



Rapport explicatif de la Convention civile sur la corruption *

Strasbourg, 4.XI.1999

I. Introduction

a) Considérations générales

1. Le Conseil de l'Europe prend une part active à la lutte internationale contre la corruption en raison de la menace évidente que celle-ci fait peser sur les principes fondamentaux que défend cette institution, à savoir, la prééminence du droit, la stabilité des institutions démocratiques, les droits de l'homme et le progrès économique et social. En outre, la corruption est un problème qui se prête bien à la coopération internationale : il est commun à la plupart, voire la totalité, des Etats membres et présente souvent des aspects transnationaux. Cependant, la spécificité du Conseil de l'Europe réside dans son approche multidisciplinaire, qui consiste à traiter la corruption du point de vue du droit pénal, civil et administratif.

2. C'est lors de la Conférence de Malte des Ministres européens de la Justice, tenue en 1994, que le Conseil de l'Europe a lancé son initiative contre la corruption. Les Ministres ont estimé que la corruption représentait une grave menace pour la démocratie, la prééminence du droit et les droits de l'homme et qu'il appartenait au Conseil de l'Europe, institution européenne dont le rôle est primordial en matière de défense de ces valeurs fondamentales, d'apporter une réponse à cette menace.

3. La Résolution adoptée lors de cette Conférence a souscrit à la nécessité d'une approche multidisciplinaire et a recommandé la mise en place d'un Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC), qui serait chargé de déterminer les mesures pouvant être incluses dans un programme d'action au niveau international ainsi que d'étudier la possibilité de rédiger des lois modèles ou des codes de conduite, aussi bien que des conventions internationales dans ce domaine. L'importance de l'établissement d'un mécanisme de suivi de la mise en oeuvre des engagements contenus dans ces instruments a été soulignée.

4. Eu égard à ces recommandations, le Comité des Ministres est convenu, en septembre 1994, d'établir le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC), placé sous la responsabilité conjointe du Comité européen des problèmes criminels (CDPC) et du Comité européen de coopération juridique (CDCJ), et lui a donné mandat d'examiner les mesures susceptibles d'être utilement incluses dans un programme d'action international contre la corruption, de faire des propositions sur les priorités et les structures de travail appropriées, en tenant dûment compte des travaux des autres organisations internationales, et d'examiner la possibilité d'élaborer des lois modèles ou des codes de conduite dans des domaines déterminés, aussi bien qu'une convention internationale sur le sujet et un mécanisme de suivi de la mise en oeuvre des engagements contenus dans ces instruments. Le GMC a commencé ses activités en mars 1995.

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

5. Le Programme d'action contre la corruption (PAC), élaboré par le GMC en 1995 et adopté par le Comité des Ministres à la fin de 1996, est un document ambitieux, qui s'efforce de couvrir tous les aspects de la lutte internationale contre ce phénomène. Il définit les secteurs dans lesquels des actions sont nécessaires et prévoit un certain nombre de mesures devant être suivies pour assurer une approche globale et multidisciplinaire face à la corruption. Le Comité des Ministres a chargé le GMC de mettre en oeuvre ce programme avant la fin de l'an 2000.

6. Lors de leur 21^{ème} Conférence (Prague 1997), les Ministres européens de la Justice ont adopté la Résolution N°1 sur les liens entre la corruption et la criminalité organisée. Ils ont souligné que la corruption constitue une menace majeure pour l'Etat de droit, la démocratie, les droits de l'homme, l'équité et la justice sociale, entrave le développement économique et met en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondations morales de la société. Ils se sont également déclarés convaincus que le succès d'une stratégie contre la corruption et le crime organisé passe par un engagement sans faille des Etats pour unir leurs efforts, partager leurs expériences et entreprendre des actions conjointes. Les Ministres européens de la Justice ont expressément recommandé d'accélérer la mise en oeuvre du Programme d'action contre la corruption et de poursuivre les travaux concernant l'élaboration d'un instrument international dans le domaine du droit civil prévoyant, entre autres, la réparation des préjudices résultant de faits de corruption.

7. Les 10 et 11 octobre 1997 a eu lieu à Strasbourg le deuxième Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe. Afin de rechercher des réponses communes aux défis posés par la corruption à l'échelon du continent et d'encourager la coopération entre les Etats membres du Conseil de l'Europe dans la lutte contre la corruption, les Chefs d'Etat et de Gouvernement ont chargé, entre autres, le Comité des Ministres de conclure rapidement les travaux d'élaboration des instruments juridiques internationaux, en conformité avec le Programme d'action du Conseil de l'Europe contre la corruption.

8. Le Comité des Ministres, à sa 101^{ème} session tenue le 6 novembre 1997, a adopté la Résolution (97)24 portant les vingt Principes directeurs pour la lutte contre la corruption. Le Principe 17 prévoit expressément que les Etats doivent « assurer que leur droit civil tient compte de la nécessité de lutter contre la corruption et prévoit, en particulier, des recours efficaces pour ceux dont les droits et intérêts sont affectés par celle-ci ».

9. Lors de leur 22^e Conférence (Chisinau, juin 1999), les Ministres européens de la Justice ont adopté la Résolution N° 3 sur la lutte contre la corruption, dans laquelle ils demandent instamment au Comité des Ministres d'adopter le projet de Convention sur les aspects civils de la corruption et de l'ouvrir à la signature avant la fin de 1999.

10. En conséquence, suite à l'adoption de la Convention pénale sur la corruption (Série des Traités Européens N° 173), et des Résolutions (98) 7 et (99) 5, autorisant et établissant, respectivement, le «Groupe d'Etats contre la corruption – GRECO», le Conseil de l'Europe a élaboré un instrument juridique international visant à lutter contre la corruption par le biais d'actions civiles. En effet, la possibilité de réagir contre les phénomènes de corruption à travers des mesures de droit civil est l'une des caractéristiques marquantes de l'approche du Conseil de l'Europe en ce qui concerne la lutte contre la corruption.

