



Strasbourg, 13 octobre 2006

Public
Greco Eval II Rep (2005) 10F

Deuxième Cycle d'Evaluation

Rapport d'Evaluation sur les Etats-Unis d'Amérique

Adopté par le GRECO
lors de sa 30^e Réunion Plénière
(Strasbourg, 9-13 octobre 2006)

I. INTRODUCTION

1. Les Etats-Unis d'Amérique sont le trente-sixième Etat membre du GRECO à avoir été examiné dans le cadre du Deuxième Cycle d'Evaluation. L'Equipe d'Evaluation du GRECO (ci-après « l'EEG ») était composée de MM. Silvio CAMILLERI, procureur général (Malte) ; Jacek GARSTKA, juge, Service de la coopération internationale et du droit européen, ministère de la Justice (Pologne) ; Dr. Richard JARVIS, secrétaire du Comité des règles de la vie publique (Royaume-Uni), et Pierre-Christian SOCCOJA, secrétaire général du Service central de prévention de la corruption (France). Cette équipe, accompagnée de deux membres du Secrétariat du Conseil de l'Europe, s'est rendue aux Etats-Unis d'Amérique (Washington DC et New York) du 10 au 17 décembre 2005. Avant cette visite, l'EEG avait reçu le questionnaire d'évaluation dûment complété (document Greco Eval II (2005) 4E), ainsi que des copies des textes législatifs pertinents.

2. L'EEG a rencontré des responsables des institutions ci-après du pouvoir exécutif américain : ministère de la Justice (*US Department of Justice*) [Bureau du procureur général (*Attorney General's Office*), Bureau des procureurs fédéraux (*Executive Office of US Attorneys*), Service des fraudes de la Direction des affaires civiles (*Civil Division Fraud Section*), Service des fraudes de la Direction des affaires pénales (*Criminal Division Fraud Section*), Service chargé de la confiscation des avoirs et de la lutte contre le blanchiment d'argent (*Asset Forfeiture and Money Laundering Section*), Bureau des affaires internationales de la Direction des affaires pénales (*Office for International Affairs*), *US Marshals Service*, Département des programmes fédéraux (*Federal Programs Branch*), Service de l'intégrité publique de la Direction des affaires pénales (*Public Integrity Section*), Bureau de l'information et de la protection des renseignements personnels (*Office of Information and Privacy*)] ; Commission des opérations de bourse (*Securities and Exchange Commission – SEC*) [Bureau des affaires internationales (*Office for International Affairs*), OGC (*Office of General Counsel*), Direction des affaires opérationnelles de la SEC (*Division of Enforcement*)] ; Département du Trésor des Etats-Unis d'Amérique (*US Department of Treasury*) [Service de lutte contre le financement terroriste et la délinquance financière (*Terrorist Financing and Financial Crime – TFI*), administration fiscale (*Internal Revenue Service – IRS*), Réseau de lutte contre la délinquance financière (*Financial Crimes Enforcement Network – FinCEN*)] ; Département de la sécurité intérieure (*Department of Homeland Security*) [Service de contrôle de l'immigration et des douanes (*Bureau of Immigration and Customs Enforcement*)] ; Administration des archives fédérales américaines (*National Archives and Records Administration*) ; Administration des services généraux (*General Services Administration*) ; OGE (*US Office of Government Ethics*) ; GAO (*General Accountability Office*) ; Bureau de l'inspecteur général, Service postal des Etats-Unis d'Amérique (*Office of Inspector General at the US Postal Service*) ; MSPB (*Merit Systems Protection Board*), OPM (*Office of Personnel Management*) et OSC (*Office of Special Counsel*). En outre, l'EEG a rencontré des représentants d'institutions des Etats et des collectivités locales, à savoir : *New York State Ethics Commission, Pennsylvania State Ethics Commission, New York State Department of Civil Service, New York Department of State Division of Corporations, Records and the Uniform Commercial Code, New York State Committee on Open Government* (Etat et Ville de New York), *New York State Office of the Attorney General, New York City Law Department, New York City Department of Investigation, New York City Conflicts of Interest Board, New York City Department of Citywide Administrative Services, Westchester County Clerk's Office (NYC), Bronx County Office of District Attorney, New York County Office of the District Attorney*. L'EEG a également rencontré des représentants des organisations non gouvernementales suivantes : *American Bar Association, New York State Trial Lawyers Association, National District Attorneys Association, National Association of Attorneys General, Council on Governmental Ethics Laws, Transparency International, Ethics Resource Center, Senior Executives Association, National*

Treasury Employees Union, American Federation of Government Employees, National Journal, Washington Post, Common Cause, New York Public Interest Research Group et New York Post.

3. Le Deuxième Cycle d'Évaluation, qui a débuté le 1^{er} janvier 2003, porte sur les thèmes suivants :
 - **Thème I - Produits de la corruption** : Principes directeurs 4 (saisie et confiscation des produits de la corruption) et 19 (liens entre la corruption et le blanchiment de l'argent/la criminalité organisée), complétés, pour les membres ayant ratifié la Convention pénale sur la corruption¹ (STE 173), par les articles 13, 19 (paragraphe 3) et 23 de la Convention ;
 - **Thème II – Administration publique et corruption** : Principes directeurs 9 (administration publique) et 10 (agents publics) ;
 - **Thème III - Personnes morales et corruption** : Principes directeurs 5 (personnes morales) et 8 (législation fiscale), complétés, pour les membres ayant ratifié la Convention pénale sur la corruption (STE 173), par les articles 14, 18 et 19 paragraphe 2 de la Convention.
4. Le présent rapport a été établi sur la base des réponses au questionnaire et des informations fournies lors de la visite sur place. Le principal objectif de ce rapport est d'évaluer l'efficacité des mesures prises par les autorités américaines dans la perspective des obligations découlant des dispositions énoncées au paragraphe 3. Le rapport présente une description de la situation, suivie d'une analyse critique. Les conclusions comprennent une liste de recommandations formulées par le GRECO à l'intention des Etats-Unis d'Amérique pour que ce pays améliore son niveau de conformité aux dispositions concernées.
5. Compte tenu de la superficie des Etats-Unis d'Amérique et des particularités de leur système juridique (partage des compétences entre le niveau fédéral et celui des Etats) ainsi que des limites de la visite d'évaluation, le présent rapport est axé sur le niveau fédéral. Dans la mesure du possible, il se réfère également au niveau de l'Etat et des collectivités locales de New York, où l'EEG s'est également rendue.

II. THÈME I – PRODUITS DE LA CORRUPTION

a. Description de la situation

6. L'EEG a été informée que les Etats-Unis d'Amérique donnent une grande priorité au recours à la confiscation des biens et prévoient notamment des mesures conservatoires pour combattre la grande délinquance. A titre d'exemple, les bureaux des procureurs fédéraux mettent généralement en place une unité spécialisée ou désignent certains procureurs qui assument la responsabilité principale des affaires de confiscation. De même, d'autres organes chargés de faire respecter la loi confient aussi la responsabilité des affaires de confiscation à des unités ou à du personnel spécialisés, tant au niveau du siège que de leurs bureaux sur le terrain.

Confiscation et autres saisies des produits et instruments du crime

7. Dans le système en place au niveau fédéral, la confiscation est possible que l'on ait ou non obtenu la condamnation du responsable (confiscation *in personam* ou *in rem*). Sur cette base, la loi autorise la confiscation de biens tirés d'un large éventail d'infractions pénales qui sont utilisés dans le cadre d'une infraction ou bien qui y sont rattachés². En outre, il est possible de procéder à une

¹ Les Etats-Unis d'Amérique ont signé (le 10 octobre 2000) la Convention pénale sur la corruption, mais ne l'ont pas ratifiée.

² Les procédures américaines de confiscation nécessitant une condamnation sont parfois qualifiées de « confiscation pénale » tandis que celles de confiscation *in rem* sont qualifiées de « confiscation civile ». Ces deux procédures sont

confiscation administrative pour certaines catégories de biens, comme des véhicules ou des devises, si les personnes concernées ne s'opposent pas à ce que la décision soit prise par une instance administrative (au lieu d'un tribunal). Dans les cas ayant trait aux principales infractions de corruption, la confiscation est autorisée conformément au titre 18 du *United States Code* (USC – Code des Etats-Unis), paragraphe 981.a pour la confiscation *in rem*, et aux titres 18, paragraphe 982, et 28, paragraphe 2461 de l'USC pour la confiscation après condamnation. Ces lois permettent la confiscation dans le cadre d'infractions aux titres 15, paragraphe 78dd.1 et suivants (*Foreign Corrupt Practices Act*, relatif à la corruption dans les transactions à l'étranger), et 18 paragraphes 201 (corruption), 215 (commissions ou cadeaux en échange de prêts), 224 (corruption dans le sport), 664 (détournement et vol de biens publics), 664 (détournement de pensions et de prestations sociales), 666 (vol ou corruption en rapport avec des programmes recevant des fonds fédéraux), 1341 (fraudes et escroqueries), 1343 (utilisation frauduleuse du réseau de télécommunications) et 1952 (extorsion), entre autres. Etant donné l'étendue des dispositions relatives à la fraude, qui visent jusqu'aux les pratiques frauduleuses dans les prestations de services honnêtes (18 USC § 1346), la confiscation du produit de la plupart des comportements liés à la corruption est possible, suivant la manière dont sont engagées l'action en confiscation ou la mise en accusation pénale. La confiscation n'est toutefois pas applicable à toutes les infractions nationales ; dans certains cas, elle ne concerne que les produits de l'infraction, les biens ayant servi à commettre l'infraction (instruments) ne pouvant être confisqués³. En général, s'il existe une autorité compétente en la matière, il est possible de confisquer les biens soit dans le cadre d'une action *in personam* fondée sur une condamnation, intentée contre la personne accusée d'une infraction pénale, soit dans le cadre d'une action *in rem* visant les biens eux-mêmes.

i) Confiscation *in personam* fondée sur une condamnation

8. La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique a établi que la confiscation pénale *in personam* fait partie de la sentence prononcée à l'encontre de l'accusé. En conséquence, du point de vue procédural, pour confisquer des biens moyennant une procédure en confiscation fondée sur une condamnation, l'accusé doit d'abord être reconnu coupable selon la norme de preuve « au-delà de tout doute raisonnable ». Une fois la condamnation prononcée, il faut apporter la preuve, selon la prépondérance des probabilités, que les biens désignés sont soumis à confiscation. Cependant, le procureur ne peut généralement demander la confiscation que sur la base de la déclaration de culpabilité, sous réserve qu'il ait prévenu l'accusé de l'éventualité d'une confiscation en incluant une allégation de confiscation dans l'acte d'inculpation (Article 32.2 du Règlement fédéral de procédure pénale - *Federal Rule of Criminal Procedure*). La confiscation ne doit pas être excessive en vertu des dispositions de la Constitution, qui interdit d'imposer des « amendes excessives » (les tribunaux doivent veiller à ce que la confiscation ne soit pas manifestement disproportionnée par rapport à l'infraction).

étroitement analogues eu égard à leur finalité, procédure, application et effet légal. L'une et l'autre sont plus appropriées dans le contexte d'une information judiciaire concernant des infractions pénales et ne peuvent être engagées par le gouvernement que dans l'exercice de ses pouvoirs de police. Les procédures de confiscation *in rem* ne font pas intervenir des notions plus généralement reconnues de responsabilité civile *in personam*, comme pour les dommages civils, et ne peuvent pas être intentées par des parties privées. En conséquence, il apparaît plus juste de décrire de telles procédures comme des actions de nature quasi pénale. Pour éviter toute confusion, nous utiliserons les termes plus précis de confiscation « fondée sur une condamnation » et confiscation « *in rem* » pour désigner ces procédures.

³ Par exemple, pour les infractions en matière de trafic de stupéfiant et de blanchiment d'argent commises au niveau national, les Etats-Unis d'Amérique peuvent confisquer à la fois le produit de l'infraction et les instruments, c'est-à-dire les biens utilisés pour commettre l'infraction. En cas de fraude bancaire, en revanche, ils ne peuvent confisquer que les produits.

9. Les actions *in personam* fondées sur une condamnation ne peuvent aboutir si l'accusé est décédé ou demeure en fuite. Elles sont aussi limitées aux biens de l'accusé et, de ce fait, ne peuvent être utilisées concernant les instruments si l'infraction a été commise en utilisant les biens d'une tierce personne. Cependant, étant donné qu'une action en confiscation fondée sur une condamnation donnerait lieu à un jugement *in personam* contre l'accusé, ce dernier a une obligation personnelle de satisfaire le jugement ; des biens légitimement acquis pourront ainsi être confisqués au lieu des biens mal acquis, par exemple lorsque les biens impliqués dans l'infraction que l'on aura fait disparaître ou cachés. De même, dans certaines actions en confiscation, notamment celles relatives à des délits d'extorsion en vertu du *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), les membres d'une entreprise criminelle peuvent être individuellement passibles de la confiscation des avoirs de l'entreprise criminelle, si ces avoirs sont impliqués dans l'infraction.
10. Comme en principe, seuls les biens de l'accusé (lui appartenant totalement ou en partie) peuvent être confisqués dans une action après condamnation, le patrimoine d'un tiers ne peut faire l'objet d'une confiscation fondée sur une condamnation. Cependant, le patrimoine de personnes désignées, d'*alter egos* ou de personnes qui n'ont acquis ces avoirs qu'après la perpétration de l'infraction est susceptible d'être confisqué en tant que biens de l'accusé. Ainsi, un tiers qui affirme avoir un intérêt dans les produits d'une infraction doit satisfaire aux exigences garantissant qu'il est un acheteur de bonne foi. Tout droit sur les biens confisqués est dévolu aux autorités à compter de la date de la perpétration de l'acte ayant donné lieu à la confiscation. Par conséquent, les transferts à des tiers intervenus après la perpétration de l'infraction, mais avant l'ordonnance de confiscation, ne peuvent être invoqués pour établir un droit antérieur.

ii) Confiscation *in rem*

11. La confiscation *in rem* est généralement considérée comme une mesure entièrement corrective et non punitive, de nature civile sur le plan de la procédure mais qui, comme les actions *in personam* après condamnation, exige néanmoins l'existence d'une infraction pénale. À la différence des actions fondées sur la condamnation, cependant, la confiscation *in rem* n'exige pas la condamnation d'une personne pour actes illégaux. Elle dépend surtout de la capacité du procureur à démontrer le lien entre la conduite criminelle et le bien concerné par la mesure de confiscation : aucune autorité civile, quelle qu'elle soit, n'intervient dans cette procédure. Les actions *in rem* sont particulièrement utiles dans les cas où une condamnation pénale s'avère impossible, comme lorsque le bien est détenu par un fugitif ou que l'auteur de l'infraction est décédé⁴. L'EEG a été informée que de récentes décisions des tribunaux ont eu pour effet de rendre floue la traditionnelle distinction entre confiscation civile *in rem* et confiscation *in personam* fondée sur une condamnation. En conséquence, y compris les cas de confiscation *in rem*, dans certaines circonstances, sont susceptibles d'être soumis aux limites découlant de la Constitution, qui prévoit que des « amendes excessives » ne peuvent pas être imposées (l'amende ne doit pas être manifestement disproportionnée par rapport à l'infraction).
12. Concernant les tierces parties dans les procédures de confiscation *in rem*, le demandeur doit généralement soit contester avec succès les éléments de preuve établissant un lien entre les biens concernés et l'infraction en question, soit démontrer qu'il est un propriétaire innocent. Pour que quelqu'un puisse revendiquer un droit existant au moment des faits sur des biens faisant l'objet

⁴ L'EEG note que dans certains cas, par exemple fraude en matière de soins de santé, extorsion, obscénité et espionnage économique, la législation fédérale ne prévoit qu'une confiscation *in personam* fondée sur une condamnation, mais pas une confiscation *in rem*. Par conséquent, il y a lieu d'examiner les lois applicables pour déterminer s'il est possible de recourir à la confiscation *in rem* dans un cas donné. En revanche, en vertu du titre 28 de l'USC, paragraphe 2461, la législation fédérale autorise la confiscation *in personam* fondée sur une condamnation y compris dans les cas où des lois spécifiques ne mentionnent qu'une mesure de confiscation *in rem*.

d'une confiscation, il doit soit avoir ignoré que ces biens étaient utilisés pour commettre l'infraction, soit avoir pris toutes les mesures raisonnables pour l'empêcher. Si la tierce partie a acquis des intérêts dans le bien après la perpétration de l'infraction, elle doit pouvoir établir sa qualité d'acheteur de bonne foi.

