avec l'ensemble de la population. En second lieu, incriminer la corruption existant dans le secteur privé était nécessaire pour que le respect d'une concurrence loyale soit assuré. Troisièmement, cela concerne également le processus de privatisation. Au fil des années, d'importantes fonctions publiques ont été privatisées (éducation, santé, transport, télécommunications, etc.). Le transfert de ces fonctions publiques au secteur privé, souvent lié à un processus de privatisation massive, implique le transfert de crédits budgétaires substantiels et d'attributions réglementaires. Il est donc logique de protéger le public également contre les effets dommageables de la corruption dans les entreprises, d'autant que les pouvoirs financiers ou autres qui sont concentrés dans le secteur privé, et qui sont nécessaires au nouveau rôle de l'entreprise, ont une grande importance sociale.

53. D'une manière générale, les remarques formulées au sujet de la corruption active d'agents publics (article 2) s'appliquent mutatis mutandis au présent article, notamment en ce qui concerne les actes accomplis, l'élément moral et le corrupteur. Néanmoins, il existe plusieurs différences importantes entre les dispositions sur la corruption dans le secteur public et les dispositions sur la corruption dans le secteur privé. Tout d'abord, l'article 7 limite le champ de la corruption privée au domaine de «l'activité commerciale», excluant ainsi délibérément les activités à but non lucratif menées par des personnes ou des organisations, par exemple par des associations ou d'autres ONG. On a voulu ainsi mettre l'accent sur le secteur le plus vulnérable, c'est-à-dire le secteur des affaires et des entreprises. Bien entendu, ce choix peut laisser subsister quelques lacunes, que les gouvernements voudront peut-être combler : rien n'empêcherait un Etat signataire de mettre en œuvre cette disposition en interprétant de manière non restrictive les mots «dans le cadre d'une activité commerciale». Au sens large, «activité commerciale» signifie tout type d'activité marchande, en particulier le commerce des biens et la fourniture de services, y compris les services fournis au public (transports, télécommunications, etc.).

54. La deuxième différence importante a trait à l'identité des destinataires éventuels de l'avantage, telle qu'elle est précisée à l'article 7. Celui-ci interdit la corruption de toute personne qui «dirige ou travaille pour une entité du secteur privé». Ici encore il s'agit d'une notion très large, qu'il faut interpréter de manière générale; en effet, elle recouvre la relation employeur-employé, mais aussi d'autres types de relations, par exemple relation entre associés, entre l'avocat et son client, et d'autres encore dans lesquelles il n'y a pas de contrat de travail. Dans les entreprises privées cette notion doit couvrir non seulement les salariés, mais aussi la direction, à tous les échelons, y compris les membres du conseil d'administration, mais pas les actionnaires. Elle englobe également les personnes qui n'ont pas le statut d'employé ou qui ne travaillent pas en permanence pour l'entreprise – par exemple, les consultants, les agents commerciaux, etc. – mais qui peuvent engager la responsabilité de l'entreprise. L'expression «entités du secteur privé» désigne les sociétés, les entreprises, les fondations et autres entités qui sont détenues entièrement ou dans une mesure déterminante par des particuliers. Naturellement, toute une gamme d'entités est ici visée, notamment les entités qui pratiquent «des activités commerciales». Il peut s'agir de sociétés, mais aussi d'entités dépourvues de la personnalité juridique. Aux fins de cette disposition, le terme «entité» doit être compris comme pouvant également signifier, dans ce contexte, une personne physique. Les entités publiques n'entrent pas donc dans le champ de cette disposition.

55. La troisième différence importante concerne le comportement de la personne qui se laisse corrompre dans le secteur privé. Dans le cas des agents publics, il importe peu qu'il y ait eu ou non une violation des devoirs, étant donné qu'on attend de l'agent public, d'une manière générale, qu'il fasse preuve de transparence, d'impartialité et de loyauté; en revanche, s'agissant des acteurs du secteur privé, il est nécessaire qu'il existe une violation des devoirs. L'incrimination de la corruption dans le secteur privé a pour objet de protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles des relations privées ne peuvent exister. Les droits et obligations afférents à ces relations sont régis par le droit privé et sont dans une large mesure déterminés par contrat. Le salarié, l'agent commercial, l'avocat est censé s'acquitter de ses fonctions conformément à son contrat, lequel comporte, expressément ou implicitement, une obligation générale de loyauté à l'égard de son supérieur hiérarchique ou de son mandant – obligation générale de ne pas agir au détriment de ses intérêts. Une telle obligation peut, par exemple, être incluse dans les codes de conduite que les entreprises privées développent de plus en plus fréquemment. L'expression «en violation de ses devoirs» ne vise pas seulement à assurer le respect d'obligations contractuelles spécifiques, mais plutôt à garantir qu'il n'y aura pas de violation du devoir général de loyauté vis-à-vis des affaires ou intérêts de l'employeur ou mandant. Le salarié, l'associé, le gérant qui accepte un pot-de-vin des mains d'une personne qui lui demande d'agir (y compris, le cas échéant, par l'abstention) d'une manière qui est contraire aux intérêts de son supérieur trahit la confiance qu'on place en lui, la loyauté qu'il doit à sa hiérarchie. Ceci justifie qu'une infraction en ce qui concerne la corruption dans le secteur privé soit incluse. Telle est la philosophie qui s'exprime dans la convention lorsque celle-ci, dans son article 7, précise qu'il faut qu'il existe l'élément supplémentaire de la «violation des devoirs» pour que la corruption dans le secteur privé puisse être érigée en infraction pénale. Le concept de « violation des devoirs » peut être rattaché aussi à l'idée de « secret », c'est à dire, l'acceptation de l'avantage à l'insu de l'employeur ou mandant sans avoir demandé ou obtenu son autorisation ou approbation. C'est plutôt la clandestinité de l'avantage que l'avantage lui-même qui se trouve au cœur de cette infraction. Ce comportement clandestin menace les intérêts de l'entité privée et le rend dangereux.

Article 8 – Corruption passive dans le secteur privé

56. Les commentaires relatifs à la corruption passive d'agents publics nationaux (article 3) valent également ici pour les actes de corruption ainsi que l'élément moral. Il en va de même des commentaires sur la corruption active dans le secteur privé (article 7), pour ce qui concerne le cadre spécifique, les personnes en cause et la condition supplémentaire de l'acte accompli en « violation du devoir ». Le principe-miroir, déjà mentionné à propos de la corruption d'agents publics, reste valable ici.

Article 9 – Corruption de fonctionnaires internationaux

57. La nécessité d'étendre l'incrimination des actes de corruption à la sphère internationale a déjà été soulignée à l'article 5 (corruption d'agents publics étrangers). Des initiatives récentes prises dans le cadre de l'Union européenne ont conduit à l'adoption le 27 septembre 1996 (Journal officiel des communautés européennes n° C 313 du 23 octobre 1996) du Protocole additionnel (sur la corruption) à la Convention de l'Union européenne sur la protection des intérêts financiers des communautés européennes ainsi que la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des Etats membres de l'Union Européenne (26 mai 1997), sont la preuve que la protection au pénal contre la corruption des agents des institutions internationales est nécessaire et doit avoir les mêmes conséquences que celles des agents publics nationaux. La nécessité de sanctionner pénalement la corruption est même plus grande dans le cas des fonctionnaires des organisations internationales publiques que dans celui des agents étrangers car, comme indiqué plus haut, la corruption passive d'un fonctionnaire étranger constitue déjà une infraction selon le droit interne du fonctionnaire en question, tandis que les lois sur la corruption ne couvrent qu'exceptionnellement les actes commis à l'étranger par les autres nationaux, notamment ceux qui sont employés dans des organisations internationales à titre permanent. Ce que l'on cherche ainsi à protéger au plan juridique c'est la transparence et l'impartialité du processus décisionnel des organisations internationales qui, en application de leur mandat, mènent des activités au nom ou dans l'intérêt de leurs Etats membres. Certaines de ces organisations gèrent de grandes quantités de biens et de services et il convient de garantir au pénal une concurrence loyale dans leurs procédures d'attribution de marchés publics.

58. Etant donné que cet article renvoie aux articles 2 et 3 pour la description des actes de corruption, les commentaires relatifs à ces articles s'appliquent en conséquence. Les personnes qui bénéficient de commissions occultes sont toutefois différentes. Il s'agit de «toute personne qui a la qualité de fonctionnaire ou d'agent contractuel, au sens du statut des agents, de toute organisation publique internationale ou supranationale ou organe dont la Partie est membre, ainsi que de toute personne, qu'elle soit détachée ou non auprès d'une telle organisation, qui exerce des fonctions correspondant à celles desdits fonctionnaires ou agents».

59. Deux grandes catégories d'agents sont donc concernées : premièrement, les fonctionnaires et autres personnes qui, en vertu du statut des agents, sont engagés à titre permanent ou temporaire, mais qui, indépendamment de la durée de leur emploi par l'organisation, ont des devoirs et des responsabilités identiques régis par un contrat. Deuxièmement, il s'agit des agents en détachement (mis à la disposition de l'organisation par un gouvernement ou toute entité publique ou privée) chargés d'assurer des fonctions équivalentes à celles des fonctionnaires ou des agents sous contrat.

60. En vertu de l'article 9 les pays signataires ne sont tenus d'incriminer que les cas de corruption impliquant le personnel des organisations internationales dont ils sont membres. Cette restriction est nécessaire pour plusieurs raisons notamment afin d'éviter des problèmes d'immunité.