11. En conséquence, une des particularités de l'approche du Conseil de l'Europe dans la lutte contre la corruption tient à la possibilité d'aborder le phénomène de la corruption sous l'angle du droit civil.

12. Le Programme d'action contre la corruption indique que, dans la lutte contre la corruption « le droit civil est directement lié au droit pénal et au droit administratif. Lorsqu'une infraction telle que la corruption est proscrite par le droit pénal, des dommages-intérêts peuvent être demandés en raison de l'acte criminel. Les victimes pourraient juger plus facile de préserver leurs intérêts par le biais du droit civil qu'en utilisant l'action en droit pénal. De même, une

administration qui n'exercerait pas suffisamment son devoir de contrôle pourrait se voir réclamer des dommages-intérêts. »

b) Mandat et étude de « faisabilité »

13. Le 15 février 1996, le Comité des Ministres à la 558ème réunion des Délégués des Ministres a décidé de demander au GMC, entres autres, « de commencer une étude relative à la possibilité d'élaborer une convention sur les actions civiles en indemnisation des dommages résultant de faits de corruption. »

14. Un questionnaire sur la corruption a été distribué aux Etats afin de servir de base à la réalisation de cette étude. Après avoir reçu les réponses de la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe, le GMC a finalisé l'étude, qui a été soumise au Comité des Ministres en mars 1997.

15. Cette étude vise à examiner de manière aussi exhaustive que possible les voies offertes par le droit civil en matière de lutte contre la corruption, tout en mettant en lumière les raisons qui militent en faveur ou à l'encontre de l'élaboration d'instruments internationaux en la matière.

16. L'étude montre qu'il est possible de concevoir un certain nombre de cas dans lesquels le recours au droit civil pourrait s'avérer utile pour lutter contre la corruption sous toutes ses formes. Le texte aborde, entres autres, les aspects suivants :

- accessibilité et efficacité des actions civiles en général,
- identification des principales victimes potentielles des actes de corruption,
- problèmes de preuve et de mise en évidence du lien de causalité entre actes et dommages,
- aspects fiscaux des paiements illicites et relations avec les distorsions de la concurrence,
- validité des contrats,
- rôle des commissaires aux comptes,
- protection des employés,
- procédures (y compris frais de procédure) et coopération internationale.

17. L'étude de « faisabilité » indique qu'il ressort clairement de l'analyse des réponses au questionnaire que les Etats ont des lois différentes pour sanctionner les pratiques de corruption. On peut cependant trouver une base commune et il semblerait utile d'analyser et de clarifier plus avant les similitudes et les différences. Au demeurant, toutes les lois sont fondées sur un seul dénominateur commun, à savoir qu'il ne faut ni encourager, ni tolérer les pratiques de corruption.

18. En conséquence, l'étude souligne que, nonobstant les différences existant entre les législations nationales, une approche internationale des voies offertes par le droit civil dans la lutte contre la corruption est à la fois possible et nécessaire.

19. De fait, l'étude de « faisabilité » se conclut sur un certain nombre de thèmes qui devraient être examinés dans le cadre de l'élaboration d'un projet d'instrument international relatif à cette matière, tels que l'indemnisation des dommages, la responsabilité (y compris la responsabilité de l'Etat), la faute concurrente, les délais pour agir, la validité des contrats, la protection des employés, l'établissement des bilans et la vérification des comptes, l'obtention des preuves, les mesures conservatoires et la coopération internationale.

c) Convention civile sur la corruption

20. Le Groupe de travail sur le droit civil du GMC s'est réuni deux fois en 1997 et deux fois en 1998 afin d'examiner et de mettre au point le projet de Convention civile sur la corruption, qui a été ensuite transmis à la plénière du GMC. Le GMC a examiné ce projet lors de ses 15e (décembre 1998) et 16e (février 1999) réunions plénières. Le projet de Convention a été ensuite transmis au Comité européen de coopération juridique (CDCJ) pour son avis et au Comité des Ministres dans le but de lui permettre de consulter l'Assemblée parlementaire. Lors de la 662e réunion des Délégués des Ministres (mars 1999), le Comité des Ministres a invité l'Assemblée parlementaire à formuler un avis sur le projet de Convention civile sur la corruption. Le GMC a, pour sa part, également sollicité l'avis de Transparence Internationale (TI), la Chambre de Commerce Internationale (CCI) la Commission Internationale de Juristes (CIJ) et l'Association Internationale des Barreaux (AIB). Après avoir examiné, lors de sa 17e (juin 1999) réunion plénière, les avis élaborés par le CDCJ (CDCJ (99) 48, annexe III), par l'Assemblée parlementaire (Avis N° 213 (1999)) ainsi que ceux soumis par Transparence Internationale (TI) et la Chambre de Commerce Internationale (CCI), le GMC a, en date du 24 juin 1999, approuvé le projet de Convention civile sur la corruption, et décidé de le transmettre au Comité des Ministres en vue de son adoption.

21. Lors de sa 678e réunion le Comité des Ministres a adopté la Convention, a décidé de l'ouvrir à la signature le 4 novembre 1999 et a autorisé la publication du présent rapport explicatif.

22. La Convention civile sur la corruption requiert des Parties qu'elles prévoient dans leur droit interne des recours efficaces en faveur des personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption, afin de leur permettre de défendre leurs droits et leurs intérêts, y compris la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts.

23. La Convention, divisée en trois chapitres (mesures à prendre à l'échelon national, coopération internationale et suivi de la mise en oeuvre et clauses finales), n'est pas directement applicable. Cela signifie que les Etats parties devront en transposer les principes et les règles dans leur droit interne, eu égard à leur situation particulière.

24. En conséquence, les Etats parties qui respectent déjà les dispositions de la Convention, ou ont mis en place des dispositions plus favorables, n'ont pas à prendre d'autres mesures. C'est le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) qui aura pour tâche, dans le cadre du suivi prévu par l'article 14 de la Convention, de veiller à ce que les Etats parties respectent les engagements pris aux termes de la Convention civile.