13. Dans les actions fondées sur une condamnation ou dans les procédures *in rem*, il est généralement possible de confisquer à la fois les biens directement impliqués dans l'infraction et les biens dans lesquels ces biens impliqués dans l'infraction ont été transformés ou convertis. La confiscation des produits d'une activité illégale manifeste est aussi généralement possible. Les frais qui ont été engagés par le responsable à des fins délictueuses ne sont normalement pas déductibles.
14. La confiscation en valeur est possible dans les confiscations fondées sur une condamnation et est décidée selon la norme applicable aux autres procédures, à savoir la prépondérance de la preuve. Ainsi, si l'on cherche à obtenir une décision de confiscation en valeur au lieu d'une ordonnance de confiscation visant un bien donné, il faut pouvoir établir que l'accusé a généré des avoirs d'une valeur équivalente au montant dont la confiscation est requise.
15. Les dispositions relatives à la confiscation ne permettent généralement pas de renverser la charge de la preuve, ni dans les procédures fondées sur une condamnation ni dans les procédures *in rem*. Dans les cas de confiscation fondée sur une condamnation, le parquet doit d'abord prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable, puis établir la confiscation selon la prépondérance des probabilités. Dans la confiscation *in rem*, le procureur doit étayer que le bien est soumis à confiscation selon la prépondérance de la preuve. Ce principe ne souffre d'exception que dans des cas très particuliers (cf. terrorisme) où il est possible de renverser la charge de la preuve (18 USC § 981.g).
16. Les statistiques globales sur le nombre d'affaires où il y a eu confiscation (indépendamment de la nature de l'infraction) s'établissent comme suit pour les trois dernières années fiscales : 30 810 cas en 2002, pour une valeur totale de 745 464 000 dollars ; 31 050 cas en 2003, pour une valeur totale de 869 205 000 dollars, et 46 294 cas en 2004, pour une valeur de 864 765 000 dollars.
17. L'EEG a été informée que dans l'Etat de New York, la législation prévoit une procédure de confiscation fondée sur une condamnation ainsi qu'une procédure *in rem*. De plus, New York dispose aussi d'une procédure de confiscation *in personam* de nature largement civile. Il est apparu que la confiscation *in rem* est de loin la modalité la plus utilisée. Les Etats entretiennent une collaboration pratique, fondée sur des contacts. Le cas échéant, ils peuvent solliciter une assistance fédérale.

Mesures provisoires

18. Qu'il s'agisse de la confiscation *in personam*, fondée sur une condamnation, ou de la confiscation *in rem* des instruments et produits du crime, les biens visés par la demande peuvent être saisis, bloqués ou préservés d'une manière ou d'une autre avant la confiscation définitive afin de veiller à ce qu'ils demeurent disponibles, lorsqu'il existe des raisons probables de croire que les biens concernés seront soumis à confiscation. Cependant, comme indiqué plus haut, même si la loi permet de confisquer des biens de substitution au lieu des biens impliqués dans l'infraction ou de biens identifiables liés à l'infraction, d'une manière générale les tribunaux fédéraux ne peuvent rendre une ordonnance d'immobilisation de biens de substitution avant jugement, notamment lorsque le lien avec l'infraction ne peut être établi.

19. Dans les procédures fondées sur une condamnation, le tribunal a le pouvoir, conformément au titre 21 de l'USC, paragraphe 853.e, de prononcer une ordonnance conservatoire — par exemple une ordonnance d'immobilisation — ou de prendre toute autre mesure voulue pour préserver la disponibilité des biens aux fins de la confiscation⁵. De plus, le tribunal a le pouvoir d'ordonner la saisie des biens conformément aux procédures énoncées au titre 21 de l'USC, paragraphe 853.f. Lorsque les biens confisquables sont situés en dehors des Etats-Unis, statutairement, le tribunal peut expressément ordonner à l'accusé de rapatrier les biens en cause aux fins du jugement dans la procédure de confiscation fondée sur une condamnation (21 USC § 853.e 4).
20. Dans les procédures de confiscation in rem, les tribunaux fédéraux ont de même le pouvoir de prendre toute mesure visant à saisir les biens soumis à confiscation en vue de s'assurer de leur disponibilité, de la maintenir ou de la préserver (18 USC § 983.j), ainsi que de délivrer un mandat de saisie (18 USC § 981.b). En outre, étant donné qu'une action de confiscation *in rem* porte sur les biens concernés eux-mêmes, le tribunal doit délivrer un mandat d'arrestation *in rem* lors du dépôt d'une plainte aux fins de la confiscation *in rem* (*Supplemental Admiralty Rule C.3*). La législation américaine prévoit le dépôt d'un certificat de *lis pendens* ou d'autres mesures visant à empêcher l'aliénation de biens immobiliers aux fins de la confiscation *in rem*, y compris moyennant l'application des dispositions énoncées au titre 18 de l'USC, paragraphe 985.
21. Dans certains cas, les services de répression peuvent légalement saisir des biens infractionnels sans autorisation judiciaire préalable en vertu des exceptions reconnues par les tribunaux à l'égard du principe constitutionnel du mandat, par exemple dans certaines saisies accessoires à une fouille ou à une arrestation légales.
22. L'application de mesures provisoires est possible s'agissant de données bancaires ou financières, bien que la loi concernant la confidentialité financière (*Right to Financial Privacy Act*) interdise généralement la communication d'informations aux autorités gouvernementales à l'échelon fédéral sans que le client en ait été avisé à l'avance, afin qu'il puisse contester la décision. L'EEG a cependant été informée que de nombreuses exceptions garantissent la libre transmission de l'information au ministère public dans les affaires de blanchiment d'argent (par exemple, la loi relative au secret bancaire [*Bank Secrecy Act*] exige la conservation de certains rapports et dossiers dont la teneur pourra être communiquée aux organes répressifs — même si dans de nombreux cas cela nécessitera d'abord la présentation d'une ordonnance de production de pièces ou toute autre procédure légale).
23. Concernant la gestion des biens saisis, les deux principaux fonds dans lesquels sont déposés les produits des actions en confiscation relèvent du ministère de la Justice et du Département du Trésor. Il s'agit du *Department of Justice Assets Forfeiture Fund* (DOJ/AFF), créé en vertu du titre 28 de l'USC, paragraphe 524.c, et du *Department of Treasury Forfeiture Fund* (TFF), régi par le titre 31 de l'USC, paragraphe 9703. Lorsque les biens sont saisis par un organisme d'enquête rattaché au DOJ/AFF (comme le *Federal Bureau of Investigation* (FBI) ou la *Drug Enforcement Administration*), les biens sont normalement confiés à la garde du *US Marshals Service*, qui est l'autorité première de la gestion et de l'aliénation des biens saisis soumis à confiscation dont il a la garde et prend toutes dispositions concernant les prestations ou engagements relatifs à la gestion et à l'aliénation des biens concernés (28 CFR § 0.111.i). Les biens saisis par des organes rattachés au TFF (*Internal Revenue Service*, *Criminal Investigation*, *Department of Homeland Security*) sont normalement gérés conformément aux dispositions d'un contrat national avec un vendeur privé. Les agences de saisie sont aussi directement régies par leurs propres règlements

⁵ Le titre 21 de l'USC, paragraphe 853, établit les procédures à suivre pour les cas de confiscation de stupéfiants, qui sont étendues à d'autres actions de confiscation fondées sur une condamnation en vertu du titre 18, paragraphe 982.b.

internes et par les lignes de conduite établies par le Service chargé de la confiscation des avoirs et de la lutte contre le blanchiment de capitaux du ministère de la Justice (*Department of Justice, Asset Forfeiture and Money Laundering Section*) et par le Bureau exécutif chargé de la confiscation des avoirs du Département du Trésor (*Treasury Department, Executive Office of Asset Forfeiture*).

24. On ne dispose pas de statistiques sur le nombre d'affaires de corruption ayant donné lieu à l'application de mesures provisoires. Les statistiques globales concernant les affaires où il y a eu saisie (indépendamment de la nature de l'infraction) s'établissent comme suit : 45 342 en 2002, pour une valeur totale de 1 247 285 000 dollars ; 42 199 en 2003, pour une valeur totale de 1 549 114 000 dollars ; 74 037 en 2004, pour une valeur totale de 1 716 526 000 dollars.
25. Dans l'Etat de New York, les dispositions juridiques permettant l'application de mesures provisoires, comme la saisie, sont semblables à certains égards à celles du système fédéral. Cependant, contrairement au système fédéral et à ceux de l'immense majorité des Etats, le système en place dans l'Etat de New York autorise et utilise souvent les mesures provisoires y compris pour les biens de substitution ou pour un montant égal à la valeur des biens mal acquis.

Coopération internationale

26. Les Etats-Unis d'Amérique ont signé et ratifié un grand nombre de traités bilatéraux d'entraide judiciaire qui sont applicables dans le monde entier, dont plusieurs avec les membres suivants du Conseil de l'Europe : l'Autriche, la Belgique, Chypre, la République tchèque, l'Estonie, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie, la Fédération de Russie, l'Espagne, la Suisse, la Turquie, l'Ukraine et le Royaume-Uni. Depuis les années 1970, les Etats-Unis d'Amérique ont conclu de multiples accords au cas par cas, qui prévoient une aide judiciaire dans les affaires de corruption. Lorsqu'une assistance est disponible en vertu d'un traité bilatéral permanent ou d'un accord multilatéral, ces accords ne sont généralement plus nécessaires.
27. Les Etats-Unis d'Amérique sont partie à des instruments multilatéraux comme la Convention interaméricaine d'assistance mutuelle en matière pénale et la Convention interaméricaine contre la corruption. Le 3 novembre 2005, ils sont devenus partie à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Cependant, les Etats-Unis d'Amérique ne sont partie ni à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE 30) ni à la Convention relative au blanchiment, au dépiage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE 141). La Convention pénale sur la corruption (STE 173) a été signée le 10 octobre 2000, mais elle n'est toujours pas ratifiée. Les Etats-Unis d'Amérique sont dans la dernière phase du processus de ratification de la Convention des Nations Unies contre la corruption⁶.
28. Les Etats-Unis ont également le pouvoir de confisquer des biens dérivés de la criminalité étrangère ou utilisés pour faciliter ses activités, notamment le trafic de stupéfiants, les crimes violents, la fraude, la corruption d'agents publics, etc., ainsi que des biens dérivés d'infractions entraînant, en vertu d'un accord multilatéral auquel les Etats-Unis sont partie, l'obligation d'extrader ou de soumettre le cas aux autorités compétentes pour décider des poursuites. (Les dix conventions des Nations Unies contre le terrorisme prévoient notamment une telle obligation.) Ainsi, sous réserve que l'infraction soit passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an, aux Etats-Unis comme dans l'autre pays, les Etats-Unis peuvent engager leur propre action en confiscation aux fins de confisquer directement les instruments et produits du crime. De plus, si une personne se rend coupable d'une infraction de blanchiment d'argent, en violation de la législation des Etats-

⁶ Le 15 septembre 2006, le Sénat a adopté la Convention et la ratification est prévue en décembre 2006.

Unis, liée au produit de l'une de ces activités de la criminalité étrangère, les Etats-Unis peuvent aussi confisquer tout bien impliqué dans l'opération de blanchiment d'argent, y compris des sommes dérivées de sources légitimes mais utilisées pour promouvoir l'activité criminelle. En outre, ils ont aussi légalement le pouvoir de confisquer des biens identifiables en rapport avec des infractions transnationales commises, en partie, en violation de la législation américaine.

i) Lorsque les Etats-Unis sont l'Etat requérant

29. Les Etats-Unis ont le pouvoir de rendre des ordonnances de confiscation dans des procédures fondées sur une condamnation et dans des procédures *in rem* y compris lorsque les biens concernés se trouvent à l'étranger. Cependant, dans la plupart des cas, le succès de l'action en confiscation dépend de la manière dont les autorités étrangères s'acquittent de leur devoir d'assistance à la juridiction demandeuse et appliquent ses ordonnances.
30. Dans les cas de confiscation fondée sur une condamnation, les Etats-Unis peuvent chercher à confisquer les biens d'un accusé lorsque ceux-ci sont utilisés pour un comportement criminel, indépendamment de leur localisation, en prononçant une ordonnance conservatoire ou un mandat de saisie (21 USC § 853) et en transmettant cette ordonnance aux autorités étrangères pour exécution. En pratique, une ordonnance conservatoire est généralement jugée préférable car un mandat de saisie doit être exécuté dans un délai de dix jours. Les Etats-Unis demandent l'assistance des autorités étrangères pour l'exécution de ces ordonnances par le biais de l'entraide judiciaire. En outre, le tribunal peut ordonner à l'accusé de rapatrier des avoirs aux fins de la confiscation.
31. Dans les actions *in rem*, les tribunaux des Etats-Unis ont un pouvoir juridictionnel sur les biens situés à l'étranger aussi longtemps que ces mêmes biens seraient soumis à confiscation s'ils se trouvaient aux Etats-Unis (28 USC § 1355.b.2). En pratique, un tribunal doit aussi obtenir l'assistance des autorités étrangères pour exercer sa compétence dans de tels cas. Tout comme les tribunaux américains sont légalement compétents pour rendre une ordonnance de confiscation, ils peuvent aussi décerner des mandats d'arrestation *in rem*, des ordonnances conservatoires ou des mandats de saisie *in rem*, et demander leur exécution à l'étranger. Dans certaines circonstances, le plus souvent lorsque les autorités étrangères ne leur fournissent aucune entraide judiciaire, les Etats-Unis peuvent saisir des fonds sur un compte correspondant aux Etats-Unis d'une banque étrangère au lieu des fonds mal acquis déposés sur un compte de cette banque étrangère situé à l'étranger (18 USC § 981.k).

ii) Lorsque les Etats-Unis sont l'Etat requis

32. Les Etats-Unis d'Amérique disposent de plusieurs mécanismes pour aider d'autres gouvernements dans des procédures de confiscation. Primo, ils peuvent fournir une assistance formelle et informelle aux fins d'identifier les avoirs et d'obtenir des éléments de preuve à l'appui d'une action en confiscation à l'étranger. Secundo, ils peuvent ouvrir leur propre enquête et chercher à obtenir la confiscation des fonds mal acquis si, pour les infractions étrangères ou transnationales en cause, il y a une base légale pour la confiscation en vertu des lois des Etats-Unis. Tertio, les Etats-Unis peuvent enregistrer et exécuter une ordonnance finale de confiscation délivrée par un tribunal étranger. lorsqu'il existe un accord avec l'Etat concerné, lorsque le procureur général (*US Attorney General*) des Etats-Unis certifie que la décision ou l'ordonnance du tribunal étranger a été rendue à l'issue d'une procédure régulière et lorsque le délit donnerait également lieu à confiscation s'il était commis aux Etats-Unis.

33. Si les autorités étrangères établissent qu'un acte constitutif d'un délit au regard de la législation des Etats-Unis est susceptible de donner lieu à une confiscation nationale ou fournissent des preuves relatives à une infraction étrangère relevant de l'une des onze catégories d'infractions étrangères (dont la corruption, entre autres) pour lesquelles la confiscation est autorisée en vertu des lois des Etats-Unis, les Etats-Unis peuvent engager une procédure de confiscation en réponse à une demande étrangère⁷. De telles demandes d'assistance peuvent être effectuées par le biais des traités et accords existants ou par lettres rogatoires.
34. Pour mener à bien une action en confiscation *in personam* fondée sur une condamnation, les Etats-Unis doivent d'abord obtenir une condamnation pénale contre l'accusé. Ensuite, ils exécutent le plus souvent la demande d'assistance aux fins de confiscation en engageant une procédure *in rem*. Etant donné qu'aux Etats-Unis les autorités compétentes en la matière ne permettent généralement que la confiscation de biens impliqués dans ou dérivés de l'infraction, le lien avec l'infraction pénale doit être établi. Une exception est applicable lorsqu'il s'agit de fonds électroniques sur un compte bancaire, qui sont considérés comme des biens fongibles ; il n'est alors pas indispensable d'établir le lien avec l'infraction, pour autant que l'action en confiscation ait été engagée dans l'année suivant le délit (18 USC § 984).
35. Pour que les Etats-Unis exécutent une décision de confiscation étrangère en vertu du titre 28 de l'USC, paragraphe 2467, l'Etat requérant qui en demande l'application doit être partie à la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Nations Unies, 1988) ou à un traité ou tout autre accord international avec les Etats-Unis prévoyant une assistance en matière de confiscation. En outre, le procureur général (*US State Attorney General*) des Etats-Unis doit certifier que l'exécution de cette décision sert les intérêts de la justice. Dès la délivrance du certificat, les Etats-Unis sont autorisés à introduire une requête d'exécution de la décision de confiscation étrangère comme si l'ordonnance avait été prononcée par un tribunal aux Etats-Unis, et les conclusions quant aux faits du tribunal étranger s'imposent au tribunal des Etats-Unis dans la mesure où elles sont énoncées dans la décision de confiscation étrangère. Le tribunal américain est alors tenu d'exécuter la décision en faveur des Etats-Unis, à moins qu'il ne constate l'absence de garanties légales suffisantes dans le système de confiscation étranger ; qu'il ne reconnaisse pas la compétence personnelle ou en la matière du tribunal étranger ; que le demandeur n'ait pas été informé en temps voulu de la procédure étrangère et n'ait pas eu la possibilité d'être entendu ; ou que la décision n'ait été obtenue de manière frauduleuse.
36. Si les Etats-Unis engagent une action en confiscation fondée sur une condamnation ou *in rem*, de leur propre initiative ou à la demande d'un pays étranger, ils peuvent saisir ou bloquer les biens soumis à confiscation dans l'attente de nouvelles procédures judiciaires. Ils peuvent aussi bloquer des avoirs situés aux Etats-Unis à la demande d'un pays étranger afin de préserver ces avoirs, en attendant de recevoir du pays étranger une décision de confiscation exécutable. Cependant, les procédures et normes instituant ces mesures provisoires diffèrent suivant que les Etats-Unis se proposent de fournir l'assistance en ouvrant leurs propres procédures indépendantes de confiscation ou moyennant l'exécution d'une décision de confiscation étrangère.

et⁷ Comme indiqué précédemment, les onze catégories d'infractions étrangères pour lesquelles une confiscation directe est autorisée comprennent les délits suivants : trafic de stupéfiants, meurtre, enlèvement, vol, extorsion, destruction de biens par le feu ou à l'explosif, crimes violents, fraude commise par ou contre une banque étrangère, corruption d'un agent public (y compris malversations, vol, détournement de fonds publics par ou au bénéfice d'un agent public), contrebande d'exportations contrôlées de munitions contrôlées, et infractions pour lesquelles les Etats-Unis d'Amérique ont l'obligation, en vertu d'un accord multilatéral, d'extrader ou de soumettre le cas aux autorités compétentes pour décider des poursuites. Voir USC 18, § 981.a.1.B) et USC 18 § 1956.c.7.B). Sont également visées les infractions pour lesquelles une partie du délit a été commise aux Etats-Unis d'Amérique ou pour lesquelles la législation américaine prévoit l'application extraterritoriale.