61. L'article 9 concerne les organisations publiques internationales ou supranationales, c'est-à-dire les institutions mises en place par les gouvernements et non par des particuliers ou des organismes privés. Cela signifie que les organisations internationales non gouvernementales (ONG) ne relèvent pas de cette disposition, bien que dans certains cas des membres d'ONG puissent être couverts par d'autres dispositions, par exemple les articles 7 et 8. Il existe de nombreuses organisations internationales, régionales ou mondiales comme le Conseil de l'Europe, tandis qu'il n'existe qu'une seule organisation supranationale, l'Union européenne.

Article 10 – Corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales

62. Les commentaires relatifs à la corruption de membres d'assemblées publiques nationales (article 4) s'appliquent ici aussi, en ce qui concerne les actes de corruption et l'élément moral. Ces assemblées accomplissent des fonctions législatives, administratives ou consultatives sur la base du Statut de l'Organisations Internationales dont elles font partie. Il en va de même des commentaires relatifs à la corruption de fonctionnaires internationaux (article 9), en ce qui concerne le contexte international spécifique et la restriction de l'appartenance à l'organisation. Les personnes en cause dans la corruption passive sont toutefois différentes: des membres des assemblées parlementaires d'organisations internationales (par exemple, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe) ou supranationales (le Parlement européen).

Article 11 – Corruption de juges et d'agents de cours internationales

63. Les commentaires relatifs à la corruption d'agents publics nationaux (articles 2 et 3), dont la définition à l'article 1.a englobe les «juges», s'appliquent également ici pour ce qui concerne les actes de corruption et l'élément intentionnel. De même, les commentaires sur la corruption de fonctionnaires internationaux (article 9) devraient être étendus à cette disposition en ce qui concerne le contexte international et la condition d'appartenance à l'organisation. Les personnes concernées sont toutefois différentes : «toute personne exerçant des fonctions judiciaires au sein d'une cour internationale». Parmi ces personnes figurent non seulement des «juges» de cours internationales (par exemple la Cour européenne des Droits de l'Homme) mais aussi d'autres agents (par exemple les procureurs du tribunal des Nations Unies pour l'ex-Yougoslavie) ou des membres du greffe. Les tribunaux d'arbitrage ne font pas en principe partie des «cours internationales» car ils n'exercent pas des fonctions judiciaires au nom des Etats. Il appartient à la Partie Contractante de déterminer si elle reconnaît la compétence de la cour.

Article 12 – Trafic d'influence

64. Cette infraction diffère quelque peu des autres infractions liées à la corruption et définies par la convention, bien que les intérêts juridiques à protéger soient les mêmes : transparence et impartialité dans le processus décisionnel des administrations publiques. Son inclusion dans la présente convention illustre l'approche globale du programme d'action contre la corruption qui considère toutes les formes de corruption comme une menace contre la primauté du droit et la stabilité des institutions démocratiques. L'incrimination du trafic d'influence cherche à atteindre l'entourage de l'agent ou le parti politique auquel il adhère et à sanctionner le comportement des personnes qui, proches du pouvoir, tentent d'obtenir des avantages en raison de leur situation, contribuant ainsi à l'instauration d'un climat de corruption. Cela permet aux Parties Contractantes de s'attaquer à ce que l'on appelle la «corruption ambiante» qui sape la confiance des citoyens en l'honnêteté de l'administration publique. Le but de la présente convention étant d'améliorer le dispositif des mesures pénales contre la corruption, il a paru indispensable d'ériger en infraction le trafic d'influence ce qui serait relativement nouveau pour certains Etats.

65. Cette disposition incrimine une relation trilatérale dans laquelle une personne dotée d'une influence réelle ou supposée sur les personnes dont il est fait mention aux articles 2, 4, 5 et 9 à 11, échange cette influence contre un avantage fourni par quelqu'un qui souhaite profiter de cette influence. Cette infraction diffère de la corruption en ce que le trafiquant d'influence n'est pas tenu «d'agir ou d'éviter d'agir» comme le ferait un fonctionnaire. Le bénéficiaire de cet avantage indu assiste la personne donnant ce dernier en exerçant ou proposant, d'exercer une influence abusive sur une tierce personne qui peut accomplir (ou s'abstenir d'accomplir) un certain acte. L'influence "abusive" doit contenir une intention de corrompre de la part du trafiquant d'influence: les formes de lobbying connues ne relèvent pas de cette notion. L'article 12 décrit les deux formes de cette relation corruptrice : le trafic d'influence actif et passif. Comme cela a été déjà expliqué (voir document GMC (95) 46) le trafic d'influence «passif» présuppose qu'une personne, profitant d'une influence réelle ou prétendue auprès d'une tierce partie, sollicite, reçoive ou accepte un avantage indu, pour assister la personne

ayant fourni l'avantage indu en exerçant une influence abusive. Un trafic d'influence «actif» présuppose qu'une personne promette, donne ou offre un avantage indu à quelqu'un qui indique ou confirme avoir une influence abusive auprès de tierces personnes.

66. Les Etats souhaiteront peut-être faire la distinction entre les deux types de trafic d'influence : actif et passif. Le trafic d'influence actif ressemble beaucoup à la corruption active, décrite à l'article 2, avec quelques différences : une personne donne un avantage indu à une autre personne (le trafiquant d'influence) qui prétend, en raison de sa situation professionnelle ou de son statut social, être en mesure d'exercer une influence sur la décision d'agents de la fonction publique nationale ou étrangère (articles 2 et 5), de membres d'assemblées publiques nationales (article 4), de fonctionnaires internationaux, de membres d'assemblées parlementaires internationales ou de juges et d'agents de cours internationales (articles 9-11). Quant au trafic d'influence passif, il ressemble à la corruption passive décrite à l'article 3, mais là encore, c'est le trafiquant d'influence qui reçoit l'avantage indu. Il importe de noter la position d'outsider du trafiquant d'influence : il ne peut prendre les décisions lui-même, mais il abuse de son influence réelle ou présumée sur d'autres personnes. Il est indifférent que l'influence soit ou non exercée ou que l'influence produise ou non le résultat recherché.

67. Les commentaires relatifs à la corruption active et passive s'appliquent donc ici également avec les conditions supplémentaires énoncées, en particulier en ce qui concerne les actes de corruption et l'élément moral.

Article 13 – Blanchiment du produit des délits de corruption

68. Cet article prévoit l'incrimination du blanchiment des produits dérivés des délits de corruption définis aux articles 2 à 12, à savoir tous les délits de corruption et le trafic d'influence. Cet article renvoie à une autre convention du Conseil de l'Europe (ETS n° 141) qui est la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (novembre 1990). L'infraction de blanchiment est définie à l'article 6, paragraphe 1 de ladite convention, et certaines conditions d'application sont énoncées au paragraphe 2. Le blanchiment a pour objectif de déguiser l'origine illicite des produits résultant de la commission d'une infraction principale. Pendant longtemps, les efforts de lutte contre le blanchiment ont été axés sur les stupéfiants, mais de récents instruments internationaux dont la Convention n° 141 du Conseil de l'Europe précitée mais aussi les quarante recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), reconnaissent qu'en principe toute infraction (par exemple la fraude, le terrorisme, le trafic de biens volés, d'armes, etc.) peut générer des produits qui devront être blanchis par un recyclage ultérieur dans des affaires légales. En principe, par conséquent, la Convention n° 141 s'applique déjà aux produits de toutes sortes d'activités criminelles, y compris la corruption, à moins qu'une Partie n'ait émis des réserves à l'article 6, restreignant ainsi sa portée aux produits d'infractions particulières ou de catégories d'infractions.

69. Les auteurs de cette convention ont considéré qu'en raison des liens étroits avérés entre la corruption et le blanchiment de l'argent, il était capital que cette convention érige également en infraction le blanchiment du produit de la corruption. Une autre raison d'incriminer cet acte tient à ce que les Etats qui ratifieront les deux instruments peuvent appartenir à des cercles différents : certains Etats non-membres qui ont participé à l'élaboration de cette convention ne pourront ratifier la Convention N° 141 qu'avec l'autorisation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, tandis qu'ils pourront ratifier la présente convention automatiquement en vertu de son article 32, paragraphe 1.

70. Cette disposition pose le principe selon lequel les Parties Contractantes sont obligées de considérer les infractions de corruption en tant qu'infractions principales dans le cadre de la législation anti-blanchiment. Les exceptions à ce principe ne sont admises que dans la mesure où la Partie Contractante a émis une réserve à propos des articles correspondants de la Convention. De même, si un pays considère que certains de ces délits de corruption ne sont pas «graves» en vertu de sa législation sur le blanchiment de l'argent, il ne sera pas contraint de modifier sa définition du blanchiment.

Article 14 – Infractions comptables

71. Les infractions comptables peuvent avoir un double lien avec les délits de corruption : les infractions sont soit des actes préparatoires à ces derniers, soit des actes masquant la corruption «principale» ou d'autres infractions liées à la corruption. L'article 14 couvre ces deux types de lien et, en principe, tous les délits de corruption définis aux articles 2 à 12. Ces infractions comptables ne s'appliquent pas au blanchiment du produit de la corruption (article 13), étant donné que la principale caractéristique du blanchiment est précisément de camoufler l'origine des fonds illicites. Masquer le blanchiment serait donc redondant.