25. Cette Convention, qui est la première tentative visant à définir des principes et règles communs au niveau international dans le domaine du droit civil et de la corruption, comporte une définition de la corruption et traite de l'indemnisation des dommages, la responsabilité, la faute concurrente, les délais, la validité des contrats, la protection des employés, l'établissement du bilan et la vérification des comptes, l'obtention des preuves, les mesures conservatoires, la coopération internationale et le suivi.

II. Commentaires concernant les articles de la convention

Article 1 – Objet

26. L'article 1 définit l'objectif de la Convention, qui contient des principes et des règles que les Parties doivent transposer dans leur droit interne afin de permettre aux personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption de défendre leurs droits et leurs intérêts, y compris la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts.

27. Au sens de cette Convention et de ce Rapport explicatif, le terme «personnes», se réfère aux personnes physiques et aux morales, ainsi qu'aux autres entités, existant dans certains systèmes juridiques, qui ont la capacité d'agir en justice.

Article 2 – Définition

28. Au début de ses travaux, le GMC a adopté la définition provisoire suivante de la corruption :

« La corruption à laquelle a trait le travail du GMC du Conseil de l'Europe comprend les commissions occultes et tout autre agissement qui impliquent des personnes investies de fonctions publiques ou privées, qui auront violé les devoirs découlant de leur qualité de fonctionnaire public, d'employé privé, d'agent indépendant 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. »

29. Le but de cette définition était de veiller à ce qu'aucune matière dans laquelle le GMC pourrait devenir compétent à l'avenir ne soit exclue. Evidemment, pareille définition ne correspondait pas nécessairement à la définition légale de la corruption de la plupart des Etats membres, et en particulier pas à celle de leur droit pénal, mais elle avait pour avantage de ne pas cantonner indûment la discussion dans des limites trop étroites.

30. La Convention pénale sur la corruption contient plusieurs définitions opérationnelles communes de la corruption susceptibles d'être transposées dans les droits internes, même si quelques modifications de certaines définitions nationales peuvent se révéler nécessaires.

31. La Convention civile suit une approche traditionnelle pour ce qui est des questions concernant les définitions et présente une définition de la corruption aux fins de la Convention elle-même. Cela ne signifie pas que les Parties doivent nécessairement adopter cette définition de la corruption dans leur droit interne, encore qu'ils puissent le faire s'ils le souhaitent. De fait, le principal objectif de cette définition est préciser la signification du terme « corruption » dans le contexte de cette Convention et de définir un cadre juridique approprié aux autres obligations découlant de cette Convention.

32. En conséquence, chaque fois que le terme « corruption » apparaît dans la Convention civile, il désigne « le fait de solliciter, d'offrir, de donner ou d'accepter, directement ou indirectement, une commission illicite, ou un autre avantage indu ou la promesse d'un tel avantage indu qui affecte l'exercice normal d'une fonction ou le comportement requis du bénéficiaire de la commission illicite, ou de l'avantage indu ou de la promesse d'un tel avantage indu ».

33. Il convient de souligner, s'agissant de cette définition, que l'une des principales caractéristiques de la Convention est sa portée relativement large, témoignage de l'approche globale du Conseil de l'Europe dans la lutte contre la corruption, laquelle représente une menace non seulement pour les entreprises internationales ou les intérêts financiers, mais aussi pour les valeurs démocratiques, l'état de droit, les droits de l'homme et le progrès social et économique.

34. En outre, le terme «bénéficiaire» s'entend de la personne dont le comportement est affecté par l'acte de corruption, que la commission illicite ou l'avantage indu lui soient destinés ou soient destinés à un tiers.

Article 3 – Indemnisation des dommages

35. Le paragraphe 1 de l'article 3 expose le principal objectif de la Convention, à savoir le droit d'être dédommagé du préjudice résultant d'un acte de corruption. Ce paragraphe requiert de chaque Partie qu'elle prévoit dans son droit interne le droit d'entamer une action civile dans les affaires de corruption. Il appartient au juge, dans chaque affaire, de décider si les conditions lui permettant d'accorder une indemnisation sont remplies.

36. Il faut noter que, sur la base de cette Convention, les dommages-intérêts ne doivent pas être limités à un montant forfaitaire, mais doivent être fixés en fonction du préjudice subi dans le cas d'espèce. De plus, la réparation intégrale, au sens de cette Convention, exclut les dommages-intérêts punitifs. Toutefois, les Parties dont le droit interne connaît les dommages-intérêts punitifs ne sont pas tenus d'exclure leur application en complément de la réparation intégrale.

37. A l'évidence, la réparation du préjudice pourra prendre un caractère différent suivant la nature du dommage. Ainsi, le préjudice patrimonial suppose, en principe, une indemnisation économique. En revanche, le préjudice extra-patrimonial pourra être réparé aussi par d'autres moyens, tels que par exemple la publication dans la presse d'un jugement.

38. Le paragraphe 2 détermine le champ de l'indemnisation que peut accorder le tribunal. Les « dommages patrimoniaux déjà subis » (*damnum emergens*) représentent la dégradation effective de la situation économique de la personne lésée. Le « manque à gagner » (*lucrum cessans*) représente le bénéfice qu'elle aurait pu raisonnablement obtenir mais n'a pas obtenu du fait d'un acte de corruption. Enfin, « les préjudices non-patrimoniaux » sont des pertes qui ne peuvent immédiatement être calculées, car elles ne représentent pas une perte économique tangible ou matérielle. Le cas le plus fréquent de pertes non pécuniaires est l'atteinte à la réputation du concurrent qui peut être dédommagée financièrement ou par la publication d'un jugement aux frais du défendeur.