37. Si les Etats-Unis prévoient d'entamer leur propre action en confiscation, ils peuvent bloquer des avoirs comme dans toute autre action *in rem* engagée aux Etats-Unis en invoquant l'existence d'une cause probable donnant à penser que ces biens sont sujets à confiscation aux Etats-Unis. Ainsi, le gouvernement étranger doit fournir aux Etats-Unis des éléments de preuve suffisants pour que ces derniers puissent établir une cause probable d'une infraction principale entraînant la confiscation au regard de la législation américaine. D'une manière générale, il peut s'agir d'une preuve indirecte, mais elle doit être suffisamment fiable pour permettre à un magistrat ou à un juge fédéral de conclure qu'il y a des motifs raisonnables de croire que les biens concernés étaient impliqués dans une infraction pour laquelle la confiscation est autorisée. A la réception de ces éléments de preuve, les Etats-Unis cherchent à obtenir un mandat de saisie préliminaire, une ordonnance d'immobilisation aux fins d'immobiliser le bien, ou un mandat d'arrestation *in rem* visant le bien, et engagent simultanément ou ultérieurement une action en confiscation *in rem* ou fondée sur une condamnation.
38. Compte tenu du fait qu'il peut s'avérer difficile d'obtenir la preuve qu'il y avait cause probable avant que les auteurs présumés du délit ne déplacent leurs avoirs, il est aussi possible de bloquer les biens, même sans cause probable, pendant trente jours, sous réserve que le pays étranger ait arrêté ou inculpé une personne pour comportement délictueux présumé ; sur ces bases, les Etats-Unis peuvent chercher à obtenir une confiscation indépendante des biens. La raison d'être de ce délai de trente jours est de préserver les biens pendant que l'autre pays transmet aux Etats-Unis les éléments de preuve qui leur permettront d'étayer la cause probable aux fins d'engager une action en confiscation indépendante. La période de trente jours peut être prolongée s'il est fait état d'une raison jugée valable lors d'une audience.
39. Si les Etats-Unis s'attendent à ce que la décision finale étrangère soit exécutée, ils ont aussi la possibilité d'enregistrer et exécuter une ordonnance d'immobilisation délivrée par un tribunal étranger ou de chercher à obtenir une ordonnance d'immobilisation américaine sur la base d'un affidavit des autorités étrangères. Pour enregistrer et exécuter une ordonnance d'immobilisation étrangère, le procureur général (*US Attorney General*) doit d'abord la certifier en faisant valoir que son exécution sert les intérêts de la justice. L'autre approche (affidavit) exige que le pays étranger décrive les procédures de confiscation en cours et expose un motif raisonnable de croire que les biens en cause seront désignés dans le cadre d'une décision de confiscation à l'issue de la procédure (28 USC § 2467.d.3 B.i). Pour bloquer des biens sur la base d'un affidavit, les Etats-Unis d'Amérique cherchent à obtenir la délivrance d'une ordonnance d'immobilisation temporaire et doivent établir qu'il y a cause probable que le gouvernement étranger prononcera une décision finale de confiscation exécutable (18 USC § 983.j). L'ordonnance d'immobilisation temporaire restera en vigueur pendant dix jours (sauf report de délai décidé par le tribunal) ; cependant, les personnes ayant des revendications sur les biens ont la possibilité de les faire valoir dans le cadre d'une audience contradictoire, avant l'expiration du délai. Pour maintenir le blocage, les Etats-Unis d'Amérique doivent chercher à obtenir la délivrance d'une ordonnance conservatoire de quarante-dix jours et présenter des éléments de preuve lors de l'audience contestée pour démontrer qu'il y a une probabilité substantielle de ce que le gouvernement étranger prononce une ordonnance finale de confiscation qui sera exécutable en vertu de la législation des Etats-Unis. Dans certains cas, le tribunal peut faire droit à une demande de report s'il le considère justifié.

Partage des valeurs patrimoniales confisquées

40. Les Etats-Unis ont depuis longtemps pour politique de transférer tout ou partie des biens confisqués aux pays ayant contribué aux enquêtes et procédures qui ont débouché sur la confiscation. Cette politique de partage des avoirs a été utilisée pour transférer les produits de la corruption à des pays touchés par un haut niveau de corruption. De 1989 à 2005, le ministère de la

Justice a transféré environ 288 millions de dollars en avoirs confisqués à trente-trois pays et territoires, en reconnaissance de l'assistance reçue. En outre, de 1994 à 2005, le Département du Trésor a transféré à vingt gouvernements étrangers plus de 27 millions de dollars en biens confisqués.

Blanchiment d'argent

41. Le blanchiment de capitaux a été érigé en infraction distincte en 1986 avec l'adoption du *Money Laundering Control Act* (18 USC §§ 1956 et 1957). Entre autres, les paragraphes 1956 et 1957 de l'USC élargissent le champ des activités criminelles constitutives d'infractions aux activités de toute personne (y compris les personnes morales) qui effectue ou tente d'effectuer, en connaissance de cause, des transactions financières avec les produits de certaines infractions spécifiques, ou qui « ferme les yeux » sur la nature illégale de telles activités. Ces dispositions sanctionnent le blanchiment d'argent de peines pouvant aller jusqu'à vingt ans d'emprisonnement et 500 000 dollars d'amende pour chaque chef d'accusation. Le *Money Laundering Control Act*, tel que modifié et complété depuis 1986, interdit à ce jour le blanchiment des produits de plus de 130 infractions nationales et onze catégories d'infractions à l'égard de pays étrangers. La liste de ces infractions principales (dites « activités illégales spécifiées ») comprend, entre autres, la corruption active et passive d'agents publics nationaux et étrangers et la corruption active et passive dans le secteur privé. Dans les cas de transactions de plus de 10 000 dollars, la loi sur le blanchiment de capitaux prévoit aussi explicitement la compétence extraterritoriale pour les infractions commises par des ressortissants américains ou, dans le cas de ressortissants non américains, pour les actes constitutifs de l'infraction visée commis en partie aux Etats-Unis (18 USC § 1956.f). L'EEG a été informée de ce qu'en raison de l'approche utilisée par les Etats-Unis pour dresser cette liste, certaines omissions techniques peuvent exister concernant la couverture des délits de corruption en relation avec le blanchiment de capitaux. Cependant, ces éventuelles omissions techniques apparaissent plus théoriques que réelles car, en pratique, les Etats-Unis devraient pouvoir atteindre les comportements de blanchiment liés à la corruption par le biais des infractions principales de blanchiment d'argent comme l'utilisation frauduleuse du réseau de télécommunications, l'extorsion et le transport entre Etats de biens volés ou obtenus par des moyens frauduleux, entre autres.
42. En vertu du titre 18 de l'USC, paragraphe 1956, est pénalement responsable du délit de blanchiment de capitaux toute personne qui : 1) sait que les avoirs impliqués dans une transaction financière représentent le produit d'une activité illégale ; 2) conduit ou tente de conduire une transaction financière et ; 3) utilise à cette fin des fonds qui représentent en fait le produit d'une activité illégale spécifiée ; 4) agit dans l'intention de faciliter la poursuite d'une activité illégale spécifiée, à des fins de fraude fiscale, dans le but de contourner les exigences de déclaration des transactions ou de dissimuler la nature, l'emplacement, l'origine, la propriété ou le contrôle réel des produits. Une personne peut aussi commettre une infraction au regard du titre 18 de l'USC, paragraphe 1956, si elle effectue ou tente d'effectuer une transaction financière avec des biens qui ne sont pas nécessairement mal acquis mais dont les services répressifs ont établi qu'il s'agissait de produits d'une activité illégale spécifiée, ou si cette personne tente de dissimuler ou déguiser la nature des biens concernés, de faciliter une activité illégale spécifiée ou de se dérober aux exigences de déclaration. De même, une transaction internationale ou tout transport d'instruments monétaires depuis, à destination de ou à l'intérieur des Etats-Unis est susceptible de constituer un délit de blanchiment de capitaux si ces opérations sont effectuées avec les produits d'une activité illégale spécifiée dans le but de dissimuler leur nature ou de contourner les exigences de déclaration ou, même en l'absence de produits d'une activité illégale, si le but est de faciliter une telle activité.

43. Une personne peut aussi être en infraction au regard du titre 18 de l'USC, paragraphe 1957, si : 1) la personne sait qu'elle effectue ou tente d'effectuer une transaction monétaire ; 2) la personne sait que la transaction en question met en jeu des biens dérivés d'une activité criminelle ; 3) les biens dérivés de l'activité criminelle ont une valeur supérieure à 10 000 dollars ; 4) les biens en cause dérivent en fait d'une activité illégale spécifiée ; et 5) le lieu de la transaction monétaire relève de la compétence territoriale des Etats-Unis ou, si le lieu se trouve en dehors des Etats-Unis, l'accusé est un ressortissant des Etats-Unis.
44. Le système conçu pour empêcher et détecter le blanchiment d'argent repose sur des obligations, conformément à la loi sur le secret bancaire, de déclaration et de tenue de registres faites à certaines institutions financières, y compris, mais sans s'y limiter, les institutions de dépôt, les entreprises de services monétaires, les courtiers en valeurs mobilières, les négociateurs sur les marchés à terme, les courtiers chargés de l'introduction en bourse, certaines compagnies d'assurances et les casinos. Diverses institutions financières sont tenues de signaler toute activité suspecte en rapport avec une éventuelle violation de la législation ou de la réglementation fédérale, sans en informer les personnes impliquées dans la transaction.
45. Le Réseau de lutte contre la délinquance financière (FinCEN) du Département du Trésor des Etats-Unis est le service fédéral chargé de faire appliquer les dispositions prévues par la loi sur le secret bancaire en matière de conservation des données et de présentation de rapports, dont l'obligation de signalement de toute activité suspecte qui s'impose aux institutions financières. Ces rapports peuvent être consultés par les services répressifs et par les organismes de réglementation pertinents. Le FinCEN a établi, à l'intention de certains secteurs financiers, des modèles de rapport sur les activités suspectes (« Suspicious Activity Report », ou SAR) et a créé une base de données SAR. L'accès des services de répression a encore été facilité par la désignation d'agents de liaison entre les services de répression fédéraux et le FinCEN. En conséquence, les services concernés ont accès aux informations des SAR, y compris celles relatives à des cas de corruption avérée ou suspectée. Le FinCEN n'est pas un service d'enquête : il intervient au niveau macro et effectue des analyses sur la base des données fournies. Le FinCEN travaille aussi en coopération avec la communauté financière, notamment, par le biais de la publication d'avis consultatifs qui fournissent une orientation sur les indications d'activités délictueuses. L'EEG a été informée que les signalements de corruption dans le cadre des SAR sont en nombre très limité et n'ont fait l'objet d'aucune analyse. D'après les informations reçues, environ 2 000 condamnations pour blanchiment de capitaux sont prononcées chaque année, mais aucun chiffre relatif à la corruption comme infraction principale n'a été mis à la disposition de l'EEG.

b. Analyse

46. Priver, autant que possible, les criminels des produits de leurs activités illicites est une composante importante de la politique des Etats-Unis d'Amérique en matière pénale. Un degré de priorité élevé a été accordé au recours à la confiscation des biens et aux mesures provisoires dans la lutte contre la grande délinquance. A cette fin, un cadre légal de grande ampleur a été mis en place. De plus, les services de répression concernés et des bureaux des procureurs se sont énormément spécialisés, notamment grâce à la création d'unités qui traitent exclusivement de la confiscation et des mesures provisoires. L'EEG a été informée que d'une manière générale, dans les cas graves de blanchiment de capitaux, corruption, etc., il est procédé à l'ouverture d'un dossier spécial portant sur le dépistage des produits du crime. En outre, des ressources substantielles sont investies dans la formation des personnels des services de répression et du ministère public en vue d'améliorer leur capacité à identifier, dépister et geler les produits du crime.

47. Au niveau fédéral, un solide cadre juridique est en place d'une manière générale. Le système fédéral prévoit une confiscation *in personam* lorsque l'auteur de l'infraction a été condamné et des modalités plus souples de confiscation *in rem* en l'absence de condamnation. Il apparaît que la confiscation et des mesures provisoires sont prévues dans la plupart (mais pas tous) des cas de corruption concernant les produits du crime. Ceci n'est en revanche pas toujours vrai en ce qui concerne les instruments. Les charges établies par l'accusation pour une conduite donnée peuvent déterminer la mesure dans laquelle les biens seront sujets à confiscation. Le procureur a un pouvoir d'appréciation quant aux poursuites qu'il peut intenter et quant à l'introduction de demandes de confiscation. S'il prend une décision en ce sens et que toutes les exigences requises sont remplies, il est fait obligation au tribunal d'ordonner la confiscation. La confiscation en valeur ou la confiscation de biens de substitution sont possibles, de même que la confiscation de biens détenus par des tiers qui ne sont pas de bonne foi. Le recours à des mesures provisoires au niveau fédéral est également possible, sauf en ce qui concerne les biens de substitution, car le lien entre ces derniers et l'infraction ne peut être établi lors de la procédure préliminaire. D'après les responsables rencontrés par l'EEG, l'absence de mesures provisoires fondées sur la valeur, comme des ordonnances de blocage, constitue une faiblesse du système au niveau fédéral. L'EEG partage ce point de vue, étant donné que dans l'état actuel des choses, les possibilités du système de justice pénale d'exécuter avec succès une ordonnance finale de confiscation semblent réduites. Par conséquent, **l'EEG recommande de revoir les règles pertinentes en matière de confiscation et recouvrement ainsi que les modalités de recours aux mesures provisoires, afin de garantir que tous les produits de la corruption et les instruments y relatifs soient soumis à confiscation et de permettre, le cas échéant, l'application de mesures telles que les ordonnances de saisie ou de blocage y compris à des biens de substitution.**
48. Les possibilités légales de recourir à la confiscation et à des mesures provisoires dans l'Etat de New York semblent être semblables à celles du niveau fédéral. Il est cependant apparu à l'EEG que l'Etat de New York est l'un des plus avancés à cet égard et que les règles n'étaient pas uniformes dans les différents Etats. Ainsi, elle a noté qu'en règle générale, la confiscation de biens de substitution n'était pas possible dans la plupart des Etats, New York étant l'une des exceptions.
49. Dans un pays comme les Etats-Unis, doté d'une législation et d'un système d'application des lois à l'échelon fédéral ainsi que de lois et de mécanismes d'application distincts dans chaque Etat (soit quelque 20 000 services de police différents, plusieurs niveaux de poursuites, plusieurs juridictions, etc.), les risques de double condamnation pénale sont évidents. Une coordination à tous les niveaux est donc de la plus haute importance pour garantir un recours efficace à des mesures comme la confiscation et les mesures provisoires. A cet égard, l'EEG a cru comprendre qu'il existait une coopération pragmatique entre des services répressifs comme le FBI, l'administration fiscale (IRS) et la Commission des opérations de bourse (SEC). Elle estime que les règles promulguées par le procureur général en vue d'améliorer cette coopération constituent un outil important à cette fin. La coopération semble être particulièrement poussée pour les délits de terrorisme et les infractions graves de blanchiment d'argent, et pourrait aussi aider à traiter les cas de corruption de nature grave. S'agissant de chaque Etat particulier, la situation est différente. La législation varie d'un Etat à l'autre et la coopération entre les services répressifs semble reposer dans une large mesure sur des contacts informels et sur des solutions pratiques *ad hoc*. Il est vrai qu'en cas de crime particulièrement grave, les institutions fédérales ont autorité sur les affaires entre Etats. Cependant, dans les cas de corruption ordinaires ayant une composante interétatique, les principes d'indépendance du système d'application des lois peuvent entraver une bonne utilisation de la confiscation et des mesures provisoires. D'une manière générale, *l'EEG fait observer que les organisations interétatiques appropriées devraient favoriser autant que possible une coopération entre Etats plus officielle, ainsi que l'harmonisation des règles relatives à la confiscation, au recouvrement et aux mesures provisoires.*