72. Étant donné que ces actes ont pour but, soit par action, soit par omission, de commettre, cacher ou déguiser des délits de corruption, ils peuvent aussi être qualifiés d'actes préparatoires. Ces actes sont généralement traités en tant qu'infraction administrative dans certaines législations nationales. L'article 14 autorise donc les Parties contractantes à choisir entre les sanctions pénales et les sanctions administratives. Le choix offert peut certes faciliter la mise en œuvre de la convention pour certains pays, mais il peut aussi faire obstacle à la coopération internationale au sujet de la présente infraction.

73. Les infractions comptables ne peuvent être commises qu'intentionnellement. S'agissant de l'élément moral de l'infraction, il peut prendre deux formes différentes : celle d'une action positive, qui consiste à fabriquer ou à utiliser des factures ou d'autres types de documents comptables ou registres contenant des informations fausses ou incomplètes. Ce comportement frauduleux vise clairement à tromper une personne (par exemple un auditeur aux comptes) quant à l'authenticité et à la fiabilité de l'information contenue dans le document, afin de cacher un délit de corruption. L'autre forme consiste en un acte d'omission, par exemple le non-enregistrement d'un paiement, associé à un élément spécial manifeste, c'est-à-dire «illégal». Cela signifie que l'omission devient un acte sanctionnable que lorsque les personnes en cause (par exemple les comptables d'une entreprise) ont l'obligation légale d'enregistrer les paiements.

74. Lorsqu'une Partie a émis une réserve à propos de l'un des délits de corruption définis aux articles 2 à 12, elle n'est pas tenue d'étendre l'application de cette disposition à ces délits de corruption. L'obligation découlant de cet article d'ériger certains actes en infractions doit être mise en œuvre dans le cadre des lois et réglementations concernant la tenue des livres et registres, les déclarations financières et les exercices de comptabilité et de contrôle financier. En outre, cette disposition ne vise pas à établir des infractions comptables spécifiques liées à la corruption puisque les infractions comptables générales suffisent amplement dans ce domaine. Il convient de préciser que l'article 14 n'exige pas qu'une branche particulière du droit (fiscale, administrative ou pénale) traite de cette question.

75. Cette disposition impose aux Parties contractantes de définir les «infractions passibles de sanctions pénales ou autres». L'expression «autres sanctions» désigne les «sanctions non pénales» infligées par les tribunaux.

Article 15 – Actes de participation

76. L'objectif de cette disposition n'est pas d'établir une infraction supplémentaire mais de sanctionner les actes de participation aux infractions définies aux articles 2 à 14. Elle établit donc la responsabilité des participants à des infractions intentionnelles définies par la convention. Bien que cela ne soit pas précisé, il résulte des principes généraux du droit pénal que toute forme de participation (aide ou complicité) ne peut être commise qu'intentionnellement.

Article 16 – Immunité

77. L'article 16 dispose que la convention ne porte pas atteinte aux dispositions contenues dans les traités, protocoles ou statuts régissant la levée de l'immunité. L'acceptation du droit international coutumier n'est pas exclue dans ce domaine. Cette expression entend couvrir

aussi le droit international coutumier qui pourrait être applicable dans ce domaine. Cette disposition peut en particulier concerner le personnel des organisations publiques internationales ou supranationales (article 9), les membres d'assemblées parlementaires internationales (article 10) ainsi que les juges et les agents de cours internationales (article 11). La levée de l'immunité est donc une condition préalable à l'exercice d'une compétence, conformément aux règles particulières s'appliquant à chacune des catégories de personnes susmentionnées. La convention reconnaît l'obligation de chacune des institutions concernées de donner effet aux dispositions régissant les privilèges et immunités.

Article 17 – Compétence

78. Cet article fixe une série de critères en vertu desquels les Parties contractantes doivent établir leur compétence relativement aux infractions pénales définies aux articles 2 à 14 de la convention.

79. Le paragraphe 1.a établit le principe de la territorialité. Il n'exige pas qu'un délit de corruption soit commis en totalité sur le territoire d'un Etat pour que celui-ci puisse établir sa compétence. Il suffit qu'une partie seulement de l'infraction, par exemple l'acceptation ou l'offre d'un pot de vin, soit commise sur son territoire : le principe de la territorialité doit donc être interprété de manière large. Dans de nombreux Etats membres, mais pas dans tous, le lieu où est commis l'acte est déterminé en fonction de ce que l'on appelle la doctrine de l'ubiquité : cela signifie qu'une infraction globale peut être considérée comme ayant été commise là où une partie de cette infraction a été commise. Selon une autre forme de la doctrine de l'ubiquité, on peut considérer qu'une infraction a aussi été commise là où les conséquences de l'infraction se manifestent. La doctrine des effets est reconnue dans plusieurs Etats du Conseil de l'Europe (rapport du Conseil de l'Europe sur la compétence pénale extraterritoriale, op. cit. pages 8-9). Cela signifie que quel que soit le lieu où un élément constitutif d'une infraction est commis ou produit des effets, ce lieu est généralement considéré comme le lieu de l'infraction. Dans ce contexte, on peut noter que l'intention du délinquant n'est pas prise en compte et n'affecte pas la compétence fondée sur le principe de la territorialité. De même, la nationalité du corrupteur ou du corrompu n'entre pas en ligne de compte.

80. Le paragraphe 1.b, pose le principe de la nationalité. La théorie de la nationalité est aussi fondée sur la souveraineté de l'Etat : selon cette théorie, les ressortissants d'un Etat ont l'obligation de respecter le droit interne du pays où ils se trouvent. Par conséquent, lorsque le ressortissant d'un Etat contractant a commis une infraction à l'étranger, cet Etat est en principe compétent, surtout s'il n'extrade pas ses ressortissants. Le paragraphe précise en outre que la compétence doit être établie non seulement si les ressortissants commettent l'une des infractions définies par la convention, mais aussi lorsque les fonctionnaires et membres des assemblées nationales du pays commettent une infraction de ce type. Naturellement, le plus souvent, dans les deux derniers cas, il s'agit aussi de ressortissants (dans certains pays, la nationalité est une condition nécessaire pour occuper ce type de fonctions) mais il existe des exceptions.

81. Le paragraphe 1.c repose aussi sur le double principe de la protection (des intérêts nationaux) et de la nationalité. La différence avec le paragraphe précédent est qu'ici la compétence repose sur le statut de la personne qui s'est laissée corrompre : il s'agit soit d'un fonctionnaire soit d'un membre d'une assemblée publique nationale du pays (par conséquent pas nécessairement un ressortissant) ou alors il s'agit d'un ressortissant qui est en même temps fonctionnaire international, membre d'une assemblée parlementaire internationale ou juge ou agent d'une cour internationale.

82. Le paragraphe 2 permet aux Etats d'émettre une réserve aux règles de compétence fixées au paragraphe 1.b et c. Dans ce cas, toutefois, il ressort du principe «*aut dedere aut iudicare*», «extrader ou punir» indiqué au paragraphe 3, une obligation pour les Parties contractantes d'établir leur compétence dans les affaires où l'extradition du délinquant présumé est refusée en raison de sa nationalité et si le délinquant est présent sur leur territoire.

83. La compétence repose traditionnellement sur la territorialité ou la nationalité. Or, en matière de corruption, ces principes ne sont pas toujours suffisants pour qu'un Etat puisse exercer sa compétence, par exemple lorsque l'infraction est commise hors du territoire d'une Partie contractante ou n'implique pas ses ressortissants, tout en affectant ses intérêts (par exemple la sécurité nationale). Le paragraphe 4 de cet article autorise les Parties à établir, conformément à leur législation nationale, d'autres types de compétence. Parmi elles, le principe de l'universalité permettrait aux Etats d'établir leur compétence pour des infractions graves, indépendamment du lieu où elles ont été commises et de l'identité des auteurs, si elles menaçant les valeurs universelles et l'intérêt de l'humanité. Jusqu'à présent, ce principe n'a pas encore acquis une reconnaissance internationale générale, bien que certains documents internationaux y fassent référence.

Article 18 – Responsabilité des personnes morales

84. L'article 18 traite de la responsabilité des personnes morales. C'est un fait que les personnes morales sont souvent impliquées dans des délits de corruption notamment dans les transactions commerciales, tandis que la pratique montre qu'il est très difficile de poursuivre les personnes physiques agissant au nom de ces personnes morales. Par exemple, compte tenu de la taille des entreprises et de la complexité de leurs structures, il devient de plus en plus difficile d'identifier une personne physique qui pourrait être tenue pour responsable (au sens pénal) d'un délit de corruption. Les personnes morales échappent donc habituellement à leurs responsabilités en raison du caractère collectif de leur processus décisionnel. D'un autre côté, les pratiques de corruption se poursuivent souvent après l'arrestation de membres de la direction, car l'entreprise en tant que telle n'est pas touchée par les sanctions individuelles.

85. La tendance internationale semble être à l'heure actuelle favorable à la reconnaissance générale de la responsabilité des personnes morales, même dans des pays qui, il y a quelques années seulement, considéraient que l'incrimination des entreprises était impossible. Par conséquent, cet article de la convention est conforme à la tendance récente c'est-à-dire aux instruments internationaux de lutte contre la corruption comme la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers dans les transactions commerciales internationales (article 2).