39. Enfin, il appartiendra aux Parties de déterminer, dans leur droit interne, la nature des dommages extra-patrimoniaux qui seront couverts, ainsi que la nature de la réparation qu'il conviendra d'accorder pour chaque type de dommage. Si, par exemple, le droit d'une Partie prévoit, au titre de l'indemnisation des préjudices non-patrimoniaux, la réparation de la seule atteinte à la réputation, cette Partie devra être considérée comme ayant rempli les obligations mises à sa charge par cette disposition.

Article 4 – Responsabilité

Paragraphe 1

40. Le paragraphe 1 de l'article 4 décrit les conditions d'une action en indemnisation. Afin d'obtenir réparation, le demandeur doit prouver qu'il a subi un dommage, que le défendeur a agi de façon délibérée ou par négligence et qu'il y a un lien de causalité entre l'acte de corruption et le dommage. Il ne s'agit pas, en effet, de permettre à toute personne qui prétendrait que n'importe quel acte de corruption affecte, ou affectera à l'avenir, d'une manière ou d'une autre, ses droits ou ses intérêts, d'obtenir une indemnisation.

41. Pour ce qui est des différents aspects des demandes d'indemnisation, il convient d'indiquer ce qui suit :

(a) Comportement illicite et coupable de la part du défendeur

42. Sont essentiellement responsables des dommages, les personnes qui participent directement et en connaissance de cause à la corruption et, surtout, celles qui donnent et reçoivent la commission occulte, mais aussi celles qui ont poussé ou contribué à la corruption. En outre, les personnes qui ont omis de prendre les mesures appropriées, eu égard aux responsabilités qui leur incombent, pour empêcher la corruption doivent aussi être tenues pour responsables du dommage. Il s'ensuit que la responsabilité des employeurs se trouve engagée du fait d'actes de corruption commis par leurs employés dès lors que, par exemple, ils ont négligé d'organiser leur entreprise de façon satisfaisante ou n'ont pas exercé un contrôle approprié sur leur personnel.

(b) Dommages

43. Le dommage visé au paragraphe 1(ii) de l'article 4 doit remplir certaines conditions pour ouvrir droit à réparation. Le dommage susceptible de justifier la demande d'indemnisation doit par conséquent être suffisamment caractérisé, notamment en ce qui concerne le lien avec la victime elle-même.

44. Compte tenu du fait que la Convention fixe des standards minima, le paragraphe 1.ii de l'article 4 n'empêche pas les Parties de prévoir qu'une personne autre que celle qui a subi le dommage puisse engager une procédure aux fins de réparation de ce préjudice.

(c) Lien de causalité

45. Il faut qu'il existe un lien de causalité adéquat entre l'acte de corruption et le dommage afin que ce dernier puisse être indemnisé. Le dommage doit être une conséquence normale de la corruption et non une conséquence extraordinaire. Ainsi, par exemple, le « manque à gagner » d'un concurrent malheureux, qui aurait obtenu le marché si l'acte de corruption n'avait pas été commis, est une conséquence normale de la corruption et devrait normalement être indemnisé. En revanche, il n'y a pas de lien de causalité adéquat dans le cas où, par exemple, le concurrent malheureux, dans sa colère et sa déception d'avoir perdu une affaire, tombe dans l'escalier et se casse la jambe. De plus, il faudrait noter que les Parties sont libres d'appliquer dans leur droit et leur pratique internes une notion plus large du lien de causalité.

Paragraphe 2

46. Le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit la responsabilité solidaire de plusieurs défendeurs, que ceux-ci aient sciemment coopéré ou que l'un d'entre eux soit simplement responsable du fait de sa négligence.

47. Dans le cadre de cette Convention, la responsabilité solidaire signifie que les personnes qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de corruption dont plusieurs défendeurs sont responsables, peuvent demander le paiement de la totalité des dommages-intérêts à l'un d'entre eux ou à l'ensemble.

Article 5 – Responsabilité de l'Etat

48. L'article 5 demande à chaque Partie de prévoir dans son droit interne des procédures appropriées pour permettre aux personnes ayant subi un dommage résultant d'un acte de corruption commis par un agent public dans l'exercice de ses fonctions, de demander réparation à l'Etat ou, dans le cas où la Partie n'est pas un Etat, aux autorités compétentes de cette Partie. Ce type de procédure existe au demeurant déjà dans plusieurs pays européens.

49. L'article 5 n'indique pas les conditions de fond de la responsabilité de la Partie. La Convention laisse chaque Partie libre de déterminer dans son droit interne les conditions de fond dans lesquelles elle serait responsable. En conséquence, les conditions et les procédures relatives aux actions contre l'Etat pour dommage causé par un acte de corruption commis par un agent public dans l'exercice de ses fonctions, doivent être déterminées par le droit interne de la Partie concernée. Toutefois, l'article 5 exige des Parties qu'elles prévoient des « procédures appropriées » pour permettre aux victimes d'un acte de corruption commis par un agent public, de disposer de procédures efficaces et de délais raisonnables pour demander réparation à l'Etat (ou, dans le cas où la Partie n'est pas un Etat, aux autorités compétentes de cette Partie).

50. Les dispositions de l'article 5 n'empêchent pas les Parties de prévoir dans leur droit interne que toute personne ayant subi un dommage résultant d'un fait de corruption commis par un agent public puisse agir contre lui, ainsi que la possibilité pour la Partie en question de poursuivre le remboursement par son agent public de toute perte (y compris, par exemple, les frais d'avocat) dont cet agent est considéré comme responsable. D'ailleurs, la plupart des systèmes juridiques européens prévoient déjà cette possibilité.

Article 6 – Faute concurrente

51. L'article 6 de la Convention prévoit que le comportement du demandeur peut avoir une incidence sur son droit à réparation. Bien entendu, lorsque le demandeur n'est pas la victime du dommage, c'est le comportement de celle-ci qui doit être pris en compte.

52. Il s'agit par conséquent d'une exception au principe de la réparation intégrale du dommage posé par l'article 3, dès lors que le comportement négligent de la victime pourra entraîner une diminution, voire une suppression, de son indemnisation, en conformité avec le droit interne.