50. L'EEG prend note des informations limitées fournies. Elle se réjouit de ce que les chiffres confirment que la confiscation ainsi que des mesures provisoires sont appliquées dans une large mesure au niveau fédéral. Cependant, aucun éclaircissement ne permet de savoir dans quelle mesure les auteurs d'infractions de corruption ont été privés des produits obtenus. Tout en étant consciente de ce qu'établir à cet égard une distinction entre la corruption et les autres délits pose des difficultés pratiques, l'EEG n'en est pas moins convaincue qu'une collecte systématique de données statistiques contribuerait significativement à identifier des lacunes éventuelles ou des impasses dans la politique anticorruption des Etats-Unis. *L'EEG fait observer que les services fédéraux compétents devraient chercher à mettre au point des modalités d'analyse de données se rapportant spécifiquement à la saisie ainsi qu'aux enquêtes, poursuites, condamnations et confiscations (y compris dans les procédures in rem non fondées sur une condamnation) dans les cas de corruption.*
51. Les Etats-Unis ont la possibilité légale de prononcer des ordonnances de confiscation ainsi que de demander des mesures provisoires à l'étranger. Cependant, le succès de telles requêtes dépend en grande partie de l'assistance des autorités étrangères. Les Etats-Unis sont également en position de répondre aux demandes étrangères de confiscation ou d'application de mesures provisoires. Il peut être fait droit à ces demandes par l'ouverture d'une enquête américaine aux fins de la confiscation, ou bien les Etats-Unis peuvent exécuter l'ordonnance de confiscation rendue par l'autorité étrangère ou appliquer des mesures provisoires en cas d'accord avec l'autre pays, sous réserve que le procureur général des Etats-Unis ait certifié l'ordonnance et que le principe de la double incrimination soit satisfait. Si les Etats-Unis d'Amérique utilisent la possibilité d'ouvrir leur propre procédure de confiscation, le processus risque de s'en trouver retardé, notamment en ce qui concerne l'application d'une mesure provisoire. La possibilité d'exécuter directement les ordonnances étrangères de confiscation et les mesures provisoires dépend des accords d'assistance avec le pays étranger. La coopération dans ce domaine devrait se développer dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies contre la corruption.
52. L'EEG prend note de la longue liste d'infractions principales liées au blanchiment de capitaux et de la vaste gamme d'obligations du secteur financier en matière d'enregistrement et de signalement des transactions suspectes. La quasi-totalité des infractions, y compris la plupart des délits de corruption, sont couvertes. Néanmoins, on ne sait pas très bien si tout l'éventail des infractions, notamment le délit de « trafic d'influence », tel que défini à l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption, est couvert par l'infraction de blanchiment. *L'EEG observe qu'il faudrait veiller à ce que tous les actes de corruption soient des infractions principales du blanchiment.*

III. THÈME II – ADMINISTRATION PUBLIQUE ET CORRUPTION

a. Description de la situation

Définition de l'administration publique

53. Le concept d'« administration publique » est très large aux Etats-Unis d'Amérique et englobe tous les moyens utilisés par le pouvoir exécutif aux fins de la mise en œuvre des politiques. Ni la Constitution ni les lois ne contiennent de définition de l'administration publique.
54. Aux Etats-Unis, le système gouvernemental se compose de niveaux de gouvernement national (fédéral), fédéré (au niveau de chaque Etat) et local. Le système juridique est ancré dans la *common law*. La légalité découle de la Constitution, des lois et des décisions judiciaires qui interprètent la coutume et la jurisprudence. La Constitution américaine établit le gouvernement

fédéral et définit les attributions de chacun des trois pouvoirs : l'exécutif, le judiciaire et le législatif. L'équilibre des pouvoirs est assuré par le partage des responsabilités et du contrôle. Les principaux instruments de la législation fédérale sont en premier lieu la *Constitution*, puis les *lois* adoptées par le Congrès (généralement promulguées par le président sous forme de lois numérotées et compilées par thème dans le Code des Etats-Unis ou USC), et enfin les *règlements* promulgués par des organismes publics aux fins de l'application et de l'interprétation des lois, qui sont d'abord publiés quotidiennement dans le *Federal Register* (registre fédéral) puis compilés dans le *Code of Federal Regulations* (CFR, Code des règlements fédéraux).

55. Chaque Etat a sa propre constitution et ses propres instances de gouvernement, y compris de niveau inférieur comme les gouvernements locaux et municipaux. Tous les Etats fédérés ont mis en place leur propre pouvoir exécutif et se sont dotés d'un système juridique et d'un système législatif propres. Les gouvernements fédérés sont compétents dans tous les domaines qui ne sont pas attribués aux différentes agences fédérales par la Constitution, ce qui leur permet de s'occuper d'aspects tels que l'occupation des sols, les entreprises ou la criminalité locale. Les lois adoptées par le pouvoir législatif fédéral sont toutefois considérées comme constituant « le droit suprême du pays ». De ce fait, elles sont contraignantes pour les Etats fédérés et leurs citoyens.

Evaluation de la politique anti-corruption

56. L'EEG a été informée que les Etats-Unis d'Amérique accordent un degré de priorité élevé à la prévention de la corruption, qui se concentre dans une grande mesure sur la fonction publique. Cependant, aucun instrument de grande portée contenant une stratégie nationale de lutte contre la corruption n'est en place au niveau fédéral. Le cadre légal de l'administration publique, c'est-à-dire la Constitution, fournit néanmoins une série de mécanismes pour l'équilibre des pouvoirs entre les branches du gouvernement ainsi que plusieurs instruments exécutoires, comme les lois pénales relatives aux conflits d'intérêts, les lois civiles se rapportant à la déontologie, les règles administratives et les codes de conduite pour les agents publics. Tous ces textes fournissent une base écrite pour la fonction publique dans son ensemble. En outre, des pouvoirs considérables ont été accordés à chacun des Etats fédérés pour qu'ils élaborent leurs propres politiques et les lois et règlements pertinents. La stratégie de lutte contre la corruption consiste en une combinaison de mesures de prévention, détection et répression.
57. Selon les autorités américaines, des ressources substantielles sont allouées à la prévention de la corruption. D'une manière générale, les programmes de prévention comportent des systèmes procéduraux favorisant la cohérence et la transparence, comme des normes générales pour les agréments et les processus administratifs normalisés et publics ; des processus législatifs publics régis par des règles normalisées ; des processus budgétaires publics et des contrôles financiers ; une importante fonction publique fondée sur le mérite et des droits garantissant l'accès public à l'information concernant la plupart des activités du gouvernement. De nombreux contrôles internes et des procédures d'audit sont aussi jugés importants pour la prévention de la corruption au niveau fédéral et au niveau des Etats et des collectivités locales. Le gouvernement fédéral et de nombreux gouvernements (Etats fédérés et pouvoirs locaux) disposent de normes de conduite, de formations à la déontologie, de programmes éducatifs et d'information, et imposent une obligation de déclaration du patrimoine personnel. Au niveau fédéral, chaque agence du pouvoir exécutif est tenue d'avoir un programme garantissant le respect des lois et des exigences en matière d'éthique.
58. L'*Office of Government Ethics* (OGE), qui vise à promouvoir un comportement éthique chez les employés de l'exécutif fédéral et à résoudre tout conflit d'intérêts potentiel, est aussi responsable de la prévention de la corruption. L'OGE est un organisme distinct mais pas entièrement indépendant, dans la logique du principe constitutionnel selon lequel tout gouvernement est tenu de rendre des

comptes à une autorité donnée. Le Président nomme son Directeur pour un mandat de cinq ans. L'OGE est plus particulièrement responsable de l'élaboration des *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*. Outre ce code déontologique à l'intention des employés de l'exécutif, il approuve les règles particulières qui peuvent être établies par chaque agence en complément du code. Les agences mettent à jour ces suppléments en fonction des besoins. L'OGE a la responsabilité globale des politiques en matière de déontologie et fixe les règles devant être respectées par les programmes de chaque agence. Il fournit des services de conseil, de formation et d'orientation et évalue la mise en œuvre et l'efficacité des programmes d'éthique des agences.

59. En 2003, dans le cadre de l'examen des programmes de déontologie, l'OGE a commencé à conduire, avant la visite sur place, une enquête portant sur le personnel des agences afin d'évaluer la sensibilisation générale, l'efficacité du programme telle qu'elle est perçue et le climat éthique des services concernés. Des enquêtes ont été effectuées auprès de tous les membres du personnel dans un nombre limité d'agences de l'exécutif (16 à la fin 2005). Dans l'ensemble, l'OGE a pu constater que les employés portent une appréciation positive sur le programme de déontologie et sur le climat éthique de leur agence ; ceux qui présentent une déclaration de patrimoine (et bénéficient par conséquent d'une formation annuelle au Code de conduite) fournissent généralement les réponses les plus favorables. L'OGE conduit des examens réguliers des programmes de déontologie de 126 agences de l'exécutif. Outre cet examen, il prévoit d'élaborer des programmes d'autoévaluation à l'intention des agences. L'OGE procède également à une enquête annuelle auprès des différentes agences au sujet des données du programme général, y compris les informations relatives au nombre d'actions administratives entreprises. De plus, il demande chaque année aux 94 bureaux des procureurs fédéraux et au ministère de la Justice des informations concernant le nombre de poursuites ou d'actions engagées en vertu des lois pénales relatives aux conflits d'intérêts et du droit civil relatifs à la déontologie. Les informations recueillies sont diffusées sur son site.
60. Les Etats fédérés et les administrations locales sont libres de formuler leurs propres stratégies de lutte contre la corruption. En Pennsylvanie et dans l'Etat de New York, les lois de déontologie en place s'appliquent à un grand nombre d'élus ainsi qu'aux employés de la fonction publique et abordent, entre autres, la question des conflits d'intérêts. Dans ces deux Etats, une commission d'éthique a été mise en place en vue de contrôler le respect des règles déontologiques fixées par la loi. Les commissions d'éthique ont un rôle consultatif, reçoivent des informations concernant les données financières, enquêtent sur les allégations d'infraction aux lois de déontologie, et peuvent tenir des audiences publiques afin d'obtenir des renseignements. La *Pennsylvania State Ethics Commission* est une agence indépendante qui a le pouvoir d'enquêter sur les responsables et sur les employés publics de l'exécutif et du législatif.
61. Au niveau local, l'EEG a été informée des activités du *New York City Conflicts of Interest Board*. Il s'agit d'une entité indépendante, non municipale, chargée de l'interprétation et de l'application des dispositions de la loi sur les conflits d'intérêts (New York City Charter, chapitre 68) et de la loi de la Ville de New York relative à l'information financière. Cette entité est considérée comme étant l'un des organismes les plus développés en son genre aux Etats-Unis d'Amérique et sert de modèle.
62. Le *Council on Governmental Ethics Laws* (COGEL) est une organisation professionnelle bénévole à laquelle peuvent adhérer des agences gouvernementales, des organisations et des individus qui ont des responsabilités ou un intérêt dans des domaines concernant l'éthique gouvernementale, ainsi que les élections, le financement des campagnes électorales, les groupes de pression et la liberté d'information. L'OGE et un grand nombre de commissions d'éthique des Etats participent aux conférences annuelles du COGEL et aux discussions concernant les bonnes pratiques et les tendances qui se font jour en matière de déontologie,

corruption, etc. De manière plus suivie, cependant, des agences comme l'OGE répondent aux demandes d'information sur les bonnes pratiques et sur les politiques ; leurs personnels s'informent auprès de leurs collègues du COGEL aux mêmes fins. Les agences gouvernementales qui fournissent des services « préventifs » du même ordre, notamment en matière d'éducation, formation, codes de conduite, examens de l'information financière et orientation, disposent ainsi d'une plate-forme commune pour un échange de vues. L'EEG a été informée que l'OGE espère travailler en partenariat avec d'autres membres du COGEL à un projet d'élaboration d'un programme sur l'éthique gouvernementale et la corruption à l'intention des professeurs d'instruction civique. (Etant donné qu'aux Etats-Unis, l'éducation relève du gouvernement local, le but est de fournir un modèle adaptable à la structure de chaque Etat fédéré mais ayant une composante fédérale cohérente).

63. En ce qui concerne la dimension répressive de la stratégie de lutte contre la corruption, le ministère de la Justice est le principal organisme public fédéral chargé de cet aspect. Il s'acquitte de cette mission par l'intermédiaire de 93 procureurs fédéraux (pour 94 bureaux) et d'autres unités spécialisées au sein de ses principaux services. Chaque Etat dispose de son propre système de poursuites pénales.

Transparence

64. Le mécanisme le plus important permettant l'accès aux documents administratifs à l'échelon fédéral est la loi sur la liberté de l'information (*Freedom of Information Act*, 5 USC § 552), en vertu de laquelle toute personne a un droit exécutoire d'accès aux registres d'une agence fédérale. Chaque agence fédérale a la responsabilité de la tenue et de la production de ses propres registres en vertu de la loi. L'accès aux documents peut être demandé par courrier à l'agence concernée. Certains documents peuvent être soustraits à la divulgation en vertu de plusieurs exemptions. Il existe ainsi différents moyens de protéger la confidentialité des renseignements personnels relatifs aux particuliers à qui les documents demandés sont susceptibles de se rapporter, des renseignements commerciaux exclusifs ou des informations classées pour protéger la sécurité nationale. Le requérant peut demander à ce qu'un refus de divulgation fasse l'objet d'un réexamen par un tribunal. La charge de la preuve incombe à l'agence, qui doit justifier le bien-fondé de sa décision. Suivant les cas, l'agence pourra percevoir des frais au titre de sa prestation (recherche, examen et copie des documents demandés). Cependant, seuls ceux qui demandent des informations à des fins commerciales se voient facturer pleinement ces services. D'autres, comme les représentants des médias ou les institutions éducatives ou scientifiques, reçoivent gratuitement tout ou partie des documents demandés.
65. La loi de 1974 sur la protection des renseignements personnels (*Privacy Act*, 5 USC § 552a) a été adoptée pour garantir de bonnes pratiques d'information qui tentent de réglementer la collecte, la maintenance, l'utilisation et la diffusion des renseignements à caractère personnel par les agences du pouvoir exécutif fédéral.
66. D'autres lois fédérales permettent l'accès public à certains types de documents. Par exemple, l'*Ethics in Government Act* (5 USC App. § 105) indique la manière dont les déclarations de patrimoine de tous les hauts fonctionnaires fédéraux doivent être mises à la disposition du public.
67. Les Etats-Unis d'Amérique ont aussi, en matière de conservation et de traitement des documents, posé des conditions qui visent à garantir une bonne gestion des données et notamment l'accès aux dossiers disponibles. Aux termes du *Federal Records Act* (31 USC § 3101), le responsable de chaque agence fédérale doit constituer et préserver des archives contenant une documentation adéquate et appropriée relative à l'organisation et aux fonctions, politiques, décisions, procédures

et transactions essentielles de l'agence. Sont considérés comme archives un large éventail de documents, quel que soit leur type ou format, créés ou reçus en rapport avec la conduite des affaires publiques. La loi prévoit aussi des sanctions pénales pour toute dissimulation, altération ou destruction illégale d'archives fédérales. Il convient de tenir des registres appropriés de toute transaction officielle, y compris des opérations effectuées par téléphone, courriel, ou d'autres communications électroniques.

68. Les agences fédérales utilisent largement Internet. En vertu de l'*Electronic Government Act* de 2002 (44 USC chapitre 36), elles sont tenues de garantir l'accès public aux informations disponibles sur leur site web. La loi sur la liberté de l'information leur impose également cette exigence pour certaines informations. Les sites des agences sont aussi reliés à un portail fédéral centralisé (FirstGov.gov) qui sert de centre de référence pour faciliter l'accès des citoyens aux informations et aux services fournis par le gouvernement. Ce portail permet aux utilisateurs d'accéder aux informations du gouvernement fédéral par sujet plutôt que par agence. Il contient aussi des liens vers les sites des gouvernements des Etats, des collectivités locales et des autorités tribales.
69. Au sein du ministère de la Justice, le Bureau de l'information et de la protection des renseignements personnels est chargé de l'élaboration des politiques et de veiller à ce que toutes les agences gouvernementales respectent la loi sur la liberté de l'information⁸. Ce Bureau se prononce sur tous les appels interjetés contre un refus opposé par le ministère de la Justice en vertu de la loi (plus de 3 200 par an, soit plus que ceux reçus par toute autre agence). Enfin, un refus d'accès à l'information peut être contesté devant un tribunal de district fédéral puis porté en plus haut lieu devant une cour d'appel. Tous les appels administratifs sont gratuits ; les recours introduits devant un tribunal donnent lieu à des frais très modiques. D'une manière générale, plus de 4 millions de demandes d'accès à des informations fédérales sont formulées chaque année et, dans la plupart des cas (mais pas toujours), les autorités concernées ont le pouvoir discrétionnaire de divulguer ou non l'information.
70. La législation fédérale fournit une série de mécanismes qui font de la consultation du public une partie intégrante de la prise de décision fédérale. Les agences fédérales doivent ainsi conduire leurs procédures de réglementation conformément à l'*Administrative Procedure Act* (APA, 5 USC § 551 et suivants). Les règlements prévoient souvent que les politiques d'une agence doivent être établies au regard de la loi d'habilitation qui l'autorise à assurer certaines fonctions publiques. L'APA exige que les agences tiennent le public informé de leur activité de réglementation et permettent sa participation. Les agences publient la plupart des règles au Registre fédéral (disponible en versions papier et électronique) sous la forme proposée et donnent aux citoyens la possibilité de faire part de leurs commentaires, qui peuvent être formulés par écrit ou transmis par voie électronique⁹. Elles peuvent en outre conduire des audiences publiques au cours desquelles les personnes intéressées peuvent exposer leur avis au sujet des propositions. L'APA donne aussi au public le droit de demander aux agences de promulguer, modifier ou annuler une réglementation. Toute personne affectée ou lésée par une réglementation peut la contester et chercher à obtenir son annulation.

⁸ En vertu de la loi, le Bureau de la gestion et du budget est responsable des politiques en matière de respect de la vie privée et conseille les agences sur la manière de traiter les demandes. Ses orientations ont du poids, car si elles ne sont pas suivies, le ministère de la Justice peut refuser de défendre la position d'une agence auprès des tribunaux.

⁹ Les agences acceptent des commentaires électroniques sur les règles proposées, directement ou par le biais de Regulations.gov, le portail du gouvernement consacré à la réglementation. En vertu de l'*Electronic Government Act* de 2002, elles doivent donner la possibilité de formuler des commentaires électroniques et, dans la mesure du possible, permettre l'accès à un registre électronique des observations reçues.