86. L'article 18, paragraphe 1 ne stipule pas le type de responsabilité qu'il exige des personnes morales. En conséquence, cette disposition n'oblige pas à établir que des personnes morales seront tenues pénalement responsables des infractions qui y sont mentionnées. D'autre part, il faudrait préciser clairement qu'en vertu de cette disposition, les Parties contractantes s'engagent à établir une forme de responsabilité des personnes morales pratiquant la corruption, responsabilité qui pourrait être de caractère pénal, administratif ou civil. Ainsi, les sanctions pénales et non pénales – administratives, civiles – sont appropriées à condition qu'elles soient «effectives, proportionnées et dissuasives» comme le précise le paragraphe 2 de l'article 19. Les personnes morales seront tenues responsables si trois conditions sont réunies. Il doit d'abord s'agir d'une corruption active, d'un trafic d'influence ou d'un blanchiment de l'argent au sens des articles 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12 et 13. L'infraction doit ensuite avoir été commise dans l'intérêt de la personne morale et en son nom. La troisième condition, enfin, sert à limiter la portée de cette forme de responsabilité et exige l'implication d'une personne exerçant un pouvoir de direction. Ce pouvoir présumé dans les trois situations décrites – un pouvoir de représentation ou une autorité pour prendre des décisions ou pour exercer un contrôle – montre que cette personne physique est légalement ou en pratique capable d'engager la responsabilité de la personne morale.

87. Le paragraphe 2 fait expressément état de l'obligation des Parties d'étendre la responsabilité des personnes morales aux affaires où le manque de contrôle au sein de la personne morale rend possible la commission de délits de corruption. Il vise à tenir pour responsables les personnes morales de l'absence de contrôle de la part des dirigeants sur les actes commis par des subordonnés pour le compte de la personne morale. Une disposition similaire existe aussi dans le deuxième Protocole additionnel à la Convention de l'Union européenne sur la protection des intérêts financiers des communautés européennes.

Comme le paragraphe 1, elle oblige à établir non pas une responsabilité pénale dans ces cas mais une forme de responsabilité dont doit décider la Partie contractante elle-même.

88. Le paragraphe 3 précise que la responsabilité des personnes morales n'exclut pas la responsabilité individuelle. Dans un cas concret, la responsabilité peut être établie en même temps à plusieurs niveaux, par exemple la responsabilité d'un organe etc. à distinguer de la responsabilité de la personne morale dans son ensemble et de la responsabilité individuelle qui peut se combiner avec l'une ou l'autre.

Article 19 – Sanctions et mesures

89. Cet article est étroitement lié aux articles 2 à 14 qui définissent les divers actes de corruption que le droit pénal devrait sanctionner. Le premier paragraphe oblige explicitement les Parties contractantes à tirer les conséquences de la gravité de ces infractions en prévoyant des sanctions pénales qui soient «effectives, proportionnées et dissuasives», expression que l'on retrouve aussi à l'article 5 de la Convention de l'Union européenne du 26 mai 1997 et à l'article 3, paragraphe 1 de la Convention de l'OCDE du 20 novembre 1997. Selon cette disposition, une peine de prison d'une certaine durée («pouvant donner lieu à l'extradition») pourra être infligée aux personnes physiques reconnues coupables de cette infraction. Cela ne signifie pas qu'il faille prononcer une peine de prison pour tout délit de corruption établi dans la présente convention, mais que le Code pénal doit prévoir la possibilité d'un emprisonnement d'une certaine durée pour ces infractions.

90. Les infractions mentionnées à l'article 14 devant être sanctionnées en vertu, soit du droit pénal, soit du droit administratif, cet article ne s'applique à ces infractions que si elles ont été qualifiées d'infractions pénales.

91. Les personnes morales dont la responsabilité doit être établie conformément à l'article 18 sont également passibles de sanctions «effectives, proportionnées et dissuasives», de caractère pénal, administratif ou civil. Le paragraphe 2 fait obligation aux Parties contractantes de prévoir la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires d'un certain niveau aux personnes morales jugées coupables d'un délit de corruption.

92. Il est évident que l'obligation de sanctionner au pénal les délits de corruption perdrait beaucoup de ses effets si elle n'était pas assortie de celle de prévoir des sanctions sévères appropriées. Tout en indiquant que des peines de prison et des sanctions pécuniaires peuvent être imposées pour les infractions en question, l'article laisse ouverte la possibilité d'autres sanctions reflétant la gravité des infractions. Il est certain que la convention ne peut avoir pour objectif de préciser les sanctions pénales à associer aux différentes infractions mentionnées aux articles 2 à 14. Sur ce point, les Parties doivent avoir toute latitude pour définir un système d'infractions et de sanctions pénales qui soit cohérent avec leur législation interne.

93. Le paragraphe 3 de l'article prévoit l'obligation générale pour les Parties contractantes de se doter des instruments juridiques appropriés pour permettre la confiscation ou d'autres formes de privation juridiques (par exemple, la confiscation dite «civile») des moyens et des produits de la corruption, en fonction de la gravité des infractions mentionnées aux articles 2 à 14. Ce paragraphe doit être examiné en tenant compte de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (Strasbourg, 8 novembre 1990). Cette convention repose sur l'idée que la confiscation des produits du crime est un moyen efficace de lutte contre la criminalité. Etant donné que l'avantage indu promis, donné, reçu ou accepté dans la plupart des délits de corruption a un caractère matériel, il est clair que les mesures aboutissant à la privation d'un bien lié à l'infraction ou résultant de cette infraction devraient être prévues dans ce domaine également.

94. L'article 1 de la Convention relative au blanchiment définit les termes «confiscation», «instruments», «produits» et «biens» employés dans cet article. Par «confiscation», il est fait référence à toute sanction ou mesure pénale ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure liée à une infraction pénale aboutissant à la privation définitive du bien. Les «instruments» couvrent tout l'éventail d'objets qui sont utilisés ou destinés à être utilisés en partie ou totalité pour commettre les infractions pénales définies aux articles 2 à 14. Le terme «produits» signifie tout avantage économique et toute économie obtenue grâce à l'infraction commise. Il peut s'agir de tout «bien» selon l'interprétation donnée à ce terme plus loin. Dans le libellé de ce paragraphe, il est tenu compte du fait qu'il peut y avoir des différences entre les législations nationales quant au type de bien qui peut être confisqué à la suite d'une infraction. Il peut être possible de confisquer des objets qui constituent (directement) le produit du crime ou d'autres biens appartenant aux délinquants qui, bien que non directement acquis grâce à l'infraction commise, correspond à la valeur du produit directement acquis de manière illégale, ce que l'on appelle les "avoirs de substitution". Le «bien» doit donc être interprété, dans ce contexte, comme tout bien, matériel ou immatériel, meuble ou immeuble, document ou instrument juridique prouvant le titre de propriété ou l'intérêt dans cette propriété. Il faut noter que les Parties Contractantes ne sont pas tenues de prévoir la confiscation pénale de biens de substitution puisque les mots «ou de priver autrement» autorisent également la confiscation dite «civile».

Article 20 – Autorités spécialisées

95. Aux termes de cet article, les Parties contractantes doivent adopter les mesures nécessaires pour promouvoir la spécialisation de personnes ou d'unités dans la lutte contre la corruption. Cette disposition répond, entre autres, à la nécessité d'améliorer à la fois la spécialisation et l'indépendance des personnes ou unités chargées de lutter contre la corruption, déjà affirmée dans de nombreux documents du Conseil de l'Europe. L'exigence d'une spécialisation ne signifie pas qu'il doive exister une spécialisation à tous les niveaux d'application de la loi. Cela ne nécessite notamment pas qu'il y ait, dans chaque parquet ou dans chaque poste de police, une unité spécialisée ou un expert sur les infractions de corruption. En même temps, cette disposition implique que là où cela est nécessaire pour lutter efficacement contre la corruption, il doit exister des unités chargées d'appliquer la loi ou du personnel ayant une formation suffisante.

96. Dans ce contexte, il faudrait faire d'abord référence aux conclusions et recommandations de la première conférence pour agents spécialisés en matière de lutte contre la corruption, qui s'est tenue à Strasbourg en avril 1996. Dans leurs recommandations, les participants ont reconnu entre autres que «la corruption est un phénomène dont la prévention, l'investigation et la répression doivent jouer sur de multiples plans, nécessitant la conjugaison d'un savoir-faire spécifique en de multiples domaines (droit, finances, économie, techniques comptables, ingénieurs de travaux publics, etc.). Chaque Etat doit donc disposer d'experts spécialisés dans la lutte contre la corruption. Ils doivent être suffisamment nombreux et dotés de moyens matériels adéquats. La spécialisation peut prendre différentes formes : on peut opter pour la spécialisation d'un certain nombre de policiers, juges, procureurs et administrateurs ou pour des instances ou unités spécialement chargées de (plusieurs aspects de la lutte contre la corruption. L'étendue des pouvoirs des unités ou personnes spécialisées doit être relativement large et comprendre un droit d'accès à toutes les informations et aux dossiers qui peuvent présenter un intérêt pour la lutte contre la corruption.»

97. Deuxièmement, il convient de noter que les conclusions et recommandations de la deuxième Conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, qui s'est déroulée à Tallinn en octobre 1997, recommandaient aussi que «les juges et procureurs doivent jouir d'indépendance et d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions, bénéficier d'une formation suffisante dans la lutte contre ce type de comportement criminel et disposer des moyens et ressources suffisantes afin d'atteindre cet objectif».