53. Il convient d'observer toutefois que ce comportement doit comporter un caractère fautif, le simple fait non fautif de la victime restant sans effet sur son droit à une réparation.

54. Les juges devront par conséquent porter une appréciation sur le comportement de la victime, afin de déterminer s'il a constitué une véritable faute.

55. De plus, la gravité de la faute de la victime devra être prise en compte au regard de la survenance du dommage et de son aggravation.

56. Il appartiendra au juge de fixer, au regard des circonstances qui ont entouré l'acte de corruption ouvrant droit à réparation, la proportion dans laquelle l'indemnisation devra être réduite, ou même de décider que compte tenu du comportement fautif de la victime, aucune réparation ne doit lui être accordée.

57. A titre d'exemple, l'employeur qui aurait laissé la totale responsabilité de la gestion de sommes importantes à un employé, chargé par ailleurs de négocier certains marchés, sans exercer ou faire exercer aucun contrôle sur les conditions de passation des contrats ni sur la compétence de l'entreprise à laquelle le contrat a été alloué, pourrait se voir reprocher une faute ayant contribué à la survenance du dommage.

58. Si, après avoir appris que son employé avait déjà versé des commissions illicites, l'employeur négligeait de prendre les mesures nécessaires pour éviter le renouvellement des faits, une faute ayant contribué à l'aggravation du dommage financier subi par son entreprise pourrait être opposée à sa demande d'indemnisation.

Article 7 – Délais

59. Dans la plupart des juridictions, il est largement admis que la possibilité d'engager une procédure civile en réparation de dommages doit être assujettie à certains délais, de façon que les demandeurs tout comme les défendeurs puissent avoir un certain degré de certitude quant aux chances de succès d'une procédure. Les règles varient d'un pays à l'autre, mais, en général, elles imposent aux demandeurs d'engager la procédure dans un délai déterminé après avoir eu connaissance soit de l'acte qui donne lieu à la demande soit du dommage. La plupart des pays prescrivent aussi un délai plus long après l'expiration duquel l'action ne peut plus être engagée, quelle que soit la date à laquelle le demandeur a eu connaissance de l'acte.

60. L'article 7 de la Convention applique ces principes généraux aux demandes de réparation consécutives à des faits de corruption. Reconnaisant que les différentes législations fixent des délais différents, lesquels varient parfois suivant les cas, l'article ne prescrit pas un délai fixe applicable aux affaires de corruption. Lorsque le demandeur a eu connaissance ou aurait dû raisonnablement avoir connaissance du dommage ou de l'acte de corruption, et de l'identité de la personne responsable, il est nécessaire de donner au demandeur au moins un délai de trois ans pour entamer une action en justice, en raison de la nature de la corruption et de la difficulté de sa détection et des investigations nécessaires à l'obtention d'informations pour fonder la demande. Cette disposition permet aux Parties de prévoir dans leur droit interne que le délai commence à courir à compter de la connaissance soit du fait de corruption soit du dommage causé par ce fait. Les Etats peuvent aussi prévoir que le délai commence à courir à partir de la date à laquelle la victime prend connaissance et du dommage et de l'acte de corruption. Quelle que soit la formule choisie, la connaissance de l'identité de la personne responsable est un impératif en matière d'action civile. Des questions d'équilibre et d'équité (par exemple le défendeur peut ne pas avoir accès aux preuves après un grand nombre d'années) conduisent à considérer que l'interdiction absolue d'engager une procédure ne doit pas intervenir dans les dix années qui suivent l'acte de corruption. Les dispositions du paragraphe 1 de l'article 7 sont libellées dans ce sens.

61. Les modalités de suspension ou d'interruption des délais sont aussi différentes d'un pays à l'autre et sont étroitement liées à d'autres aspects des procédures nationales dans le domaine de l'administration de la justice civile. Il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'exiger une approche commune pour les affaires de corruption et le paragraphe 2 de l'article 7 en dispose ainsi. L'expression « s'il y a lieu » vise à reconnaître que les différents Etats ont des règles différentes pour ce qui est des délais, ceux-ci étant ou non susceptibles de suspension ou d'interruption.

62. De plus, il faut noter qu'en cas de commission de plusieurs actes de corruption, les parties sont libres de déterminer celui qui fait courir les délais, ce qui revêt une importance particulière pour le délai de prescription.

Article 8 – Validité des contrats

63. Le paragraphe 1 de cet article prévoit que tout contrat ou toute clause d'un contrat dont l'objet est un acte de corruption est entaché de nullité. En effet, dans la plupart des pays européens, les contrats dont la cause est illicite sont nuls.

64. L'application du droit civil dans la lutte contre la corruption se trouve renforcée par le paragraphe 2, qui prévoit un recours supplémentaire pour ceux qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de corruption. Nonobstant le droit d'engager des poursuites en indemnisation du dommage, toute partie qui, du fait d'un acte de corruption, a été trompée lorsqu'elle a conclu un contrat a le droit de saisir un tribunal pour lui demander d'annuler le contrat. Si les parties trompées le souhaitent, elles peuvent continuer d'appliquer le contrat. Il est clairement indiqué que seuls les contractants peuvent demander l'annulation d'un contrat. Il appartient au tribunal de décider du sort du contrat, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire.

65. Il faut noter que, selon le texte de cette disposition, les Parties ne sont pas obligées de prévoir un droit pour les tiers au contrat de demander son annulation. Il va de soi que rien n'empêche les Parties qui le souhaitent d'aller au delà de la lettre de cette disposition en reconnaissant aussi le droit à toute personne intéressée de demander l'annulation du contrat. En tout état de cause, les personnes ayant un intérêt légitime peuvent, sur la base d'autres dispositions de cette Convention (par exemple les articles 3 et 4), entamer une action pour la compensation du dommage résultant d'un acte de corruption.