71. Les agences peuvent aussi demander des avis extérieurs ou des recommandations en établissant un comité consultatif composé d'experts extérieurs ou d'autres parties prenantes. Ces comités consultatifs doivent suivre les normes fixées par le *Federal Advisory Committee Act* (FACA, 5 USC App.). Ils doivent notamment publier à l'avance la convocation d'une réunion, et tenir des réunions ouvertes à la participation du public. Leurs membres doivent aussi veiller à assurer un bon équilibre des différents points de vue représentés.
72. La loi relative à l'administration au grand jour (*Government in the Sunshine Act*, 5 USC 552.b) impose aux agences fédérales qui sont dirigées par une instance collégiale de tenir leurs réunions en public, à moins que la réunion, ou une partie de la réunion, ne soit susceptible de donner lieu à la divulgation d'informations protégées au titre d'une ou de plusieurs exemptions prévues par la loi. En vertu du *Sunshine Act*, les agences sont tenues de publier à l'avance une convocation de réunion indiquant l'heure, la durée et le thème de la réunion. Le droit d'assister au processus de prise de décision d'une agence lors des réunions ouvertes au public ne donne pas droit à participer aux débats.
73. Le *Freedom of Information Act* ne s'applique qu'aux agences fédérales. Chacun des cinquante Etats de l'Union a en outre promulgué une loi sur l'accès à l'information applicable aux agences de l'Etat fédéré concerné et de ses pouvoirs locaux. Sauf disposition expresse d'une loi fédérale indiquant que son application s'étend aux gouvernements des Etats fédérés ou des collectivités locales, les lois d'accès des Etats déterminent les droits d'accès et le pouvoir de refuser l'accès à des informations gouvernementales détenues par les agences des gouvernements des Etats fédérés ou des collectivités locales concernées. Aux termes du *Homeland Security Act*, certaines archives en possession du Département fédéral de la sécurité intérieure doivent par exemple être tenues confidentielles si elles entrent en possession d'une agence d'un Etat ou d'une collectivité locale. Cependant, dans la plupart des cas, lorsque la tenue des archives est assurée par un service du gouvernement d'un Etat ou d'une collectivité locale, y compris s'il s'agit d'archives préparées ou transmises par des agences fédérales, l'accès est déterminé par une loi de l'Etat concerné.
74. Les lois relatives à la liberté de l'information varient d'un Etat fédéré à l'autre, mais la quasi-totalité des Etats prévoient une exception autorisant les agences gouvernementales à refuser l'accès à des informations s'il apparaît que leur divulgation constituerait une ingérence injustifiée ou abusive dans la vie privée. L'Etat de New York et une dizaine d'autres Etats ont promulgué des lois témoignant d'un souci de protection des données et de bonnes pratiques en matière d'information. Ainsi, en vertu de la loi de New York sur la protection des données à caractère personnel, les personnes visées par des informations conservées par des agences de l'Etat ont généralement le droit d'accéder aux fichiers en vue de corriger toute erreur ou inexactitude. De plus, le pouvoir des agences de l'Etat en matière de collecte de données à caractère personnel est limité par la loi, au sens où elles ne peuvent demander que les renseignements nécessaires aux fins de l'application de la loi et impose aussi des restrictions à la divulgation de documents ayant trait à une personne sans le consentement de l'intéressé.
75. Le Comité sur la transparence du gouvernement (Etat de New York) est responsable de la mise en œuvre et du développement des lois susmentionnées et donne son avis à toute personne ou autorité (par écrit ou oralement). Son personnel, qui se compose de deux avocats et de deux assistants pour les tâches administratives et de secrétariat, rédige maintenant quelque 800 avis consultatifs par an. Il a rendu plus de 20 000 avis depuis sa création en 1974. Ceux rédigés à compter de 1992 sont accessibles en ligne. Chaque année, le site Internet du comité reçoit près d'un million de visiteurs. Son personnel présente aussi chaque année de nombreux exposés didactiques devant des représentants de l'Etat et des collectivités locales, des médias et

d'organisations professionnelles et civiques, ainsi qu'à l'intention des étudiants en droit, en journalisme et en administration publique.

76. En complément des lois relatives à l'accès public aux archives, chaque Etat fédéré a promulgué une loi qui requiert généralement que les réunions de toute instance publique (Parlement, conseils municipaux, conseils d'éducation, etc.) se tiennent en public. Le degré de transparence et d'ouverture varie d'un Etat à l'autre. Cependant, les lois concernant l'accès aux réunions et aux documents gouvernementaux mettent l'accent sur un principe fondamental : la présomption d'accès. En d'autres termes, les archives et les réunions doivent être ouvertes au public, sauf si une exception prévue par la loi autorise un refus d'accès aux documents ou à la tenue de réunions à huis clos.

Contrôle de l'administration publique

77. Le ministère de la Justice est le principal organe du gouvernement fédéral chargé de la détection et des poursuites dans les affaires de corruption publique. Il dirige la fonction des poursuites fédérales par l'intermédiaire des procureurs fédéraux dans quatre-vingt-quatorze districts et par l'intermédiaire de services spécialisés à Washington, D.C. Le ministère de la Justice s'occupe aussi des enquêtes fédérales par l'intermédiaire du *Federal Bureau of Investigation* (FBI).
78. D'autres agences fédérales disposent aussi de services spécialisés chargés d'aborder différents aspects de la corruption publique. Il s'agit notamment de l'administration fiscale (IRS), de la Commission des opérations de bourse (SEC) et de l'*Office for Government Ethics* (OGE).
79. La plupart des agences fédérales ont un Bureau d'inspection générale (*Inspectors General, IG*). Véritables services de contrôle interne, les IG sont responsables, entre autres, de la conduite des enquêtes sur les actes répréhensibles au sein de l'agence concernée. Selon la loi de 1978 sur les inspecteurs généraux, telle que modifiée, leur mission est de conduire des vérifications, des enquêtes et des inspections indépendantes et objectives. Ils sont aussi chargés de prévenir et de mettre en évidence le gaspillage, la fraude et les abus, dont la corruption. Les employés jouent un rôle important dans la détection en signalant toute faute ou manquement de leurs collègues ou de personnes dont la conduite pourrait affecter l'agence. Presque tous les Bureaux d'inspection générale ont mis en place des lignes d'appel (« hotlines ») pour inciter les employés à faire état des irrégularités et des abus par téléphone. Les enquêtes peuvent déboucher sur des procédures et des sanctions administratives, civiles ou pénales. Toutes les poursuites sont conduites en dernier ressort par le ministère de la Justice, seul organe habilité à prononcer des inculpations à l'échelon fédéral. Les dénonciations peuvent se faire de manière anonyme.
80. Les Inspecteurs généraux sont désignés sans considération de leur appartenance politique, en se fondant uniquement sur leur intégrité et leurs compétences en matière de comptabilité, audit, enquêtes, contrôle de gestion, etc. Le Président désigne les Inspecteurs généraux dans les principales agences avec la confirmation du Sénat. Les deux chambres du Congrès doivent être informées en cas de révocation d'un inspecteur général. L'inspecteur général est placé sous la supervision générale du responsable de l'agence, mais exerce ses fonctions en toute indépendance. Aux termes de la loi, le responsable d'une agence ne peut empêcher l'inspecteur général de conduire une enquête ou un audit ni le lui interdire. L'inspecteur général fait rapport deux fois par an au Congrès.
81. L'exécutif compte actuellement 64 inspecteurs généraux qui coordonnent leurs activités par l'intermédiaire du Conseil du Président sur l'intégrité et l'efficacité (PCIE). Le PCIE supervise

également un comité chargé de l'examen des allégations contre les inspecteurs généraux et contre les membres de haut niveau de leur personnel.

82. Le *Government Accountability Office* (GAO) est un organe indépendant et non partisan, responsable devant le Congrès. Son principal rôle est d'enquêter sur la manière dont le gouvernement fédéral dépense ses fonds et sur l'efficacité des programmes fédéraux. La surveillance du GAO couvre l'ensemble du gouvernement et il publie plus de mille rapports chaque année. Le GAO est aussi une instance d'appel que peuvent saisir les soumissionnaires qui n'ont pas été retenus lors d'un appel d'offre.
83. La fonction de médiateur n'est pas très usitée aux Etats-Unis. A l'échelon fédéral, il n'y a pas de fonction du médiateur ou de bureau chargé de traiter les affaires de mauvaise gestion ou les plaintes du public. Cependant, certaines agences fédérales et des Etats fédérés ont désigné des médiateurs qui jouent un rôle de passerelle entre une agence, le public, ou un secteur d'activité, comme dans le cas du *Federal Deposit Insurance Corporation*. L'EEG a été informée que les New-Yorkais élisent un « avocat public » qui assume des fonctions de médiation concernant les relations entre les habitants et la municipalité. L'avocat public sert de médiateur et d'intermédiaire. Il a également un rôle consultatif et cherche à résoudre les litiges et à protéger les citoyens.
84. Les décisions administratives peuvent être contestées par le biais d'un large arsenal de procédures. Des droits d'appel existent contre toute action ou décision administrative de l'agence ou d'une autorité supérieure au sein de l'agence. En dernier ressort, il y a toujours des possibilités de réexamen judiciaire. La loi sur les procédures administratives (5 USC 701 et suivants) permet à toute personne lésée par une décision administrative de la contester devant un tribunal fédéral. Le système de contestation des décisions administratives à l'échelon fédéral trouve son pendant aux échelons des Etats fédérés et des pouvoirs locaux.
85. Un outil particulier dans la lutte contre la corruption à l'échelon local est le *New York City Department of Investigation* (DOI), fondé en 1873 et décrit comme l'une des plus anciennes organisations de lutte contre la corruption aux Etats-Unis. La mission du DOI est essentiellement d'enquêter sur les employés municipaux et sur tout autre intervenant traitant avec la Ville (y compris les fournisseurs). Il effectue ainsi un contrôle des antécédents avant toute embauche ou signature de contrats et enquête sur les personnes soupçonnées, entre autres, de corruption. Le DOI est aussi l'instance chargée des enquêtes pour le compte du *New York City's Conflicts of Interest Board*. A ce titre, il enquête sur les allégations de violation des lois sur les conflits d'intérêts de la ville qui sont soumises à cet organe. Le DOI mène ses enquêtes en liaison avec les services répressifs fédéraux et locaux.

Recrutement, carrière et mesures préventives

86. Les services de l'exécutif fédéral comptent deux grandes catégories de fonctionnaires : ceux recrutés sur concours, dans le cadre d'un système d'avancement au mérite comportant des engagements de carrière, et ceux désignés à des postes de durée déterminée, comme les responsables nommés par le Président et leur personnel immédiat. Il y a quelque vingt millions de fonctionnaires aux Etats-Unis d'Amérique (dont trois millions employés à l'échelon fédéral), et environ 3 000 postes de durée déterminée dont les titulaires ont été nommés pour des raisons politiques. Cependant, l'immense majorité des fonctionnaires employés à plein temps au sein de l'exécutif est toujours sélectionnée selon un système au mérite. Les postulants sont recrutés par le biais d'avis publics d'ouverture de concours publiés sur Internet ou dans la presse. Le gouvernement participe aussi à des tournées de recrutement dans les écoles et les salons de

l'emploi. Les procédures de sélection tiennent compte des capacités des candidats, de leurs connaissances et de leurs compétences (5 USC 3301-3304). D'une manière générale, il est interdit aux fonctionnaires de carrière de se porter candidat à une élection et de participer à une activité politique dans l'exercice de leurs fonctions ou lorsqu'ils se trouvent dans un bâtiment public (loi Hatch). Ceux nommés pour des raisons politiques sont également soumis à l'interdiction de se porter candidat à une élection, mais peuvent participer à une activité politique dans l'exercice de leurs fonctions ou lorsqu'ils se trouvent dans un bâtiment public tant qu'ils ne financent pas cette activité sur des fonds de leur employeur. L'EEG a été informée que le pouvoir de recruter leur personnel a été délégué à la plupart des agences.

87. En vertu des statuts et règlements existants, toute personne employée dans les milieux gouvernementaux doit être sérieuse, digne de confiance, avoir une bonne conduite et un bon caractère, et faire preuve d'une loyauté totale et inconditionnelle aux Etats-Unis. Toute nomination est soumise à enquête. La portée des enquêtes varie suivant la nature du poste concerné. Elle peut aller d'un simple examen du casier judiciaire et de la solvabilité financière à une enquête exhaustive sur les antécédents de l'intéressé, conduite par le FBI ou par tout autre service d'investigations. L'exigence d'enquête est applicable qu'une habilitation de sécurité soit ou non nécessaire (pour pouvoir accéder à des informations classées au nom de la sécurité nationale) ou qu'il s'agisse ou non d'un poste de carrière. Tout candidat postulant à un poste exigeant un certain degré de confiance publique est tenu de remplir un questionnaire demandant des renseignements personnels remontant à plusieurs années (sept ans et plus), notamment adresses successives, écoles fréquentées, emplois précédents (en précisant les motifs du départ), références, état-civil, renseignements relatifs à la famille proche, service militaire, dossiers d'enquêtes, voyages à l'étranger, dossiers de police et renseignements financiers. Tout candidat ayant consulté un professionnel de la santé mentale ou tout autre prestataire de santé pour un problème d'ordre psychologique peut aussi se voir contraint de renoncer à invoquer la protection de sa vie privée. Il est tenu d'autoriser les personnes chargées d'enquêter sur ses antécédents à interroger son médecin traitant au sujet de son état de santé psychologique et du diagnostic posé. Les questions relatives aux antécédents médicaux visent uniquement à déterminer si l'état de santé ou le diagnostic sont susceptibles d'avoir une incidence sur la capacité de la personne concernée à assumer les fonctions du poste ou entrent en conflit avec les exigences en matière de sécurité. La réalisation de l'enquête fait partie des exigences à remplir pour le poste. L'information est fournie volontairement par les postulants, mais si une personne décide de ne pas donner les renseignements demandés, elle ne satisfait pas aux exigences du poste et sa candidature ne sera pas considérée plus avant. Si la personne est déjà employée par le gouvernement fédéral à titre conditionnel, dans l'attente de la réalisation de cette enquête, son contrat prendra fin si l'information n'est pas fournie. S'agissant de recrutements envisagés par le Président dont la nomination finale doit être entérinée par Sénat, le FBI conduit généralement une enquête exhaustive sur le terrain. Il est également demandé à ces candidats de répondre à des questionnaires distincts émanant de la Maison Blanche et de la commission du Sénat chargée de l'audience de confirmation. Ils doivent en outre effectuer une déclaration de patrimoine personnel.
88. Trois grandes institutions sont particulièrement importantes en matière de recrutement et de supervision des personnels à l'échelon fédéral : l'*Office of Personnel Management* (OPM) a la responsabilité globale de la définition des politiques et des objectifs afin de garantir l'efficacité de la main-d'œuvre civile du gouvernement fédéral ; il prend aussi des dispositions pour que des enquêtes soient menées sur les personnes recrutées, à des fins de sécurité ou pour connaître leurs antécédents ; le *US Merit System Protection Board* (MSPB) est un organisme indépendant, quasi judiciaire, chargé de défendre les principes du système au mérite ; enfin, l'*Office of Special Counsel* (OSC) est une agence indépendante chargée des enquêtes et des poursuites, dont le

principal objectif est de préserver le système au mérite en protégeant les fonctionnaires fédéraux de toute pratique prohibée à l'encontre du personnel, comme des représailles pour avoir dénoncé des fraudes ou malversations (voir ci-après). Les employés peuvent tenter des recours (appels) portant sur leur emploi et sur certaines actions intentées contre eux, comme une résiliation illégale de leur contrat ; plusieurs milliers de recours sont soumis chaque année. Les règles relatives aux pratiques prohibées ne s'appliquent pas aux personnes nommées par le Président ni à leurs employés de confiance (les agents qu'elles ont recrutés pour travailler pendant la durée de leur mandat sur des questions confidentielles ou concernant l'élaboration des politiques). Cependant, selon les informations fournies à l'EEG, un employé public n'a pas la possibilité de contester une décision de retrait de son « habilitation de sécurité » en dehors de la procédure administrative au sein de l'agence qui l'emploie. Une procédure stricte doit être suivie s'il est ensuite mis fin à son contrat de travail du fait de la perte de son habilitation. L'employé pourra contester ces procédures en dehors de l'agence qui l'emploie. L'OPM et le MSPB conduisent des audits réguliers sur la manière dont les agences appliquent les conditions de recrutement et d'emploi. Ces institutions assurent aussi une formation, bien que l'essentiel de la formation soit effectué au sein de chaque agence et par des prestataires de services. Les responsables nommés par le Président et leur personnel n'ont pas le droit de faire appel auprès de ces institutions étant donné qu'ils sont en poste par le bon vouloir présidentiel.

89. Au niveau des Etats et des pouvoirs locaux, la politique en matière de recrutement est semblable à celle appliquée à l'échelon fédéral. Il y a deux sortes d'employés publics : ceux recrutés sur concours et les autres (nominations politiques). Les règles relatives à l'emploi dans l'Etat de New York sont fondées sur un système au mérite, exposé dans la Constitution.
90. Le *New York State Department of Civil Service* est l'agence centrale du personnel de l'Etat de New York, qui emploie quelque 164 000 personnes. Cet organisme assure la sélection des employés publics et la surveillance de la fonction publique par le biais d'audits réguliers, etc. Il dispose aussi d'une Direction des services municipaux qui fournit une assistance technique à 101 agences de la fonction publique municipale au sein de l'Etat (soit des effectifs de l'ordre de 388 000 personnes).
91. La Ville de New York a son propre organe administratif, le *New York City Department of Citywide Administrative Services*, qui fournit des services d'appui à toutes les agences de la ville. Son système de recrutement, semblable à celui de New York, prévoit un dispositif fondé sur le mérite et un contrôle des antécédents, à l'instar des modalités en place à l'échelon fédéral.