98. Troisièmement, la Résolution (97) 24 sur les vingt Principes directeurs de la lutte contre la corruption, énonce dans son Principe n° 3 que les Etats devraient «assurer que les personnes chargées de la prévention, des enquêtes, des poursuites et de la sanction des infractions de corruption bénéficient de l'indépendance et de l'autonomie nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, soient libres de toute influence incompatible avec leur statut et disposent de moyens adéquats pour l'obtention de preuves ; assurer la protection des personnes qui aident les autorités à lutter contre la corruption et sauvegarder le secret de l'instruction».

99. Il convient de noter que l'indépendance des autorités spécialisées dans la lutte contre la corruption ne devrait pas être absolue. En effet, leurs activités devraient, autant que possible, être intégrées et coordonnées avec celles menées par la police, l'administration ou le parquet. Le degré d'indépendance requis pour ces services spécialisés est celui qui leur permet d'accomplir correctement leurs fonctions.

100. En outre, les unités mentionnées à l'article 20 peuvent être soit des services spéciaux créés pour les besoins de la lutte contre la corruption soit des unités spécialisées constituées au sein d'organismes existants. Ces unités devraient avoir le savoir-faire et disposer des moyens juridiques et matériels adéquats pour au moins recevoir et centraliser toutes les informations nécessaires pour prévenir la corruption et la démasquer. En outre, et indépendamment du rôle d'autres organismes nationaux traitant de la coopération internationale, ces autorités spécialisées pourraient être aussi les partenaires d'unités étrangères chargées de lutter contre la corruption.

Article 21 – Coopération entre autorités

101. La responsabilité de la lutte contre la corruption n'incombe pas exclusivement aux autorités de police. Le rôle que peuvent jouer les administrations fiscales en la matière a déjà été reconnu dans les 20 principes directeurs pour la lutte contre la corruption (voir le 8e principe). Les rédacteurs de la présente convention ont estimé que la collaboration avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales était un aspect important d'une action cohérente et efficace contre les auteurs des infractions de corruption définies dans la convention. L'article 21 prévoit une obligation générale d'assurer la collaboration de toutes les autorités publiques avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales. Evidemment, l'objectif de cette disposition n'est pas de garantir qu'un niveau de coopération suffisant soit atteint dans tous les cas, mais d'imposer aux Parties contractantes l'adoption de mesures visant à assurer un niveau de collaboration adéquat entre les autorités nationales. L'article 21 ne précise pas quelles autorités sont chargées de signaler les infractions de corruption, mais elles devraient être définies dans un sens large par la législation nationale. En effet, elles peuvent englober notamment l'administration fiscale, les autorités administratives, les commissaires aux comptes et les inspecteurs du travail : en somme, toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, peut obtenir des informations sur d'éventuelles infractions de corruption. Les organismes les plus susceptibles de détenir de telles informations, nécessaires aux autorités de police, sont ceux qui sont chargés de superviser et de contrôler le fonctionnement de différents aspects de l'administration publique.

102. Cet article précise que l'obligation générale de collaborer avec les autorités de police dans le cadre des investigations et poursuites des infractions de corruption doit être remplie «en conformité avec le droit national». La référence au droit national signifie que l'étendue du devoir de collaboration avec la police doit être définie par les dispositions internes applicables à l'agent ou à l'autorité concernés, par exemple, une procédure d'autorisation. L'article 21 ne fait donc pas obligation aux Parties contractantes de modifier leur système juridique si celui-ci ne prévoit pas l'obligation générale, pour les agents publics, de signaler les infractions ou s'il instaure des procédures spécifiques en la matière.

103. Le rôle du droit national est confirmé par le fait que les modes de collaboration, décrits aux alinéas a) et b), sont présentés sous forme d'alternative et non pas, nécessairement, de manière cumulative. Par conséquent, un agent public peut remplir son obligation de collaborer avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales, soit en informant ces autorités, de sa propre initiative, de l'existence de motifs raisonnables de considérer qu'une infraction a été commise, soit en leur fournissant les informations qu'elles demandent. Les Parties contractantes seront habilitées à choisir entre ces deux solutions.

Alinéa a)

104. La première solution consiste à autoriser ou même à contraindre l'agent en question à avertir les autorités de police lorsqu'il apprend qu'une infraction de corruption aurait été commise. L'expression « motifs raisonnables » signifie que l'agent est tenu d'avertir la police dès qu'il juge probable qu'une infraction de corruption ait été commise. Le degré de probabilité requis devrait être identique à celui qui permet d'ouvrir une enquête de police ou d'entamer des poursuites.

Alinéa b)

105. Cet alinéa concerne l'obligation de donner des renseignements sur demande. Il prévoit le principe fondamental selon lequel les autorités doivent fournir aux autorités chargées des investigations et poursuites toutes les informations nécessaires, dans le respect des garanties et procédures établies par le droit national. Ce qui est entendu par « informations nécessaires » devra être déterminé conformément à la loi nationale.

106. La loi nationale peut évidemment prévoir des exceptions au principe général selon lequel les informations doivent être fournies, par exemple, lorsque les informations concernent des renseignements secrets relatifs à la protection d'intérêts nationaux ou d'autres intérêts supérieurs.

Article 22 – Protection des collaborateurs de justice et des témoins

107. Aux termes de l'article 22, les Etats sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour assurer une protection effective et appropriée aux collaborateurs de justice et aux témoins.

108. A cet égard, il convient de rappeler que dans les conclusions et recommandations de la 2e conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption (Tallinn, octobre 1997), les participants ont déjà reconnu que, pour lutter efficacement contre la corruption, « il y a lieu de prévoir un système approprié de protection des témoins et des personnes qui coopèrent avec la justice, non seulement en adoptant des normes juridiques adéquates, mais également en prévoyant les ressources budgétaires nécessaires à cet effet. » De plus, « il doit être prévu d'accorder des immunités ou de réduire les peines pour les personnes mises en examen pour des infractions de corruption, lorsqu'elles facilitent l'enquête, révèlent des faits ou empêchent l'infraction de se réaliser ».

109. Toutefois, c'est dans la Recommandation n° R (97)13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 10 septembre 1997, que la question de la protection des collaborateurs de justice et des témoins a été traitée de manière globale par l'Organisation. Cette recommandation énonce un ensemble de principes qui pourraient orienter la législation nationale relative à la lutte contre l'intimidation des témoins, qu'il s'agisse du code de procédure pénale ou des dispositions visant à protéger les témoins hors du tribunal. La recommandation propose aux Etats membres une liste de mesures pouvant contribuer à assurer efficacement la protection des intérêts des témoins et du système de justice pénale, tout en garantissant à la défense des possibilités d'exercer ses droits lors de la procédure pénale.

110. Les rédacteurs de la convention, inspirés notamment par la recommandation mentionnée ci-dessus, ont estimé que l'expression «collaborateur de justice» s'entend de toute personne qui est elle-même mise en examen ou qui a été condamnée pour avoir participé à des infractions de corruption – définies dans les articles 2 à 14 de la convention –, mais qui accepte de coopérer avec des services de répression pénale, en particulier en les renseignant sur les infractions de corruption auxquelles elle a participé, pour leur permettre de procéder aux investigations et poursuites.

111. Par ailleurs, le terme de «témoin» désigne toute personne qui dispose d'informations en rapport avec une affaire pénale concernant des infractions de corruption définies aux articles 2 à 14 de la convention et inclut les indicateurs.

112. L'intimidation des témoins, directe ou indirecte, peut prendre différentes formes, mais elle vise presque toujours à éliminer les preuves à la charge des défendeurs en vue de leur acquittement pour défaut de preuves et, exceptionnellement, à fournir des preuves à la charge des défendeurs pour les faire condamner.

113. L'expression «protection effective et appropriée», utilisée à l'article 22, fait référence à la nécessité d'adapter le niveau de protection aux menaces qui pèsent sur les collaborateurs de justice, les témoins et les indicateurs. Dans certains cas il suffit, par exemple, de préserver leur anonymat pendant le procès, dans d'autres cas ils ont besoin de gardes du corps et dans des cas extrêmes, des mesures de protection des témoins de plus grande envergure, notamment un changement d'identité, d'emploi et de domicile, peuvent être nécessaires.