Article 9 – Protection des employés

66. Cet article fait peser l'obligation sur chaque Partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger contre toute sanction injustifiée les employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des actes et pratiques de corruption.

67. En ce qui concerne les mesures de protection à prendre conformément à l'article 9, le droit des Parties pourrait, par exemple, prévoir qu'un employeur peut être condamné au paiement de dommages-intérêts à son employé victime de sanctions injustifiées.

68. En effet, les affaires de corruption sont difficiles à détecter et à instruire et les employés ou les collègues (du secteur public ou privé) des personnes impliquées sont souvent les premiers à découvrir ou à suspecter quelque chose d'anormal.

69. «La protection adéquate contre toute sanction injustifiée» implique qu'en vertu de cette Convention, toute sanction contre des employés fondée sur le fait qu'ils ont rapporté un acte de corruption aux personnes ou autorités compétentes pour recevoir les informations concernant un tel acte, ne trouvera pas de justification. En effet, le fait de rapporter des faits de corruption ne devrait pas être considéré en soi comme une violation du devoir de confidentialité. Ces sanctions injustifiées peuvent inclure, par exemple, le licenciement ou le changement d'affectation ainsi que toute autre mesure qui porte préjudice à l'évolution de la carrière de l'employé.

70. Il faut bien préciser que si personne ne peut empêcher les employeurs de prendre toute mesure nécessaire à l'encontre de leurs employés conformément aux dispositions du droit du travail, par exemple, applicables en l'occurrence, les employeurs ne doivent pas infliger des sanctions injustifiées à des employés uniquement sous le prétexte que ces derniers ont fait part de leurs soupçons à la personne ou à l'autorité responsable.

71. La protection appropriée que les Parties sont tenues de leur assurer doit donc inciter les employés à faire part de leurs soupçons à la personne ou à l'autorité responsable. De fait, dans nombre de cas, les personnes qui ont des informations sur des activités de corruption ne les communiquent pas, essentiellement par crainte d'éventuelles conséquences négatives.

72. La protection prévue couvre seulement les cas où les employés ont des bonnes raisons de croire que leurs soupçons sont fondés et en font part de bonne foi. Autrement dit, cette protection ne s'applique qu'aux personnes qui agissent de façon sincère et non à celle qui le font par malveillance.

Article 10 – Etablissement du bilan et vérification des comptes

73. L'article 10 reconnaît que les législations nationales sur l'établissement des bilans et la vérification des comptes sont des outils importants pour mettre en évidence et combattre la corruption. Des règles strictes dans ce domaine peuvent contribuer à empêcher et à déceler des irrégularités comptables, comme des transactions et des engagements mal identifiés, la comptabilisation de dépenses inexistantes, les faux documents et les comptes occultes.

74. L'article 10 s'inspire de la Quatrième directive du Conseil concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (78/660/CEE, article 2, paragraphe 3), la Septième directive du Conseil concernant les comptes consolidés (83/349/CEE, article 16, paragraphe 3) et la Huitième directive du Conseil concernant l'agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables (84/253/CEE, article 1, paragraphe 1, alinéa a). Cet article vise à assurer des procédures efficaces sans préciser de règles juridiques.

75. Le paragraphe 1 a trait aux comptes annuels des sociétés, qui comprennent le bilan et toute autre déclaration financière, les comptes d'exploitation et de résultats et leurs annexes. Afin de rendre plus efficace la lutte contre la corruption, les comptes annuels doivent donner une image fidèle de tous les aspects de la situation financière des sociétés.

76. Le paragraphe 2 souligne le rôle central des commissaires aux comptes dans la lutte contre la corruption. Dans les comptes annuels, le bilan donne la liste des éléments de l'actif et du passif à une date donnée. Cette disposition s'applique aux audits externes aussi bien qu'aux contrôles internes des sociétés.

Article 11 – Obtention des preuves

77. La corruption est, de par sa nature, dissimulée et les demandeurs peuvent rencontrer de grosses difficultés pour obtenir les preuves nécessaires pour étayer leur action. Différents moyens peuvent être utilisés pour résoudre cette difficulté. Par exemple, certains systèmes juridiques prévoient la saisine d'un tribunal en vue d'une procédure en production de documents, alors que dans d'autres systèmes le juge peut désigner une personne particulière pour obtenir les informations requises.

78. Cet article n'exige pas des Parties qu'elles adoptent une procédure spécifique pour l'obtention des preuves. Il ne contient en particulier aucune obligation pour les Parties de prévoir un renversement de la charge de la preuve dans les procédures civiles relatives aux affaires de corruption. Il vise à encourager les Parties contractantes qui n'ont pas de procédures efficaces pour l'obtention de preuves à adopter de telles procédures, en particulier, pour les affaires de corruption.

79. Il convient aussi de noter que l'objectif de la procédure visée à l'article 11 de la Convention doit être essentiellement l'acquisition de preuves écrites dans le cadre d'une action civile intéressant des faits de corruption. En particulier, grâce à l'utilisation des documents indiqués à l'article 10, les victimes de la corruption pourraient être en meilleure position pour prouver qu'un acte de corruption a eu lieu.

Article 12 – Mesures conservatoires

80. Dans la plupart des pays européens (comme non européens), les demandeurs ont pu se rendre compte que leur tentative d'obtenir des dommages-intérêts par la voie d'une procédure civile peut être contrecarrée par des débiteurs peu scrupuleux qui dissimulent ou dispersent leurs actifs avant que le jugement ne soit rendu. Ce problème est particulièrement aigu lorsque des procédures doivent être menées à l'étranger.

81. L'article demande donc aux Parties qu'elles permettent aux particuliers de saisir les tribunaux afin qu'ils prennent les mesures conservatoires requises pour préserver les droits et intérêts (par exemple, la conservation ou la garde d'une propriété pendant la procédure civile) soit du demandeur, soit du défendeur. Il s'agit de préserver la situation des parties en attendant que justice soit rendue dans l'affaire en question. Il appartient aux Parties de décider de la manière d'atteindre cet objectif. Elles pourraient prévoir la possibilité d'adopter des mesures conservatoires avant que la procédure soit formellement entamée, au début ou pendant le déroulement de celle-ci ou, enfin, en combinant ces possibilités.