Formation

92. En vertu de la réglementation, tous les employés de l'exécutif fédéral bénéficient d'une session d'introduction à l'éthique dans les trois mois suivant leur incorporation. Les cadres moyens et supérieurs doivent en outre suivre ultérieurement une formation annuelle à la déontologie. Le but de ces séances est de former les membres du personnel au code de conduite et d'éthique de l'exécutif afin de les aider à éviter tout conflit d'intérêts réel ou apparent ainsi que toute apparence de malversation. Les agences de l'exécutif assurent généralement le cours d'introduction à l'aide de documents écrits qui doivent comprendre un exemplaire ou un résumé du *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*, à conserver ou à consulter. Une liste nominative indiquant les fonctions, adresses et numéros de téléphone professionnels des responsables désignés pour les questions d'éthique et d'autres responsables à qui les employés peuvent également demander conseil à ce propos est également fournie. Chaque employé doit disposer d'une heure sur son temps de travail officiel pour prendre connaissance de ces documents. Certaines agences vont au-delà des exigences minimales concernant l'introduction à l'éthique en

organisant à l'intention des nouveaux employés une réunion d'information, une projection de vidéos ou un cours assisté par ordinateur sur ce thème.

93. La formation annuelle à la déontologie des cadres moyens et supérieurs peut être conduite selon diverses méthodes. Les agences de l'exécutif sont tenues d'organiser à leur intention une réunion d'information d'une heure tous les trois ans et d'utiliser d'autres outils de formation les autres années pour s'acquitter de l'exigence de formation annuelle. La formation annuelle, quelle que soit la forme sous laquelle elle est dispensée, doit comporter un examen des codes et règlements applicables (*Principles of Ethical Conduct*, *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*, *Criminal conflict of interest statutes* ou tout autre règlement complémentaire prévu par l'agence) et de la liste nominative indiquant les fonctions, adresses et numéros de téléphone professionnels des responsables désignés pour les questions d'éthique et d'autres responsables à qui les employés peuvent également demander conseil à ce propos. La formation doit en outre être présentée ou préparée par un instructeur qualifié. Il s'agit le plus souvent de l'un des responsables de l'agence dans ce domaine, ou bien d'un employé de l'*Office of Government Ethics* (OGE). De nombreuses agences de l'exécutif demandent aussi à d'autres membres de leur personnel de suivre une formation à la déontologie, chaque année ou selon la périodicité de leur choix, et disposent de supports de formation à l'éthique sur leur intranet ou leur site web, accessibles à tous les employés.
94. Les cadres supérieurs de l'exécutif tenus de présenter une déclaration de patrimoine doivent bénéficier chaque année d'une formation en salle à la déontologie. Certaines années, dans certaines circonstances, une agence pourra toutefois remplacer cette séance par la fourniture de documents écrits. De nombreux autres cadres moyens et supérieurs doivent en outre recevoir une formation annuelle sous une forme ou une autre, et de nombreuses agences imposent aussi à d'autres employés de suivre une telle formation. Outre les programmes de déontologie de chaque agence, l'OGE supervise la plupart des programmes de formation à tous les niveaux du pouvoir exécutif. Ces programmes mettent l'accent sur les lois relatives aux conflits d'intérêts. Chaque agence est aussi tenue de désigner un responsable de la déontologie, dont l'une des attributions est de veiller à ce qu'un programme de conseil et d'orientation en matière d'éthique soit à la disposition du personnel.
95. Les employés de l'exécutif disposent aussi de plusieurs possibilités de formation pour progresser dans leur carrière. La plupart de ces formations, notamment celles conçues pour les cadres et pour les personnes qui cherchent à devenir membres du *Senior Executive Service*, comportent des volets consacrés à la question plus large de la déontologie du service public.
96. L'EEG a été informée que d'après les données collectées par le *Council on Governmental Ethics Laws* (COGEL), la plupart des bureaux de déontologie au niveau fédéré et un grand nombre de ceux en place à l'échelon municipal organisent des formations en faveur des employés.
97. La formation du personnel de la Ville de New York relève de la ville elle-même. Elle est essentiellement assurée par le *New York City Conflicts of Interest Board* et par le *New York City Department of Investigation* (DOI). En vertu de la loi, tout employé public doit, dans les dix jours suivant l'embauche, remplir une déclaration écrite indiquant qu'il a lu et respectera la loi new-yorkaise sur les conflits d'intérêts. Le *Board* organise aussi des formations à l'intention des nouveaux agents en utilisant différents supports, et fournit aux fonctionnaires des versions vulgarisées de la loi. Le DOI donne des conférences sur la prévention de la corruption dans tous les organismes municipaux où cette loi est mise en avant, et souligne l'obligation légale faite à tout employé municipal de signaler au DOI tout manquement à la loi.

Code de conduite / de déontologie

98. Tous les cadres et employés de l'exécutif doivent se conformer aux *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch* (code de conduite) et à un ensemble de lois pénales relatives aux conflits d'intérêts et de lois civiles relatives à la déontologie. Le code de conduite est fondé sur quatorze principes de conduite éthique énoncés dans le Code des règlements fédéraux (5 CFR 2635). Les lois pénales sur les conflits d'intérêts se trouvent au chapitre 11 du titre 18 de l'USC, tandis que les lois civiles concernant la déontologie figurent au titre 5 de l'USC App. En bref, les dispositions du code de conduite applicable à l'exécutif couvrent les aspects suivants : cadeaux provenant de l'extérieur ; cadeaux entre employés ; intérêts financiers conflictuels ; impartialité dans l'exercice de fonctions officielles ; recherche d'un autre emploi ; abus de fonction (utilisation d'une fonction publique pour rechercher un gain personnel, ainsi que d'informations internes, de biens propriété du gouvernement ou du temps de travail officiel à des fins personnelles) ; activités extérieures. Ces dispositions sont de nature réglementaire et leur application peut être imposée par diverses sanctions disciplinaires (réprimande, suspension, rétrogradation, mutation ou même licenciement).
99. Le code de conduite couvre des comportements qui sont jugés inappropriés mais ne sont pas suffisamment graves pour donner lieu à des sanctions pénales ou civiles. Tous les agents publics (tant les personnes nommées pour des raisons politiques que les fonctionnaires de carrière) qui occupent des postes de direction bénéficient d'une formation au code de conduite et aux lois et règlements relatifs à la déontologie à leur entrée en fonction, puis selon une périodicité annuelle. En outre, les gestionnaires de programmes susceptibles d'avoir une incidence financière substantielle pour le public sont tenus de déclarer leur patrimoine personnel sur un imprimé public ou confidentiel à leur entrée en fonction, puis selon une périodicité annuelle. Ces imprimés sont examinés par les responsables de la déontologie de l'agence concernée et constituent un outil d'orientation dans les conflits d'intérêts. Comme indiqué plus haut, l'OGE a la responsabilité globale de veiller à ce que les agences fédérales respectent les exigences des programmes de déontologie. Plus généralement, les prestations de tous les employés de l'exécutif, et avant tout du personnel de direction, sont évaluées annuellement sur la base de critères de performance écrits. Ces mesures de la performance contribuent en partie à inculquer aux personnels concernés le comportement que l'on attend d'eux eu égard à l'application des lois et règlements applicables à leur conduite.
100. L'Etat de New York dispose d'une loi en matière de déontologie (*Public Officers Law*) administrée par la Commission de l'Etat de New York. Cette commission a compétence à l'égard des employés de l'exécutif. Elle fournit orientation et conseils, forme les fonctionnaires de l'Etat à la loi et engage des poursuites contre les auteurs d'infractions. La Ville de New York a aussi une loi sur les conflits d'intérêts administrée par le *New York City Conflicts of Interest Board*. Le *New York City Department of Investigation* conduit toutes les enquêtes sur d'éventuelles infractions à cette loi au nom du *Conflicts of Interest Board*. En outre, le *Council on Governmental Ethics Laws* fournit les moyens nécessaires pour une coordination volontaire à tous les niveaux (fédéral, fédéré et local) en matière de déontologie publique.

Conflits d'intérêts

101. La gestion des conflits d'intérêts est une responsabilité importante des différents comités de déontologie existant au niveau fédéral, des Etats et celui des collectivités locales. L'*Office of Government Ethics* (OGE) traite, dans une large mesure, de la prévention des conflits d'intérêts à l'échelon fédéral et des tâches analogues sont dévolues à la *New York State Ethics Commission*, au *New York City Conflicts of Interest Board* et au *New York City Department of Investigation*.

102. A l'échelon fédéral, plusieurs lois pénales, civiles et administratives se rapportent aux conflits d'intérêts. Leur champ d'application s'étend aux employés publics, et parfois même au secteur privé dans ses relations avec les autorités publiques. Les lois pénales visées au chapitre 11 du titre 18 de l'USC décrivent spécifiquement les situations dans lesquelles un employé ne doit pas adopter une conduite qui entrerait en conflit avec une fonction officielle ou avec sa loyauté envers le gouvernement. Les restrictions les plus souvent applicables se trouvent dans les sections 201 à 209. Aucune de ces lois pénales n'interdit de détenir des avoirs financiers ou d'exercer des fonctions en dehors du gouvernement, mais certaines interdisent toutefois de recevoir une contrepartie ou une valeur quelconque pour la réalisation d'une activité donnée. Les lois civiles (5 USC App. section 501 et suivantes), en revanche, interdisent aux plus hauts fonctionnaires politiques de s'engager dans certains types d'activités ou d'occuper certains postes à titre privé et de percevoir des revenus extérieurs supérieurs à une valeur donnée, quelle que soit l'activité exercée. Les *Standards of Conduct for the Executive Branch* (5 CFR 2635) complètent ces restrictions par des restrictions générales applicables à l'ensemble du secteur et autorisent également les agences à restreindre encore davantage les activités extérieures et les intérêts financiers de leurs employés, le cas échéant¹⁰. Aux niveaux des Etats et des collectivités locales, il existe aussi des législations analogues visant à réduire les conflits d'intérêts.
103. A l'échelon fédéral, les agents les plus hauts placés sont tenus de remplir une déclaration de patrimoine à leur entrée en fonction, puis de nouveau chaque année. Ils doivent enfin faire la même déclaration à la fin de leur mandat. Ces documents sont mis à la disposition du public sur demande. Au sein de l'exécutif, les employés qui sont tenus, de par leur fonction, de prendre des décisions ou d'exercer un degré important de jugement dans des activités dans lesquelles la décision ou l'action finale aura une incidence économique directe et substantielle sur un organisme non fédéral (par exemple passation de contrats, marchés publics, etc.) doivent eux aussi s'acquitter de cette obligation envers leur agence. Ces employés occupent souvent, quoique pas toujours, des postes d'encadrement intermédiaire. Les déclarations de patrimoine remplies par ces personnes ne sont pas rendues publiques. Au sein du pouvoir exécutif, quelque 20 000 fonctionnaires sont astreints à faire des déclarations pouvant être consultées par le public, et environ 250 000 à faire des déclarations confidentielles. Les exigences en matière de déclaration de patrimoine s'appliquent aussi bien aux fonctionnaires de carrière qu'aux personnes nommées pour des raisons politiques.
104. Les déclarations de patrimoine (qu'il s'agisse de documents publics ou confidentiels) sont examinées par l'agence du pouvoir exécutif qui emploie la personne concernée, essentiellement aux fins de déceler des conflits d'intérêts potentiels ou existants. Si les informations recueillies indiquent que l'on pourrait se trouver en présence d'un conflit d'intérêts, le dossier est renvoyé pour complément d'enquête, sans préjudice de poursuites éventuelle ou d'une sanction administrative. Lorsqu'un conflit d'intérêts potentiel est mis en évidence, l'employeur étudie avec l'intéressé les mesures à prendre pour éviter qu'il ne s'engage dans une activité susceptible de transformer ce conflit potentiel en un conflit réel. De telles mesures peuvent consister à se défaire de certains avoirs, renoncer à un poste à l'extérieur, etc.

¹⁰ Les règlements supplémentaires des agences sont énoncés dans le Code des règlements fédéraux (5 CFR 3101-8701.) Les lois régissant chaque agence peuvent prévoir en outre d'autres restrictions spécifiques ou interdire certains types d'intérêts aux cadres et employés de l'agence concernée. A titre d'exemple, la loi portant création de la Commission des opérations de bourse (Securities Exchange Act de 1934, tel que modifié), indique que les cinq commissaires nommés par le président et confirmés par le Sénat ne peuvent s'engager dans une activité autre que leur fonction de commissaire et ne peuvent avoir d'autre vocation ou emploi ni [...] participer, directement ou indirectement, à aucune transaction ou opération de bourse d'une nature soumise à la réglementation de la commission (voir 15 USC 78d. a).

105. Pour les plus hauts responsables de l'exécutif, ce programme est plus systématisé. En pratique, toute personne que le Président envisage de nommer à un poste requérant la confirmation du Sénat remplit, initialement à titre confidentiel, une déclaration de patrimoine préliminaire qui sera rendue publique si la personne est finalement nommée. Cette déclaration est examinée par la Maison Blanche, par l'agence dans laquelle l'intéressé prendra ses fonctions et par l'*Office of Government Ethics* (OGE) afin de déterminer les mesures à prendre pour éviter tout conflit d'intérêts. Lorsque le président nomme officiellement une personne, l'OGE adresse au Sénat copie de la déclaration de patrimoine de cette personne, accompagnée de son opinion écrite. Ce document décrit les mesures qui ont été jugées nécessaires pour éviter les conflits (« contrat d'éthique »). L'OGE vérifie par la suite que ce contrat a bien été respecté afin de garantir que l'intéressé a appliqué les mesures convenues une fois en poste. L'OGE passe en revue les contrats d'éthique d'un bon millier de hauts dirigeants.
106. Des mécanismes de divulgation d'informations financières sont aussi en place aux niveaux des Etats fédérés et des collectivités locales. Leur finalité est essentiellement préventive. En d'autres termes, il s'agit d'identifier les situations pouvant donner lieu à d'éventuels conflits d'intérêts. L'EEG a été informée que dans l'Etat de New York, 25 000 fonctionnaires (sur 250 000) doivent remplir une déclaration de patrimoine. Cette obligation est applicable aux « décideurs » ou à toute personne rémunérée plus de 75 000 dollars par an. De plus, la Ville de New York a des règles qui obligent les agents publics les plus susceptibles d'être confrontés à des conflits d'intérêts à présenter une déclaration chaque année. Sont aussi astreints à cette obligation les élus et les candidats, le personnel de direction des agences, les responsables de l'élaboration des politiques et les décideurs, ainsi que les employés intervenant dans la passation des contrats et les marchés publics. Environ 8 000 déclarations de patrimoine pouvant être consultées par le public sont remises chaque année au *New York City Conflicts of Interest Board*. En outre, environ 5 000 déclarations supplémentaires sont soumises au *New York City Department of Investigation*. Cette instance fournit des renseignements détaillés complémentaires concernant les employés de la ville qui sont en position d'exercer une influence significative sur les marchés publics et d'autres décisions importantes des pouvoirs publics.
107. A l'échelon fédéral, l'application des lois relatives aux conflits d'intérêts et des lois civiles en matière de déontologie relève du ministère de la Justice, par le biais du Service de l'intégrité publique de la Direction des affaires pénales, de la Direction des affaires civiles et des bureaux des procureurs fédéraux. L'OGE enquête sur toutes les poursuites engagées chaque année par le ministère de la Justice et par les bureaux des procureurs fédéraux et diffuse sur son site Internet un résumé de chaque affaire. Ces résumés sont utilisés dans le cadre de la formation et à des fins didactiques. Dans l'Etat de New York, la *New York State Ethics Commission* peut conduire des procédures administratives pour toute infraction à la loi sur la fonction publique et imposer des sanctions civiles, les sanctions disciplinaires étant imposées par l'employeur. La commission peut par ailleurs soumettre certains dossiers à un procureur compétent. Enfin, le *New York City Conflicts of Ethics Board* est chargé de l'application de la loi sur les conflits d'intérêts au niveau de la ville de New York.