Article 23 – Mesures visant à faciliter la collecte des preuves et la confiscation des produits

114. Cette disposition prend en compte la difficulté de réunir des preuves pouvant conduire à la poursuite et à la condamnation des auteurs des infractions de corruption définies dans la convention. Presque toutes les infractions de corruption repose sur un «pacte de silence» entre la personne qui effectue le paiement illicite et celle qui en bénéficie. En général, aucune des deux n'a intérêt à révéler l'existence et les modalités de l'accord malhonnête conclu entre elles. Aux termes du paragraphe 1, les Etats parties sont donc tenus d'adopter les mesures qui faciliteront la collecte de preuves relatives à l'une des infractions définies dans les articles 2 à 14. Compte tenu de la difficulté de réunir des preuves, déjà évoquée, l'article 23 fait obligation aux Parties d'autoriser l'utilisation de «techniques d'investigation spéciales». Il n'énumère pas ces techniques, mais les rédacteurs de la convention pensaient notamment aux agents infiltrés, à la mise sur écoute d'une ligne téléphonique, à l'interception de télécommunications et à l'accès aux systèmes informatiques. Il est également fait état de ces techniques d'investigation spéciales dans des instruments précédents comme la Convention des Nations Unies de 1988, la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n°141, article 4) et les quarante recommandations adoptées par le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI). La plupart de ces techniques empiètent considérablement sur la vie privée et risquent de faire naître des difficultés d'ordre constitutionnel quant à leur compatibilité avec les libertés et droits fondamentaux. C'est pourquoi les Parties sont libres d'interdire, dans leur droit interne, le recours à certaines de ces techniques. De plus, la référence à la «législation nationale» faite au paragraphe 1 devrait permettre aux Parties d'entourer l'utilisation de ces techniques d'investigation spéciales d'autant de protections et de garanties qui se révèlent nécessaires pour protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

115. La seconde partie du paragraphe 1 de l'article 23 est étroitement liée au paragraphe 3 de l'article 19. Elle requiert, aux fins de l'application de l'article 19, l'adoption d'instruments juridiques autorisant les Parties contractantes à prendre les dispositions provisoires nécessaires en attendant que soient adoptées les mesures conduisant à la confiscation. L'efficacité des mesures de confiscation dépend en pratique des possibilités de mener les investigations permettant d'évaluer les gains ou économies réalisés et de déterminer comment les profits ont été mis en dépôt (officiellement ou non). Il est nécessaire de veiller à ce que les autorités chargées de ces investigations soient habilitées à geler les biens

corporels et incorporels qu'elles ont localisées, pour éviter qu'ils ne disparaissent avant qu'une décision sur leur confiscation n'ait été prise ou exécutée (voir les articles 3 et 4 de la convention relative au blanchiment).

CHAPITRE III – SUIVI DE LA MISE EN OEUVRE

Article 24 – Suivi

116. La mise en oeuvre de la convention sera suivie par le «Groupe d'Etats contre la corruption - GRECO». La création d'un mécanisme efficace pour surveiller la mise en oeuvre des instruments juridiques internationaux de lutte contre la corruption a été considérée, dès le début, comme un élément indispensable à l'efficacité et à la crédibilité de l'initiative du Conseil de l'Europe dans ce domaine (voir, entre autres, les résolutions adoptées lors de la 19e et de la 21e Conférence des ministres européens de la Justice, le mandat du Groupe multidisciplinaire sur la corruption, le Programme d'action contre la corruption, la déclaration finale et le plan d'action du 2e Sommet de chefs d'Etat et de gouvernement). Par sa Résolution (98) 7 adoptée lors de sa 102e session (5 mai 1998), le Comité des Ministres a autorisé la création d'un organe de suivi, le GRECO, sous la forme d'un accord partiel élargi établi en vertu de la Résolution statutaire (93) 28 (complétée par la Résolution (96) 36. Les Etats membres et non membres ayant participé à l'élaboration de l'accord ont été invités à notifier leur intention de participer au GRECO, qui commencerait à fonctionner le premier jour du mois suivant la date à laquelle la 14e notification émanant d'un Etat membre parviendrait au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

117. Le GRECO surveillera la mise en oeuvre de la présente convention conformément à son Statut. Le GRECO a pour objectif d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en veillant à la mise en oeuvre des engagements qu'ils ont pris dans ce domaine, par le biais d'un processus dynamique d'évaluation et de pression mutuelles (article 1 du Statut). Les fonctions, la composition, le fonctionnement et les procédures du GRECO sont décrites dans son Statut.

118. Si un Etat est déjà membre du GRECO au moment de l'entrée en vigueur de cette Convention, ou bien, ultérieurement, au moment où il ratifie la présente Convention, cela aura pour conséquence que le champ d'application du suivi assuré par le GRECO sera élargi à la mise en oeuvre de la présente Convention. Si un Etat n'est pas membre du GRECO au moment de l'entrée en vigueur ou, ultérieurement de sa ratification de la présente Convention, cette disposition, combinée à l'article 32, paragraphes 3 et 4 ou à l'article 33, paragraphe 2 impose l'adhésion obligatoire et automatique au GRECO. Cela suppose donc l'obligation d'accepter de faire l'objet d'un suivi conformément aux procédures précisées dans son statut, à compter de la date à laquelle la convention entre en vigueur à l'égard de l'Etat en question.

CHAPITRE IV – COOPÉRATION INTERNATIONALE

Article 25 – Principes généraux et mesures s'appliquant à la coopération internationale

119. Les Principes directeurs de la lutte contre la corruption (Principe 20) contiennent l'engagement de développer le plus largement possible la coopération internationale dans tous les domaines de la lutte contre la corruption. Le présent Chapitre IV qui concerne les mesures à prendre au niveau international a fait l'objet de discussions longues et approfondies au sein du groupe, qui est l'auteur de la convention. Ces délibérations ont surtout porté sur la question de savoir si la convention devrait ou non comprendre un Chapitre autonome, important et assez détaillé recouvrant plusieurs thèmes qui relèvent du domaine de la coopération internationale en matière pénale, ou s'il devrait simplement renvoyer aux traités multilatéraux ou bilatéraux qui existent dans ce domaine. Certains arguments militaient en faveur de cette dernière option, par exemple le risque de créer la confusion chez les praticiens en multipliant les règles de coopération dans des conventions qui concernent des infractions spécifiques ou de les rendre moins enclins à consulter des

conventions générales. L'utilité de l'insertion d'un chapitre pouvant servir de fondement juridique à la coopération dans le domaine de la corruption était justifiée par les difficultés particulières que l'on rencontre pour obtenir la coopération nécessaire à la poursuite des infractions en matière de corruption – problème largement reconnu et affirmé avec éloquence, entre autres, par l'«Appel de Genève». Son utilité était aussi justifiée par le fait qu'il s'agit d'une convention ouverte et que certaines des Parties contractantes ne seraient pas – dans certains cas ne pourraient pas – être Parties aux traités du Conseil de l'Europe relatifs à la coopération internationale en matière pénale et ne seraient pas parties à des traités bilatéraux dans ce domaine avec la plupart des autres Parties contractantes. En l'absence de dispositions conventionnelles, certaines Parties non membres du Conseil de l'Europe rencontreraient des difficultés s'agissant de coopérer avec les autres Parties. Aussi des Etats non membres susceptibles de devenir Parties à la présente convention ont-ils souligné que la coopération serait facilitée si la présente convention était indépendante et contenait, en ce qui concerne la coopération internationale, des dispositions pouvant servir de fondement juridique à la coopération requise par les autres Parties contractantes. Les rédacteurs de la convention ont fini par accepter d'y insérer le présent chapitre, à titre d'ensemble de règles subsidiaires applicables en l'absence de traités multilatéraux ou bilatéraux contenant des dispositions plus favorables.

120. L'article 25 a donc été conçu comme une disposition servant d'introduction à l'ensemble du chapitre IV. Il a pour but de concilier le respect des traités ou accords de coopération internationale en matière pénale avec la nécessité d'instaurer un fondement juridique spécifique à la coopération prévue par la présente convention. En vertu du paragraphe 1, les Parties s'engagent à s'accorder la coopération la plus large possible conformément aux instruments internationaux existants, aux accords conclus sur la base de législations uniformes ou réciproques et à leur droit national aux fins d'investigations et de procédures liées aux infractions pénales relevant du champ d'application de la présente convention. La référence aux instruments de coopération internationale en matière pénale est formulée de manière générale. Elle vise, bien entendu, les conventions ci-après du Conseil de l'Europe : la Convention d'extradition (STE n° 24) et ses protocoles additionnels (STE n°s 86 et 98), la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n° 30) et son protocole (STE n° 99), la Convention pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition (STE n° 51), la Convention sur la valeur internationale des jugements répressifs (STE n° 70), la Convention sur la transmission des procédures répressives (STE n° 73), la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE n° 112), la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141). Elle concerne aussi les accords multilatéraux conclus au sein d'autres organisations supranationales ou internationales, ainsi que les accords bilatéraux conclus par les Parties. La référence aux instruments internationaux de coopération internationale en matière pénale ne se limite pas aux instruments en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la présente convention mais concerne aussi les instruments qui pourraient être adoptés à l'avenir.

121. Selon le paragraphe 1, la coopération peut aussi être fondée sur des «arrangements établis sur la base de législations uniformes ou réciproques». Il s'agit, entre autres, du système de coopération mis en place entre les pays nordiques, qu'admettent aussi la Convention européenne d'extradition (STE n° 24, article 28, paragraphe 3) et la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n° 30, article 26, paragraphe 4). Bien entendu, la coopération peut aussi être accordée en vertu du droit national des Parties.

122. Le deuxième paragraphe consacre le caractère subsidiaire du chapitre IV en prévoyant que les articles 26 à 31 s'appliquent en l'absence des instruments ou arrangements internationaux visés au paragraphe précédent. Il n'y a évidemment ici aucune référence au droit national, car les Parties peuvent toujours appliquer leur propre législation en l'absence d'instruments internationaux. Cette disposition a pour finalité d'offrir aux Parties incapables d'agir en raison de l'absence de traité international un fondement juridique leur permettant d'accorder la coopération requise.