82. De fait, dans les affaires civiles, (y compris les affaires de corruption), il est très souvent nécessaire de préserver les biens qui font l'objet de la procédure civile (ou tout autre bien appartenant aux défendeurs) tant que le jugement final n'est pas rendu.

83. Les mesures visées dans l'article en question ont essentiellement les objectifs suivants :

- (a) prendre les dispositions préliminaires qui s'imposent pour assurer la préservation des actifs nécessaires à l'exécution du jugement final ; et
- (b) maintenir le statu quo en attendant la résolution des questions en suspens.

84. Dans les deux cas, ces mesures sont destinées à assurer un moyen efficace visant à éviter que les objectifs du système de justice civile ne soient mis en échec.

Article 13 – Coopération internationale

85. Dans les Principes directeurs pour la lutte contre la corruption (Principe 20) figure l'engagement de développer la coopération internationale la plus large possible dans tous les domaines de la lutte contre la corruption.

86. Lorsqu'il s'agit d'affaires de corruption présentant un caractère international, plusieurs problèmes peuvent se poser, en raison notamment des incertitudes quant au droit applicable, des difficultés soulevées par la nécessité d'obtenir des preuves, ainsi que par la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

87. En particulier, la corruption est devenue une pratique de plus en plus courante dans les transactions commerciales internationales. Par exemple, il est possible qu'une entreprise d'un pays A constate qu'elle a perdu un contrat en faveur d'une entreprise d'un pays B parce qu'une commission occulte a été versée à une entreprise d'un pays C ou à un agent public de ce pays. Dans un tel cas de figure, l'entreprise du pays A éprouvera des difficultés pour obtenir réparation. Ces difficultés peuvent tenir, par exemple, à la nécessité de transmission à l'étranger des actes judiciaires et extra-judiciaires, de déterminer la juridiction à saisir pour obtenir satisfaction, aux incertitudes quant au droit applicable lorsque plusieurs options différentes sont concevables, à l'obligation pour l'entreprise d'avancer une garantie pour les frais judiciaires si les poursuites sont engagées devant un tribunal étranger et à la difficulté d'obtenir l'exécution d'un jugement dans un pays étranger.

88. Cependant, la Convention ne traite délibérément pas de ces questions. De fait, l'article 13 exige des Parties qu'elles coopèrent, lorsque cela est possible, conformément aux instruments juridiques internationaux existants et applicables dans ces domaines, comme les Conventions de Bruxelles et de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale en date, respectivement, de 1968 et 1988, la Convention de La Haye de 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, les Conventions de La Haye sur la procédure civile de 1954 et 1980.

89. Ces Conventions, comme celles en cours de négociation dans diverses enceintes internationales (notamment la Conférence de La Haye sur le droit international privé), constituent un *corpus juris* suffisamment pertinent qui pourrait et devrait être applicable aussi dans les affaires de corruption comportant des aspects internationaux. Les Parties à cette Convention qui ne sont pas encore Parties à ces instruments internationaux sont invitées à envisager, lorsque cela est possible, d'y adhérer, afin d'être en mesure de se conformer aux dispositions de l'article 13 de la Convention.

90. Cependant, même si les rédacteurs n'ont pas jugé nécessaire d'inclure des dispositions concernant les problèmes spécifiques de coopération internationale dans les affaires de corruption, la coopération exigée par l'article 13 de la Convention doit néanmoins être efficace. De fait, il appartiendra au GRECO de suivre la mise en œuvre par les Parties de cette disposition de façon adaptée et efficace.

91. De plus, les rédacteurs de la Convention considèrent que les Parties à celle-ci n'ayant ni signé ni ratifié les Conventions traitant des sujets visés par cette disposition devraient s'efforcer de s'accorder un niveau équivalent d'entraide judiciaire dans les domaines couverts par la présente Convention, même si cette dernière ne contient pas des obligations juridiques en ce sens.

Article 14 – Suivi

92. La mise en œuvre de la Convention sera suivie par le « Groupe d'Etats contre la corruption – GRECO ». L'établissement d'un mécanisme efficace et adapté pour suivre la mise en œuvre des instruments juridiques internationaux contre la corruption a été considéré, dès le départ, comme 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 aux 19^{ème} et 21^{ème} Conférences 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 deuxième Sommet des Chefs d'Etat et de gouvernement). Dans la Résolution (98)7, adoptée à sa 102^{ème} session (5 mai 1998), le Comité des Ministres a autorisé l'établissement d'un organe de contrôle, le GRECO, aux termes d'un Accord partiel

et élargi relevant de la Résolution statutaire (93) 28 (complétée par la Résolution (96)36). Les Etats membres et les Etats non membres ayant participé à l'élaboration de l'Accord ont été invités à faire part de leur intention de participer au GRECO, qui commencera de fonctionner le premier jour du mois suivant la date à laquelle la quatorzième notification d'un Etat membre sera reçue par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. En conséquence, le 1er mai 1999, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, l'Estonie, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Islande, l'Irlande, la Lituanie, le Luxembourg, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie, l'Espagne, et la Suède, rejoints le 19 mai 1999 par la Pologne ont adopté la Résolution (99) 5 établissant le GRECO et contenant son Statut.

93. Le GRECO suivra la mise en œuvre de cette Convention conformément à son statut, annexé à la Résolution (99) 5 Son objectif est d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en suivant, dans le cadre d'un processus dynamique d'évaluation mutuelle et de pressions par les pairs, le respect de leurs engagements dans ce domaine (article 11 des statuts). Les fonctions, la composition, le mode de fonctionnement et les procédures du GRECO sont définis dans son Statut.