Restrictions post-emploi « Allers/retours public/privé » (« pantouflage »)

108. Dans la branche exécutive, des mesures ont été mises en place pour résoudre les conflits, qu'ils soient réels ou apparents, ou les questions de partialité lors de l'entrée d'une personne au service du gouvernement, pendant le service et lorsque les fonctionnaires envisagent de quitter leur poste. Dans ce dernier cas, le code pénal relatif aux conflits d'intérêt, à la section 208, interdit à un employé de la branche exécutive fédérale d'intervenir en quoi que ce soit dans une

affaire du gouvernement dans laquelle l'interlocuteur avec lequel il est en cours de négociation pour obtenir un emploi aurait un intérêt financier. Ces mesures sont complétées par les *Standards of Ethical Conduct* de la branche exécutive qui posent des restrictions aux employés lorsqu'ils se mettent à « chercher » un emploi, phase qui précède celle de la « négociation » de l'emploi. Le code pénal relatif aux conflits d'intérêt (section 207) restreint les activités des anciens fonctionnaires des branches exécutive et législative après leur passage dans le service public. Il ne contient pas d'interdiction catégorique d'emploi dans une entité quelle qu'elle soit. Les restrictions s'appliquent plutôt à toute forme de communication ou de représentation d'autres personnes dans l'intention d'influencer le service public. En général, ces restrictions visent à protéger les processus gouvernementaux de l'usage abusif d'un poste précédemment occupé dans l'administration pour des dossiers ou dans des lieux où l'ex-agent était impliqué ou avait une responsabilité élevée. Les restrictions s'appliquent en principe à tous les agents de la branche exécutive, indépendamment de leur rang. Un fonctionnaire de la branche exécutive, quel que soit son poste et son grade, n'a pas le droit de représentation dans certaines affaires impliquant des parties spécifiques, dans lesquelles il aurait personnellement et substantiellement participé en sa qualité de fonctionnaire. Cette restriction est valable pendant toute la durée de l'affaire (18 Code des États-Unis 207(a)(1)). Les fonctionnaires de rang élevé sont interdits de représentation pendant un an face aux agents et employés des départements et agences dans lesquels ils ont assuré leur dernière année de fonctions. Dans leur cas, l'objet de la représentation n'a pas à être lié, de quelque façon que ce soit, aux affaires auxquelles ils avaient participé lorsqu'ils étaient au service du gouvernement. (207(c)). Les très hauts fonctionnaires (au niveau des cabinets) sont suspendus pendant un an du droit de représentation face, par essence, aux hauts fonctionnaires politiques de tous les départements et agences de la branche exécutive (207(d)). Outre les restrictions appliquées à la période de post-emploi, indiquées à la section 207, il existe d'autres garde-fous spéciaux pour les agents qui travaillent dans des domaines spécifiques, notamment dans les marchés publics (41 Code des États-Unis 423).

109. L'EEG a appris, selon des informations recueillies par le COGEL, que les lois sur l'éthique d'au moins 35 gouvernements d'État contiennent des restrictions post-emploi/ A/R public/privé pour leurs fonctionnaires.
110. Les lois sur l'éthique de l'État de New York réglementent aussi le post-emploi des fonctionnaires. Les restrictions post-emploi de l'État font partie du *Public Officers Law* (équivalent du Code de la fonction publique) et consistent en deux interdictions, l'une de deux ans et l'autre définitive. Ces lois s'appliquent à pratiquement tous les agents et employés de l'État, y compris les employés des agences de l'État, des organismes et autorités publics, de l'Université de l'État de New York (*the State University of New York - SUNY*) et de l'Université de la ville de New York (*the City University of New York - CUNY*). Il est interdit à un ex-employé pendant deux ans de comparaître, d'exercer ou de rendre des services rémunérés devant son ex-agence. Il est interdit à vie à un ex-employé de comparaître, d'exercer ou de rendre des services rémunérés pour une affaire, procédure, demande ou transaction à laquelle il aurait travaillé pendant son service à l'État.
111. La Loi sur les conflits d'intérêts de la ville de New York contient, pour les employés, l'interdiction de solliciter, négocier ou d'accepter un poste de quiconque avec qui ils seraient déjà impliqués dans leur poste actuel à NYC. Par ailleurs, pendant un an après leur départ, les ex-fonctionnaires ne sont pas autorisés à communiquer avec leur ex-agence ; il est interdit à vie aux ex-employés de travailler sur les dossiers sur lesquels ils travaillaient dans leurs anciennes fonctions et ils sont définitivement interdits de divulguer des informations confidentielles. Le *New York Conflicts of Interest Board* est la seule agence habilitée à interpréter et faire appliquer la loi relative aux conflits d'intérêts.

Cadeaux

112. Outre les dispositions de la Constitution et du droit pénal (lois relatives aux conflits d'intérêts), la question des cadeaux est traitée dans les *Administrative Standards of Conduct*. Les *Standards of Ethical Conduct* de la branche exécutive (fédérale) contiennent deux sous-parties relatives aux cadeaux, ceux de sources extérieures et ceux offerts par d'autres employés. Les restrictions relatives aux cadeaux ont été rédigées de façon telle que les employés qui en suivent les règles n'ont pas à craindre de violer par inadvertance une disposition de droit civil ou pénal.
113. La restriction de base pour les cadeaux de source extérieure est qu'un employé ne doit pas, directement ou indirectement, solliciter ou accepter de cadeau d'une origine interdite (ou un cadeau donné en raison de la position officielle de l'employé). Il existe des exceptions écrites spécifiques. On entend par « cadeau » en principe « toute gratuité, faveur, remise, loisir, hospitalité, prêt, tolérance ou autre élément ayant une valeur pécuniaire ». On entend par « origine interdite » toute personne ou organisation qui veut obtenir une action officielle de l'agence de l'employé ; est en affaires ou cherche à faire des affaires avec l'agence de l'employé ; mène des activités réglementées par l'agence de l'employé ; ou a des intérêts qui peuvent être gravement affectés par les décisions prises ou non prises dans le cadre de ses fonctions officielles. Une exception de base est de permettre un cadeau non sollicité d'une valeur marchande n'excédant pas 20 dollars, de quoi permettre un déjeuner occasionnel ou un dîner peu onéreux. Une autre exception, qui laisse peu de latitude, concerne les cadeaux liés à une relation personnelle comme un cadeau offert par un membre de la famille ou par un ami proche.
114. Par ailleurs, les agents de la branche exécutive fédérale qui déposent des déclarations sur leur patrimoine et revenus financiers doivent faire état, par source, des cadeaux d'une valeur agrégée de plus de 305 dollars. Il existe des exceptions, étroitement définies, pour l'établissement des rapports, y compris celles qui s'appliquent aux cadeaux faits par les membres de la famille.
115. La législation et les dispositions éthiques qui interdisent les cadeaux sont en principe reproduites au niveau des autorités locales et de l'État. Dans l'État de New York, la principale interdiction d'accepter des cadeaux (pots-de-vin) est contenue dans le droit pénal. Une disposition supplémentaire dans le Public Officers Law interdit d'accepter des cadeaux (par opposition aux pots-de-vin) de même source qui auraient, pour une année donnée, une valeur cumulée de 75 dollars ou plus lorsque le cadeau est fait dans des circonstances dont on pourrait raisonnablement déduire que l'intention était d'influencer l'agent. La loi sur les conflits d'intérêts de la ville de New York, telle que complétée par les règles du *New-York City Conflicts of Interest Board* donne des instructions détaillées pour ce qui est des cadeaux, partant du principe premier qu'aucun employé du service public n'est autorisé à accepter un cadeau de valeur tel que défini par le *Board*. L'EEG a appris que la limite fixée pour la valeur d'un cadeau était de 50 dollars par période de douze mois, c'est-à-dire que deux cadeaux faits par la même personne qui auraient une valeur totale de plus de 50 dollars, violeraient la règle (il y a quelques exceptions à la règle). L'employé a la charge de déterminer si le donateur fait affaires avec la ville.

Signalement de la corruption

116. Les *Standards of Conduct* de la branche exécutive prévoient que les employés doivent signaler tout gaspillage, fraude, abus et corruption aux autorités appropriées (5 C.F.R. 2635.101(b)(11)). Les autorités peuvent être dotées de contrôleurs ou d'autorités d'enquête comme l'*Inspector General* dans une agence. Normalement, les employés doivent en référer à leur corps administratif, mais ils peuvent aussi directement en référer aux autorités policières/judiciaires. En outre, tous les directeurs d'agence de la branche exécutive doivent, conformément au 28 Code des États-Unis

535, rapporter au bureau de l'*Attorney General* toute information, présomption, ou plainte reçue dans leur agence concernant la violation du code pénal par un agent ou un employé de la branche exécutive. Un employé de la branche exécutive qui est tout à fait au courant de corruption, par exemple, et ne rapporte pas cette inconduite, est soumis à des mesures disciplinaires administratives. Les Offices de l'*Inspector General* ont ouverts des lignes d'appel spéciales (« hotlines ») qui permettent aux employés de rapporter les faits de façon anonyme ou autre.

117. En ce qui concerne la branche législative, on attend des Sénateurs, Membres de la Chambre des représentants et fonctionnaires et employés des deux Chambres du Congrès qu'ils adhèrent au *Code of Ethics for Government Service* qui leur demande de « signaler la corruption où qu'elle soit découverte.» De plus, le *Code of Official Conduct* de la Chambre (House Rule 23) dispose qu'(un Membre) un agent ou un employé de la Chambre des représentants « doit avoir en toute occasion une conduite qui fasse honneur à la Chambre ». La résolution 338 du Sénat de la 2^e session du 88^e Congrès, telle qu'amendée, souligne que la Commission spéciale du Sénat sur l'éthique (*Senate Select Committee on Ethics*) « doit recevoir les plaintes et enquêter sur les présomptions d'inconduite qui peuvent avoir des retombées sur le Sénat, les violations de la loi, les violations du *Code of Official Conduct* du Sénat et les violations des règles et règlements du Sénat. »
118. Normalement, les employés du service public au niveau des autorités locales et fédérées ont l'obligation de faire état des soupçons de corruption. Les employés de l'État de New York de la branche exécutive sont tenus, par le décret n° 39 de signaler toute inconduite à l'*Office of Inspector General*. Conformément au décret n° 16 de la Mairie, tous les employés de la ville de New York doivent rapporter toute information concernant la corruption, la fraude, les conflits d'intérêts, les abus d'autorité ou les erreurs de gestion manifestes au *Department of Investigation* de l'État de New York. Manquer de le faire pourrait conduire, entre autres, au licenciement de l'employé.

Protection des informateurs

119. Le *Whistleblower Protection Act* de 1989 a été promulgué pour lever toute réticence à livrer des informations qui pourraient donner lieu à des représailles. La loi interdit de sanctionner les agents du service public qui signalent les manquements à la loi, à la règle, au règlement, les erreurs grossières de gestion et de gaspillage des fonds publics, l'abus d'autorité ou un danger grave de santé ou sécurité publiques. Selon cette loi (5 Code des États-Unis section 2302(b)), un agent public qui estime avoir enduré des représailles pour avoir révélé une information couverte par la loi peut déposer une plainte auprès de l'*Office of Special Counsel* des États-Unis, agence indépendante d'enquête et de poursuite judiciaire. Cette agence enquêtera sur la plainte et, lorsqu'il aura déterminé qu'il y a eu des représailles abusives, il cherchera à obtenir réparation à l'amiable de l'agence employeuse. Il peut aussi demander que l'agence employeuse prenne des mesures disciplinaires contre le responsable auteur des représailles. Si cette agence refuse de redresser les torts à l'amiable, l'*Office of Special Counsel* peut engager des poursuites au nom de l'employé lésé et/ou tenter une action auprès du *Merit Systems Protection Board* pour demander une sanction disciplinaire à l'encontre de l'auteur des représailles. Le *Board* a autorité pour enjoindre l'agence employeuse de faire réparation aux employés et/ou sanctionner les agents auteurs de représailles. Les autorités locales disposent également de protections supplémentaires pour les informateurs. Dans l'État de New York, deux lois, la *New York State Labor Law* § 740 et la *New York State Civil Service Law* § 75-b sont essentielles pour la protection des employés des secteurs public et privé qui « tirent la sonnette d'alarme » en cas de corruption. New York City dispose d'une loi spéciale « Whistleblower », *New York City Administrative Code* § 12-113, qui protège les employés de la ville informateurs et le *New York City Department of Investigation* est chargé des enquêtes et de faire appliquer la loi.

Sanctions (pénales, civiles et disciplinaires)

120. Les lois relatives aux conflits d'intérêts et toutes les autres lois au Titre 18 du Code des États-Unis sont appliquées par le ministère de la Justice (*Department of Justice - DOJ*) par le biais des tribunaux. Les affaires impliquant les lois sur des conflits d'intérêts, sections 203-209, peuvent être portées au civil ou au pénal. Au pénal, il y a deux niveaux possibles de sanctions selon que la conduite aura été intentionnelle ou non. Le premier niveau de peine est une amende et/ou un emprisonnement d'un an. Le deuxième niveau concerne les violations intentionnelles avec une peine possible comprenant généralement une amende et/ou un emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans. La loi sur la corruption (18 Code des États-Unis 201(b)) prévoit une peine pouvant aller jusqu'à quinze ans de prison et l'offre ou la fourniture de gratuités (dons) (18 Code des États-Unis 201(c)) sont passibles d'une peine pouvant aller jusqu'à deux ans de prison. Il peut être fait appel au tribunal de niveau supérieur en suivant les procédures normales de la juridiction d'appel¹¹.
121. En utilisant un niveau de preuve moins onéreux, le DOJ peut également tenter une action devant un tribunal civil contre toute personne ayant violé ces sections. La peine devant une juridiction civile n'excède pas 50 000 dollars pour chaque violation ou le montant de la réparation que la personne a reçue ou proposée pour la conduite interdite, selon celui de ces deux montants qui est le plus élevé. Le DOJ peut aussi enjoindre la conduite à tenir (voir 18 Code des États-Unis 216).
122. Les lois civiles sur l'éthique sont appliquées par le DOJ par le biais des tribunaux et prévoient les sanctions suivantes : une amende n'excédant pas 10 000 dollars (ou le montant de l'indemnisation, s'il y a lieu) infligée à la personne pour la conduite interdite, au plus élevé des deux montants (5 Code des États-Unis app. 504). Il est possible de faire appel auprès du tribunal du niveau supérieur.
123. Les sanctions correctives et disciplinaires pour violation des *Standards of Conduct* peuvent comprendre un avertissement, un conseil, un blâme, la suspension, la mutation ou le licenciement. Ces mesures sont mises en oeuvre par l'agence où l'employé est en fonction suivant des procédures normalisées. Il est possible de faire appel tout d'abord au sein de l'agence, puis dans les cas d'actes disciplinaires plus importants (allant de 14 jours de suspension à la révocation) devant le *Merit Systems Protection Board* (une agence séparée au sein de la branche exécutive), et en dernier ressort auprès du système judiciaire fédéral.
124. La situation est similaire aux niveaux des autorités locales et fédérées. A New York, les infractions présumées des lois sur les conflits d'intérêts sont instruites par le *Department of Investigation* et les résultats de ces enquêtes sont référés au *Conflicts of Interest Board* qui doit prendre les dispositions appropriées.

Procédures disciplinaires

125. La responsabilité de l'enquête préliminaire dépend de la nature de l'inconduite. Lorsqu'elle est de nature administrative et n'atteint pas le niveau pénal, les *Offices of Inspector General* jouent le rôle principal dans l'enquête sur leurs employés. Les procédures disciplinaires sont administratives par nature et donnent lieu à une action à l'encontre du personnel allant d'une lettre de blâme à la rupture du contrat d'emploi. Si l'inconduite implique une forte probabilité de violation du droit pénal fédéral, le *Federal Bureau of Investigation (FBI)* est généralement le

¹¹ D'autres sanctions qui s'appuient sur d'autres lois souvent utilisées dans les affaires de corruption comprennent : 20 ans d'emprisonnement et/ou une amende de 250 000 dollars pour extorsion en les faisant passer comme une mesure officielle (18 Code des États-Unis 1951) ou pour l'utilisation frauduleuse des services postaux officiels et du télégraphe (18 Code des États-Unis 1341, 1343 et 1346) ; et 5 ans d'emprisonnement et/ou 250 000 dollars d'amende.

principal organe d'enquête. Par ailleurs, les *Offices of Inspector General*, pour chacun des Départements ou agences, peuvent soit mener l'enquête, soit aider le FBI lorsque les présomptions impliquent l'inconduite d'agents au sein d'un Département ou d'une agence. La *Public Integrity Section* du DOJ et l'Office du procureur fédéral (*United States Attorneys' Offices*) coordonnent les enquêtes.

126. Les procédures pénales et disciplinaires sont en principe en grande mesure indépendantes l'une de l'autre. Toutefois, dans le domaine de la corruption publique, il n'est pas inhabituel que les résultats de l'enquête conduisent à ces deux types de procédures. Par le biais d'une coordination appropriée entre les administrateurs et les procureurs, les procédures peuvent se dérouler concomitamment. Généralement, toutefois, les procédures administratives ne sont pas entreprises avant qu'il y ait eu décision concernant les chefs d'accusation. Une fois le dossier pénal résolu, les sanctions imposées administrativement sont examinées.
127. La situation est similaire au niveau des autorités locales et de niveau fédéré. A New York, un *Inspector General* est désigné pour contrôler la conduite de chaque agence de la ville. Ces *Inspectors General* rapportent au *Department of Investigation*, et non pas au directeur de l'agence dont ils assurent le contrôle afin que soit préservée l'indépendance de l'*Inspector General*. Les *Inspectors General* font connaître les résultats de leur enquête aux agences concernées.

Statistiques

128. Dans la branche exécutive, les agences sont tenues de garder la preuve des mesures disciplinaires dans les dossiers personnels des employés, mais les compilations par les agences des mesures prises ne font pas nécessairement de distinction entre la discipline appliquée pour une violation des *Standards of Conduct* et celle appliquée pour violation d'autres types de règles. Toutefois, chaque année, l'EEG mène une enquête auprès des agences de la branche exécutive sur les actions disciplinaires (révocations, déclassement, suspension et blâmes écrits) fondées entièrement ou pour partie sur les violations des *Standards of Conduct*. Les agences font preuve de bonne volonté à donner ces informations, mais l'EEG considère que leurs données sont approximatives¹² :

¹² La catégorie Abus de position, de ressources publiques ou d'informations inclut les manquements comme se servir d'un téléphone ou d'un ordinateur à des fins personnelles non autorisées. Le personnel couvert par les *Standards* concernés dépasse les 3 millions d'employés.