123. Le paragraphe 3 consacre une dérogation au caractère subsidiaire du chapitre IV, en prévoyant que, malgré l'existence d'instruments ou arrangements internationaux en vigueur, les articles 26 à 31 s'appliquent aussi lorsqu'ils sont plus favorables. L'expression «plus favorable» vise la coopération internationale. Elle signifie que ces dispositions doivent s'appliquer si, de ce fait, il est possible d'offrir une forme de coopération que, sans cela, il n'aurait pas été possible d'offrir. Tel serait le cas, par exemple, des dispositions contenues dans les articles 26, paragraphe 3, l'article 27, paragraphes 1 et 3 ou l'article 28. Cela signifie aussi que l'application des articles 26 à 31 simplifiera, facilitera ou accélérera l'octroi de la coopération requise.

Article 26 – Entraide

124. Cette disposition traduit dans le domaine spécifique de l'entraide judiciaire l'obligation de coopérer dans la mesure la plus large possible, qui figure à l'article 25, paragraphe 1. Les demandes d'entraide judiciaire n'ont pas besoin d'être limitées à la collecte de preuves dans des affaires de corruption; elles pourraient concerner d'autres aspects, tels que les notifications, la restitution des produits du crime ou la transmission de dossiers. Cette disposition contient une condition supplémentaire: que la demande soit traitée «sans délai». L'expérience montre que, très souvent, des actes qui ont besoin d'être accomplis en dehors du territoire de l'Etat où se déroule l'enquête exigent de longs délais, ce qui constitue un obstacle au bon déroulement de l'enquête et peut même compromettre celle-ci.

125. Le paragraphe 2 donne la possibilité de refuser des demandes d'entraide judiciaire formulées en application de la présente Convention. Les motifs de rejet de ces demandes peuvent être fondés sur l'atteinte à la souveraineté de l'Etat, la sécurité, l'ordre public et autres intérêts fondamentaux de la Partie requise. L'expression «intérêts fondamentaux de l'Etat » peut être interprétée comme donnant la possibilité à la Partie requise de refuser l'entraide judiciaire dans les cas où des principes fondamentaux de son système judiciaire sont en jeu, lorsque des considérations relatives à la protection des Droits de l'Homme doivent prévaloir et, de manière générale, lorsque la Partie requise a des raisons valables pour considérer que les poursuites pénales engagées par la Partie requérante ont été dénaturées ou détournées à des fins autres que celles de lutter contre la corruption.

126. Le paragraphe 3 rejette la possibilité d'invoquer le secret bancaire comme motif de refus de l'assistance demandée. Le texte de cette disposition s'inspire de celui de l'article 18, paragraphe 7 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141). On trouve aussi une disposition analogue dans la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers (article 9, paragraphe 3). Avant d'accorder l'assistance demandée qui implique la levée du secret bancaire, la Partie requise peut, si son droit interne le prévoit, exiger l'autorisation d'une autorité judiciaire compétente en matière pénale.

Article 27 – Extradition

127. Tirant toutes les conséquences de leur gravité, les paragraphes 1 et 3 disposent que les infractions en matière de corruption qui relèvent du champ d'application de la présente convention sont réputées être des infractions pouvant donner lieu à extradition. Une telle obligation découle aussi de l'article 19, paragraphe 1, selon lequel ces infractions doivent faire encourir à leur auteur une sanction privative de liberté pouvant donner lieu à extradition. Cela ne signifie pas que l'extradition doive être accordée chaque fois que la demande en est faite mais plutôt qu'il faut avoir la possibilité d'accorder l'extradition des personnes qui ont commis l'une des infractions établies en vertu de la présente convention. Conformément au paragraphe 1, il est obligatoire d'inclure les infractions de corruption dans la liste de celles qui peuvent donner lieu à extradition à la fois dans les traités d'extradition en vigueur et dans ceux qui seront conclus dans l'avenir. Conformément au paragraphe 3, les Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité doivent reconnaître que ces infractions peuvent donner lieu à extradition.

128. Conformément au paragraphe 2, la convention peut servir de base légale à l'extradition pour les Parties qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité. Une Partie qui n'accorderait pas l'extradition soit parce qu'elle n'a pas de traité d'extradition avec la Partie requérante soit parce que les traités en vigueur ne s'appliqueraient pas à une demande formulée pour une infraction de corruption établie en vertu de la présente convention, peut considérer la convention elle-même comme fondement permettant de remettre la personne demandée.

129. Le paragraphe 4 prévoit la possibilité de rejeter une demande d'extradition parce que les conditions fixées par les traités applicables ne sont pas réunies. La Partie requise peut aussi rejeter la demande pour les motifs autorisés par ces traités. Il convient de noter en particulier que la convention ne prive pas les Parties contractantes du droit de refuser l'extradition si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée comme une infraction politique.

130. Le paragraphe 5 contient le principe «aut dedere aut judicare», «extrader ou punir». Il s'inspire de l'article 6 paragraphe 2 de la Convention européenne d'extradition (STE n° 24). Cette disposition a pour but d'éviter l'impunité des auteurs d'infractions de corruption. La Partie qui refuse l'extradition est expressément tenue d'exercer des poursuites pénales à l'encontre du délinquant et d'informer la Partie requérante de l'issue de cette action.

Article 28 – Informations spontanées

131. Il arrive de plus en plus fréquemment, compte tenu du caractère transnational de nombreuses infractions de corruption, qu'une autorité enquêtant sur une infraction de corruption sur son territoire découvre des informations indiquant qu'une infraction a pu être commise sur le territoire d'un autre Etat. Cette disposition, qui s'inspire de l'article 10 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141), supprime la nécessité d'une demande préalable pour la transmission d'informations pouvant aider la Partie destinataire à effectuer une enquête ou à engager des poursuites concernant des infractions pénales établies en vertu de la présente convention. Cependant, la communication spontanée de telles informations n'empêche pas la Partie qui les communique, si elle est compétente, d'effectuer une enquête ou d'engager des poursuites en ce qui concerne les faits divulgués.

Article 29 – Autorité centrale

132. La mise en place d'autorités centrales chargées d'envoyer les demandes et d'y répondre est une caractéristique commune des instruments modernes de coopération internationale en matière pénale. Il s'agit d'un moyen permettant d'assurer correctement et rapidement la transmission de ces demandes. Dans le cas des Etats fédéraux ou confédéraux, les autorités compétentes des Etats, des cantons ou des entités qui constituent la Fédération sont parfois mieux à même de traiter rapidement les demandes de coopération qui émanent d'autres Parties. La mention de la possibilité de désigner «plusieurs autorités centrales» vise cette question particulière. Cette disposition n'oblige pas les Parties contractantes à désigner une autorité centrale spécifique aux fins de la coopération internationale contre les infractions établies en vertu de la présente convention. Elles pourraient désigner des autorités qui existent déjà et qui ont une compétence générale en matière de coopération internationale.

133. Chaque Partie est invitée à fournir au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe des détails pertinents concernant la ou les autorité(s) centrale(s) désignée(s) en vertu du paragraphe 1. Conformément à l'article 40, le Secrétaire Général mettra ces informations à la disposition des autres Parties contractantes.

Article 30 – Correspondance directe

134. Les autorités centrales désignées conformément à l'article précédent communiquent directement entre elles. Cependant, en cas d'urgence, les demandes d'entraide judiciaire peuvent être envoyées directement par les juges et les procureurs de l'Etat requérant aux juges et aux procureurs de l'Etat requis. L'urgence doit être appréciée par le juge ou le procureur qui envoie la demande. Le juge ou le procureur qui suit cette procédure doit adresser une copie de la demande à sa propre autorité centrale, en vue de sa transmission à l'autorité centrale de l'Etat requis. Conformément au paragraphe 3 de cet article, les demandes peuvent être transmises par l'intermédiaire d'Interpol. Conformément au paragraphe 5, elles peuvent aussi être transmises directement – c'est-à-dire sans passer par l'intermédiaire d'autorités centrales – même s'il n'y a pas d'urgence, lorsque l'autorité de l'Etat requis est en mesure de satisfaire à la demande sans recourir à des mesures coercitives. Les autorités de l'Etat requis qui reçoivent une demande échappant à leur domaine de compétence ont, en vertu du paragraphe 4, une double obligation. En premier lieu, elles doivent transmettre la demande à l'autorité compétente de l'Etat requis. En second lieu, elles doivent informer les autorités de l'Etat requérant de la transmission qui a été effectuée. Le paragraphe 6 du présent article consacre la possibilité pour une Partie d'informer les autres Parties, par l'intermédiaire du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que, dans un souci d'efficacité, les communications directes doivent être adressées à l'autorité centrale. En effet, dans certains pays, la communication directe entre autorités judiciaires peut provoquer des retards et de difficultés accrues pour la mise en oeuvre de la coopération requise.

Article 31 – Information

135. Cette disposition consacre l'obligation pour la Partie requise d'informer la Partie requérante du résultat des mesures prises à la suite de la demande de coopération internationale. Il est exigé en outre que les informations soient envoyées sans délai si les circonstances rendent impossible la satisfaction de la demande ou risquent de la retarder considérablement.

CHAPITRE V – DISPOSITIONS FINALES

136. A quelques exceptions près, les dispositions qui figurent dans cette partie s'inspirent, pour la plupart, du «Modèle de clauses finales des conventions et accords conclus au sein du Conseil de l'Europe», approuvé par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, lors de la 315^e réunion des Délégués des Ministres, en février 1980. Aussi la plupart de ces articles ne nécessitent-ils pas de commentaires spécifiques, mais les points suivants exigent quelques explications.