94. Si une Partie est déjà membre du GRECO lorsqu'elle ratifie la Convention, le suivi effectué par le GRECO sera élargi pour couvrir la mise en œuvre de la présente Convention. Si, lorsqu'elle ratifie la Convention, une Partie n'est pas membre du GRECO, les dispositions de l'article 14, conjuguées à celles des paragraphes 3 et 4 de l'article 15 ou du paragraphe 2 de l'article 16, entraînent sa participation obligatoire et automatique au GRECO. Cela implique donc l'obligation d'accepter d'être contrôlé conformément aux procédures détaillées prévues dans les statuts du GRECO à compter de la date à laquelle la Convention entre en vigueur à l'égard de cette Partie.

III. Clauses finales

95. A quelques exceptions près, les dispositions de cette section sont, pour l'essentiel, tirées 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 315ème réunion des Délégués des Ministres en février 1980. Si la plupart de ces articles n'appellent aucun commentaire particulier, les points ci-après exigent quelques explications.

96. Le paragraphe 1 de l'article 15 a été rédigé sur la base de plusieurs précédents figurant dans d'autres conventions élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe, qui prévoient la possibilité de signature, avant l'entrée en vigueur de la convention, non seulement par les Etats membres du Conseil de l'Europe mais aussi par les Etats non membres qui ont participé à l'élaboration de la convention. Ces Etats sont les suivants : Bélarus, Bosnie-Herzégovine, Canada, Etats-Unis d'Amérique, Géorgie, Japon, Mexique et Saint-Siège. Une fois que, conformément au paragraphe 3 de cet article, la Convention sera entrée en vigueur, d'autres Etats non membres pourront être invités à y adhérer en vertu des dispositions du paragraphe 1 de l'article 16.

97. Il est prévu au paragraphe 3 de l'article 15 que 14 ratifications sont nécessaires pour que la Convention entre en vigueur. Il s'agit d'un nombre de ratifications inhabituellement élevé pour une Convention de droit civil rédigée par le Conseil de l'Europe. Ceci s'explique par le fait que des mesures contre la corruption, en particulier contre la corruption internationale, ne peuvent être efficaces que si un nombre important d'Etats s'engagent à prendre simultanément les mesures nécessaires. Il est généralement admis que les pratiques de corruption ont un effet sur le commerce international car elles empêchent l'application des règles de concurrence et portent atteinte au fonctionnement normal de l'économie de marché. Certains pays estiment que prendre des engagements internationaux contre la corruption pénaliserait leurs sociétés si d'autres pays ne faisaient pas de même. C'est donc pour éviter de créer un handicap pour les entreprises d'un petit nombre d'Etats Parties que la présente Convention dispose qu'un nombre important d'Etats doivent s'engager à l'appliquer en même temps. De plus, le nombre de ratifications requises pour l'entrée en vigueur de cette Convention est le même que celui prévu par d'autres instruments contre la corruption du Conseil de l'Europe, tels que l'Accord Partiel et élargi établissant le «Groupe d'Etats contre la corruption – GRECO» et la Convention pénale sur la corruption (STE N° 173).

98. La deuxième phrase des paragraphes 3 et 4 de l'article 15 ainsi que du paragraphe 2 de l'article 16, conjointement avec l'article 14, entraînent la participation automatique et obligatoire au GRECO des Parties contractantes qui n'étaient pas déjà, au moment de leur ratification, membres de cette organe de suivi. Il ne sera donc pas possible de devenir Partie à cette Convention sans devenir en même temps membre du GRECO et se soumettre à ses procédures de contrôle. Toutefois, eu égard à la nature particulière de la Communauté européenne, les modalités de sa participation dans le GRECO seront déterminées d'un commun accord.

99. L'article 16 a également été rédigé à partir de plusieurs précédents figurant 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 consultation des Parties, inviter tout Etat non membre à accéder à la Convention. Cette disposition ne s'applique qu'aux Etats non membres qui n'ont pas participé à la préparation de la Convention.

100. Conformément à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'article 19 vise à assurer la coexistence de la Convention avec d'autres traités – multilatéraux ou bilatéraux ou instruments traitant des sujets qui sont aussi couverts dans la présente Convention. Le paragraphe 2 de l'article 19 mentionne de façon positive la possibilité pour les Parties de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux – ou tout autre instrument international - relatifs aux questions réglées dans la Convention. Toutefois, la rédaction du texte montre clairement que les Parties ne peuvent conclure aucun accord qui déroge à cette Convention. Il est toutefois permis à des Parties de se soumettre, sans préjudice pour les objectifs et les principes de cette Convention, à des règles en la matière dans le cadre d'un système spécial qui est contraignant au moment de la conclusion de la présente Convention. Ce régime particulier s'applique à la Communauté européenne et à ses Etats membres, ainsi qu'aux futurs Etats membres, à compter de la date de leur adhésion à l'Union européenne. Le paragraphe 3 de l'article 19 prévoit la poursuite de l'application des accords, traités ou relations déjà établis sur un sujet couvert par la Convention, par exemple dans le cadre de la Communauté européenne ou de la coopération des pays nordiques.

101. La procédure prévue pour les amendements à l'article 20 concerne des changements mineurs de type procédural. De fait, les modifications importantes de la Convention peuvent intervenir par le biais de protocoles additionnels. Par ailleurs, le paragraphe 5 de l'article 20 prévoit qu'après son adoption, un amendement n'entrera en vigueur que lorsque toutes les Parties auront informé le Secrétaire général de leur acceptation. La procédure d'amendement de la présente Convention prévoit la consultation des Etats non membres qui ne siègent pas au Comité des Ministres ou au Comité européen de coopération juridique (CDCJ).

102. Le paragraphe 1 de l'article 21 prévoit que le CDCJ doit être 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 rechercher le règlement par des moyens pacifiques de tout différend touchant l'interprétation ou l'application de la Convention. Le choix de toute procédure de règlement des différends doit faire l'objet d'un accord commun entre les Parties concernées.