137. L'article 32, paragraphe 1, s'inspire de plusieurs précédents établis dans d'autres conventions élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe, par exemple la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE n° 112) et la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141), qui permettent la signature, avant l'entrée en vigueur de la convention, non seulement des Etats membres du Conseil de l'Europe, mais aussi des Etats non-membres qui ont participé à l'élaboration de la convention. Ces Etats sont le Bélarus, la Bosnie et Herzégovine, le Canada, la Géorgie, le Saint-Siège, le Japon, le Mexique et les Etats-Unis d'Amérique. Lorsque la convention entrera en vigueur, conformément au paragraphe 3 de cet article, d'autres Etats non-membres, qui ne sont pas concernés par cette disposition, pourront être invités à adhérer à la convention conformément à l'article 33 paragraphe 1.

138. L'article 32 paragraphe 3 exige 14 ratifications pour l'entrée en vigueur de la convention. Il s'agit d'un nombre de ratifications qui est inhabituellement élevé pour une convention élaborée au sein du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit pénal. La raison en est que l'incrimination de la corruption, surtout de la corruption internationale, ne peut être effective que si un nombre élevé d'Etats s'engagent à prendre les mesures nécessaires en même temps. On s'accorde généralement à reconnaître que la corruption a des répercussions sur le

commerce international parce qu'elle empêche le jeu des règles de la concurrence et modifie le bon fonctionnement de l'économie de marché. Certains pays ont estimé qu'ils pénaliseraient leurs entreprises nationales s'ils prenaient au niveau international l'engagement d'incriminer la corruption sans que d'autres pays n'assument d'obligations analogues. Afin d'éviter de devenir un handicap pour les entreprises nationales de quelques Parties contractantes, la présente convention exige qu'un grand nombre d'Etats s'engagent à la mettre en oeuvre en même temps.

139. La deuxième phrase des paragraphes 3 et 4 de l'article 32 ainsi que de l'article 33 paragraphe 2, combinée à l'article 24, entraîne l'adhésion automatique et obligatoire au GRECO pour les Parties contractantes qui n'étaient pas encore membres de cet organe de suivi au moment de l'entrée en vigueur de la Convention ou, ultérieurement, au moment de leur ratification de la Convention.

140. L'article 33 a aussi été rédigé à partir de plusieurs précédents établis dans d'autres conventions élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe. Le Comité des Ministres peut, de son propre chef ou sur demande, et après avoir consulté les Parties, inviter tout Etat non-membre à adhérer à la convention. Cette disposition vise uniquement les Etats non-membres qui n'ont pas participé à l'élaboration de la convention.

141. Conformément à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'article 35 est destiné à assurer la coexistence de la convention avec d'autres traités – multilatéraux ou bilatéraux – concernant des questions qui font aussi l'objet de la présente convention. Ces questions sont décrites par le paragraphe 1 de l'article 35 comme des « questions particulières ». Le paragraphe 2 de l'article 35 exprime de manière positive le fait que les Parties peuvent, à certaines fins, conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux concernant des questions qui font aussi l'objet de la Convention. Le paragraphe 3 de l'article 35 préserve le maintien de l'application des accords, traités ou relations qui portent sur des thèmes abordés dans la présente Convention, par exemple, dans le cadre de la coopération nordique.

142. Conformément aux dispositions de l'article 36, les Parties peuvent déclarer ériger en infraction pénale la corruption active d'agents publics étrangers, de juges et d'agents de cours internationales uniquement dans la mesure où l'avantage indu offert, proposé ou donné a pour but d'induire l'agent public ou juge à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte en violation de ses devoirs officiels. Pour les auteurs de la Convention, la notion de « violation de devoirs » doit être interprétée au sens large et implique que l'agent public est soumis aussi au devoir d'exercer son jugement ou sa marge d'appréciation de manière impartiale. Cette notion n'exige pas la preuve de la loi prétendument violée par l'agent public.

143. L'article 37 prévoit, dans ses paragraphes 1 et 2, de nombreuses possibilités de réserve. Ceci résulte du fait que la présente Convention est un document ambitieux, qui prévoit la criminalisation d'un grand nombre d'infractions de corruption, y compris certaines qui sont relativement nouvelles pour certains Etats. En outre, les règles en matière de compétence sont très larges. Dès lors, selon les auteurs de la Convention, il est approprié d'inclure des possibilités pour les futurs Etats Parties de formuler des réserves qui leur permettront d'harmoniser progressivement leur législation anti-corruption avec les exigences de la Convention. De plus, ces réserves ont pour objectif de permettre le plus grand nombre de ratifications de la Convention, tout en permettant aux Parties contractantes de préserver certains de leurs concepts juridiques fondamentaux. En tout état de cause, il paraît nécessaire d'assurer un équilibre entre les intérêts des Parties contractantes pour qu'elles puissent jouir d'un maximum de flexibilité dans l'adaptation aux obligations découlant de la Convention avec la nécessité d'assurer la mise en oeuvre progressive de cet instrument.

144. Les auteurs de la Convention ont, bien entendu, tenté de restreindre l'utilisation des réserves dans l'objectif d'assurer dans toute la mesure du possible un mise en oeuvre uniforme de la Convention par les Parties Contractantes. Ainsi, l'article 37 contient un certain nombre de restrictions en ce qui concerne l'usage de réserves. Il indique tout d'abord que des réserves ne peuvent être formulées qu'au moment de la ratification à l'égard des dispositions mentionnées au paragraphe 1, lequel contient par conséquent un *numerus clausus*. Une restriction plus importante se trouve au paragraphe 4 de cette disposition qui limite le nombre de réserves que chacune des Parties Contractantes est autorisée à formuler.

145. De surcroît, les réserves et déclarations ont une validité limitée à trois ans. Passé ce délai, réserves et déclarations deviennent caduques sauf si elles sont reconduites expressément. Le paragraphe 2 de l'article 38 prévoit une procédure en vertu de laquelle les réserves et déclarations qui n'ont pas été reconduites deviennent automatiquement caduques. Enfin, les Parties contractantes seront tenues de justifier devant le GRECO le maintien d'une réserve ou déclaration. Les Parties devront fournir au GRECO, à la demande de celui-ci, des explications quant aux motifs justifiant le maintien d'une réserve ou déclaration. Le GRECO pourra demander de telles explications au cours de la période initiale ou des périodes ultérieures de validité des réserves ou déclarations. En cas de reconduction d'une réserve ou déclaration, le GRECO n'aura nullement besoin de formuler une demande préalable, les Parties contractantes étant automatiquement tenues de fournir des explications avant la reconduction. Dans tous les cas, le GRECO aura la possibilité d'examiner les explications fournies par la Partie concernée pour justifier le maintien de ses réserves ou déclaration. Les rédacteurs de la Convention comptaient sur le système de pressions mutuelles suivi par le GRECO pour influencer sur les décisions des Parties Contractantes concernant le maintien ou le retrait des réserves et déclarations.

146. La procédure d'amendement prévue par l'article 39 est conçue essentiellement pour les modifications mineures d'ordre procédural. En effet, les modifications importantes de la convention pourraient se faire sous la forme de protocoles additionnels. En outre, conformément au paragraphe 5 de l'article 39, tout amendement adopté n'entrerait en vigueur que lorsque toutes les Parties auraient informé le Secrétaire Général de leur acceptation. La procédure d'amendement de la présente convention prévoit la consultation des Etats parties non membres, qui ne sont pas membres du Comité des Ministres ni du CDPC.

147. L'article 40, paragraphe 1, stipule que le CDPC doit être tenu informé de l'interprétation et de l'application des dispositions de la convention. Le paragraphe 2 de cet article impose aux Parties l'obligation de s'efforcer de parvenir au règlement amiable de tout différend concernant l'interprétation ou l'application de la convention. Toute procédure de règlement des différends doit être choisie d'un commun accord.

APPEL DU COMITE DES MINISTRES POUR QUE LES ETATS LIMITENT DANS TOUTE LA MESURE DU POSSIBLE LES RESERVES A LA CONVENTION PENALE SUR LA CORRUPTION

Le Comité des Ministres a adopté, lors de la présente 103e session ministérielle (4 novembre 1998), la Convention pénale sur la corruption. Il s'agit, à ses yeux, d'un texte ambitieux, d'une large portée juridique qui aura un impact considérable dans la lutte contre ce phénomène en Europe.

Le texte de la Convention prévoit un certain nombre de possibilités de réserves qui se sont avérées nécessaires en vue de permettre une adaptation progressive des Etats parties aux engagements découlant de cet instrument. Le Comité des Ministres est convaincu que le suivi régulier des réserves par le « Groupe d'Etats contre la Corruption – GRECO » permettra de réduire rapidement le nombre de celles qui seront formulées au moment de la ratification ou de l'adhésion à la Convention.

Toutefois, afin de préserver la plus grande uniformité possible quant aux engagements qui découleront de la Convention et de permettre à ce texte de déployer, dès son entrée en vigueur, tous ses effets bénéfiques, le Comité des Ministres lance un appel à tous les Etats qui souhaitent en devenir parties pour qu'ils réduisent dans toute la mesure du possible le nombre de réserves qu'ils formuleront lorsqu'ils expriment leur consentement à être liés par ce traité, et aux Etats qui néanmoins se verront obligés de formuler des réserves, de s'efforcer de les retirer dès que possible.