Nombre de mesures disciplinaires prises complètement ou partiellement pour violations des Standards of Conduct

	<u>2000</u>	<u>2001</u>	<u>2002</u>	<u>2003</u>
Cadeaux d'origine extérieure	42	27	63	117
Cadeaux entre employés	2	7	6	11
Conflits d'intérêts financiers	21	39	71	44
Impartialité dans l'accomplissement de ses fonctions	83	72	89	52
Recherche d'un autre emploi	47	22	11	26
Abus de position, de ressources publiques, d'informations	1 880	1 785	2 513	2 050
Conflit avec des activités extérieures	31	101	49	99
Rémunération pour des activités de formateur, conférencier et rédacteur	0	4	3	5
Rémunération d'origine non fédérale	21	101	30	4
Endettement	441	304	1,168	724
Principes généraux	653	1,208	417	253
Disposition(s) du règlement supplétif des agences	46	149	30	79
Autres	677	692	606	842
Total des mesures disciplinaires prises	3 944	4 511	5 056	4 306

En 2004 et 2005, les données étaient collectées de manière différente, mais les mesures disciplinaires totales étaient de 3 225 pour 2004 et 3 454 pour 2005.

b. Analyse

129. Bien qu'il soit largement reconnu aux Etats-Unis d'Amérique que la corruption constitue une menace constante au bon fonctionnement de l'administration publique aux niveaux fédéral, fédéré et local, il n'existe pas de document définissant une stratégie anti-corruption pour toute l'administration publique. Ce n'est pas que l'on parte du principe que la corruption n'est pas un problème majeur, mais c'est plutôt le résultat du cadre constitutionnel et de la tradition du droit coutumier aux États-Unis, en particulier de la stricte indépendance des différents gouvernements aux niveaux des États fédérés et des autorités locales.
130. Le gouvernement fédéral a déclaré que des ressources considérables étaient consacrées à la prévention de la corruption et que « en concentrant l'attention et les ressources sur des domaines comme le recrutement et la promotion dans l'administration, la rémunération des employés, les codes de conduite éthique, les contrôles internes et les procédures d'audit, nous pouvons empêcher bien plus de cas de corruption que nous ne pourrions en poursuivre devant les tribunaux.¹³ Ces ressources, et celles allouées à la détection, enquête et poursuite pour corruption sont réparties dans un nombre important d'organismes publics au niveau des administrations fédérales, de l'État et locales, reflétant les différents systèmes judiciaires et législatures qui font partie intégrante du système de l'administration fédérale des Etats-Unis.
131. Le résultat inévitable de ce système fédéral d'administration et la stricte séparation des pouvoirs à chaque niveau se traduisent par le fait que les délits de corruption peuvent être instruits et poursuivis par plusieurs autorités publiques différentes à la fois dans une même administration et

¹³ Ex-Procureur général (*Attorney General*) John Ashcroft, Global Forum II.

entre les différents niveaux. Ces chevauchements juridictionnels exigent une coopération étroite et importante entre les différentes autorités qui mènent l'enquête et engagent les poursuites pour assurer l'efficacité des mesures prises pour combattre la corruption dans l'administration publique. L'EEG a reçu des informations qui indiquent que, quoique parfois imparfaits, les mécanismes utilisés pour assurer la nécessaire coopération entre les différentes autorités, fonctionnent bien en pratique et sont largement efficaces pour lutter contre la corruption dans l'administration publique.

132. L'un des avantages essentiels de ce système, même s'il peut entraîner plus de frais administratifs, est qu'il génère une richesse d'approches différentes de la prévention, détection et engagement des poursuites pour corruption dans l'administration publique, toutes au sein de cadres de gouvernances largement similaires. Ceci a pour effet, à son tour, d'offrir une occasion importante de partager des pratiques efficaces et d'en apprendre plus sur les mesures de prévention de la corruption dans l'administration publique. Bien que dans le temps imparti, l'EEG n'ait pu étudier que les dispositions d'un seul État (New York), et d'un seul gouvernement local (la Ville de New York), en plus du niveau fédéral, il a découvert des éléments de bonne pratique qui pourraient être utilement appliqués dans d'autres organismes du système. En l'absence du partage obligatoire et complet des bonnes pratiques entre les différentes branches de l'administration publique aux niveaux fédéral, fédéré et local, l'EEG considère que le *Council on Governmental Ethics Laws* (COGEL)¹⁴, organisme à participation bénévole, joue un rôle essentiel pour faire en sorte que ces avantages soient mis à profit en collationnant et partageant les différentes bonnes pratiques aux États-Unis.
133. La transparence de l'administration publique est une composante importante de la prévention de la corruption et un principe établi de longue date de la démocratie des États-Unis. L'efficacité de la prévention ainsi que de la détection de la corruption dans l'administration publique est clairement facilitée par la relative transparence de cette dernière, elle-même établie par un certain nombre de lois dont, parmi les plus importantes, la loi sur la liberté de l'information (*Freedom of Information Act - FOIA*). Le gouvernement a adopté cette législation en 1966. Par ailleurs, la promotion de la transparence a encore été développée par la création de l'*Office of Information and Privacy* en 1981. L'EEG a été heureux de noter que les informations reçues indiquaient que tous les États avaient aussi leur propre législation sur la liberté de l'information en complément de la loi fédérale. L'EEG a également noté avec satisfaction que la consultation publique est une caractéristique généralement développée à tous les niveaux de l'administration des États-Unis.
134. L'EEG a eu vent de craintes qu'après les attaques terroristes de 2001, le champ de transparence ne soit réduit pour des raisons de nouvelles sensibilités à « la sécurité du pays ». Bien que l'EEG en comprenne les raisons et qu'elle sache qu'actuellement, l'équilibre entre la transparence et la sécurité arrive à être maintenu, elle fait observer que les autorités des États-Unis devraient faire attention à maintenir un niveau élevé de transparence dans la mesure du possible.
135. L'EEG a été intéressé par les informations fournies au sujet du fonctionnement du *New York State Committee on Open Government* de l'État et de la Ville de New York. Cette institution de type « *Ombudsman* » qui assiste à la fois les autorités publiques (et ce qui paraît plus important aux yeux de l'EEG) le public au sens large en donnant son avis, a apparemment un poids important et représente un complément essentiel à la jurisprudence établie, qui n'est pas toujours facile à interpréter, du moins pas pour le grand public. Le *Committee on Open*

¹⁴ COGEL comprend des membres qui sont en dehors des États-Unis, bien que pour la majorité, ils proviennent d'agences gouvernementales des États-Unis et du Canada, des bureaux et commissions responsables d'éthique, de financement des campagnes, d'enregistrement des lobbies et de la liberté d'information.

Government vise à clarifier les questions relatives à la liberté d'information sans avoir recours aux tribunaux, épargnant ainsi du temps et de l'argent aux autorités publiques et aux contribuables. L'EEG considère que c'est un bon exemple d'approche préventive et d'esprit de service à l'égard des citoyens. Un tel modèle n'existe pas au niveau fédéral ; *l'Office of Information and Privacy* du Département de la Justice ne donne avis et conseil qu'aux agences et non pas au grand public. **C'est pourquoi, l'EEG recommande d'envisager le renforcement au niveau fédéral de l'assistance au grand public pour ce qui est de l'accès à l'information publique.**

136. *L'Office of Government Ethics* (OGE) joue un rôle central au niveau fédéral dans la prévention de la corruption dans l'administration publique par le biais de son programme d'éthique présenté par des agents de l'éthique dans chaque agence de la branche exécutive fédérale. Les informations recueillies par l'EEG indiquent que les programmes de l'OGE ont joué un rôle important dans la forte prise de conscience des principes anti-corruption et des mesures préventives de la part des agents fédéraux dans différentes agences. Par ailleurs, l'OGE supervise un important travail de formation dans chaque agence de la branche exécutive fédérale centré sur les lois éthiques applicables et, en particulier, les « *Standards of Ethical Conduct for the Executive Branch* », Code civil de conduite, applicable à tous les employés fédéraux de la branche exécutive. Le Code est complet et couvre les cadeaux, l'abus de position, les conflits d'intérêts financiers entre autres questions et, pour être applicable, il est nécessairement détaillé dans ses dispositions. L'EEG partage les observations de l'OGE à savoir que, même s'il est important parce que les employés sont soumis à une discipline à partir de ces *Standards*, un code aussi détaillé n'est pas toujours nécessairement le meilleur moyen pour faire prendre conscience et faire comprendre les principes clés de conduite qui sous-tendent une prévention effective de la corruption. A ce sujet, l'EEG a été heureuse de noter que l'OGE avait élaboré et continuait d'élaborer des matériels pédagogiques supplémentaires à partir des 14 principes de conduite éthique dont découlent les *Standards of Ethical Conduct* pour la branche exécutive.
137. L'obligation de déclarer annuellement le patrimoine et les revenus financiers s'applique à environ 270 000 employés fédéraux (plus de 10 % de l'ensemble des employés fédéraux). Ce mécanisme a permis 20 000 déclarations *publiques* de patrimoine et revenus pour ce qui est des postes de haut niveau (appartenant aux trois branches du gouvernement fédéral) et 250 000 déclarations *confidentielles* par les employés de la branche exécutive occupant des postes inférieurs aux postes de haute direction mais tenus de faire cette déclaration sur la base de critères prenant en compte le niveau de risque. Il s'agit d'un programme complet qui inclut l'examen et l'analyse des déclarations sur les conflits d'intérêt et qui, du point de vue de l'EEG, peut avoir un effet préventif important sur les conflits d'intérêts réels et potentiels qui pourraient conduire à corrompre les activités de l'administration publique.
138. L'EEG n'a reçu aucune indication laissant supposer que le contrôle interne effectué en ce qui concerne les déclarations publiques sur les opérations financières dans l'administration publique était insuffisant ; elle a été entre autres informée que plus de 6000 personnes dans la branche exécutive étaient concernées par le programme d'éthique (sous la supervision de l'OGE), dans les services où le contrôle des déclarations est un élément important. Dans ce contexte, l'EEG a senti une certaine inquiétude sur l'accessibilité et la mise à disposition des déclarations individuelles par le public et les médias. Toutefois, elle a noté avec intérêt que, selon les statistiques de l'OGE, 90 % de toutes les demandes d'accès aux déclarations publiques étaient satisfaites dans les trois jours et, que, dans la pratique, la plupart des demandes pouvaient apparemment être expédiées en un jour ouvrable. L'EEG a été informée qu'en vertu des lois actuelles, un registre public est conservé de tous les demandeurs d'un exemplaire de déclaration de façon à pouvoir suivre la trace d'un usage illégal ou commercial des informations. L'EEG

accepte que ces mesures soient en place pour sauvegarder les droits de l'individu à la sécurité et à la vie privée et qu'elles aient également pour but d'encourager ceux qui doivent déposer les déclarations à coopérer.

139. Les États-Unis se sont montrés précurseurs dans l'implication des sous-traitants du secteur privé pour élaborer des programmes et fournir des services. Cette implication s'élargit encore avec les sous-traitants qui remplissent un nombre croissant de fonctions dans la branche exécutive du gouvernement fédéral. Cette approche est clairement perçue comme présentant des avantages significatifs d'efficacité et d'efficience de l'administration publique et elle est plus ou moins suivie par d'autres pays. Il est toutefois reconnu que cette participation plus large entraîne des risques accrus, dont celui de corruption. L'EEG a donc été inquiète d'apprendre qu'il n'existe aucun cadre ou principes généraux régissant les normes de conduite attendues des employés des sous-traitants, même de ceux qui travaillent dans les agences de la branche exécutive ; il convient de trouver le moyen approprié de traiter la question. **C'est pourquoi, l'EEG recommande que le gouvernement fédéral fasse une étude sur l'emploi de contractants et leurs employés sur les lieux de travail fédéraux de façon à jeter les bases d'une approche appropriée pour traiter de façon systématique les normes de conduite attendues des sous-traitants qui travaillent dans l'administration publique.**
140. La mobilité des individus aux postes politiques de haut niveau de et vers le secteur privé découle largement, dit-on, de la Constitution des États-Unis qui exige que les Présidents soient élus pour un mandat de quatre ans durant lequel le Président nomme aux postes les plus élevés de la branche exécutive, les personnes qui appliquent les politiques déclarées du Président. L'EEG a été informée que les personnes nommées à ces postes (« employés politiques ») ne viennent pas de la fonction publique et pendant le mandat, ou à la fin, retournent dans le secteur privé. Par ailleurs, ces dernières années, on a aussi reconnu que des personnes qui sont à des postes non politiques (de la fonction publique) restent dans une moindre mesure dans le service public pendant la totalité de leur carrière. La fluidité du personnel présente des avantages évidents pour l'administration publique mais comporte également le risque de favoritisme et de corruption par abus de position publique en vue d'un gain présent ou futur. Pour résoudre ce problème, les *Standards of Conduct* limitent, pour ceux qui entrent au gouvernement, les actes officiels qu'un nouvel agent ou employé de la branche exécutive est autorisé à faire par rapport à son ancien employeur et ceux avec qui il a eu une récente relation fiduciaire. L'EEG a aussi reconnu que le droit pénal relatif aux conflits d'intérêts prévoit l'interdiction stricte d'actes d'employés et d'agents lorsque des conflits d'intérêt financier existent, en incluant spécifiquement les situations où ceux-ci sont en cours de négociations pour un futur emploi ou s'ils ont des accords pour regagner (ou gardent le droit de reprendre) un emploi spécifique dans le secteur privé. Le droit pénal prévoit aussi des restrictions quant aux activités que les ex-employés fédéraux peuvent entreprendre. Ces restrictions post-emploi limitent essentiellement le droit de représenter quelqu'un (avec ou sans rémunération) devant les agents et employés de la branche exécutive et sont variables dans la durée et dans leur étendue selon le niveau du poste officiel concerné. Toutefois, il n'existe généralement pas d'emploi interdit après le service public ou d'obligations préalables à remplir, sauf pour certaines fonctions étroitement définies comme par exemple pour les personnes qui participent à des marchés importants ou à l'examen d'institutions financières réglementées.
141. L'absence de restrictions générales ou de contrôle permissif sur la nature de l'emploi des agents publics (quelle que soit leur ancienneté) a frappé l'EEG : d'une part, elle expose l'administration publique à des risques de corruption, politiques et économiques, d'autre part, les États-Unis d'Amérique ont à disposition un corpus de règles axées sur les actes individuels de la personne concernée après ses fonctions dans le service public et non pas sur les intérêts réels ou

possibles de son employeur vis-à-vis de l'administration publique. De plus, il existe certaines interdictions d'emploi limitées dans le temps lors de situations particulières. L'EEG est d'avis que, même si le système actuel peut être dans l'ensemble efficace, dans certaines situations, les emplois après le service public peuvent susciter des inquiétudes légitimes quant au respect de l'éthique même s'il n'y a aucune preuve spécifique d'acte particulier répréhensible. *Par conséquent, l'EEG observe qu'il conviendrait de trouver les moyens d'utiliser plus largement les interdictions d'emploi dans les situations où les employés du secteur public passent dans le secteur privé (« pantouflage »).*

142. Les *Standards of Conduct* prévoient que les employés de la branche exécutive fédérale ont l'obligation de rapporter aux autorités concernées les soupçons entre autres de corruption. Par ailleurs, les employés fédéraux ne sont pas exemptés de signaler ceux-ci directement aux services répressifs. L'EEG souhaite insister sur le fait qu'il est essentiel que tous les agents publics soient obligés, et vivement encouragés à titre préventif, à rapporter les soupçons sérieux de corruption dont ils auraient connaissance dans leur travail. **L'EEG recommande que l'Office of Government Ethics (OGE) inclue dans sa formation et son matériel pédagogique l'obligation pour les agents de la branche exécutive au niveau fédéral de rapporter les soupçons de corruption et activités illégales connexes et, en tant que membre du Council on Governmental Law (COGEL), d'informer les autres membres du COGEL de l'obligation de rapporter les soupçons de corruption.**
143. Rapporter les faits de corruption ne peut être efficace que si les informateurs sont suffisamment protégés contre les représailles. En termes de protection des informateurs, les États-Unis d'Amérique sont traditionnellement à l'avant-garde et le *Whistleblower Protection Act* de 1989 non seulement interdit les représailles mais donne la possibilité de déposer plainte auprès de l'*Office of Special Counsel*. L'EEG a été informée que, sur décision du *US Merit Systems Protection Board* (MSPB) et du *Federal Circuit*, les dispositions actuelles du *Whistleblower Protection Act* ne couvrent pas au titre de représailles le retrait par une agence de l'autorisation accordée à une personne de recevoir et d'avoir accès à des informations de sécurité nationale (habilitation « confidentiel défense »). Pour que ce retrait soit assimilé à des représailles, il faut donc modifier la loi. L'EEG comprend que les amendements à la *Whistleblower Act* sont en cours au Congrès. Par ailleurs, l'EEG a également noté qu'une décision récente de la Cour Suprême¹⁵, si elle n'affecte pas la *Whistleblower Protection Act*, soutient que, lorsque les employés de l'administration font des déclarations conformément à leurs obligations officielles, ils ne s'expriment pas en tant que citoyens protégés par le premier amendement à la Constitution (liberté de parole) et la Constitution ne prémunit pas leur communication des règles disciplinaires de l'employeur. L'EEG reconnaît que les questions soulevées font partie du débat politique en cours aux États-Unis sur l'équilibre entre les intérêts légitimes de sécurité nationale, d'une part, et la protection des droits fondamentaux des individus, d'autre part. Néanmoins, *l'EEG observe que la protection des informateurs doit être traitée avec soin dans le débat politique actuel et dans les réformes législatives sur les mesures relatives à la sécurité nationale de façon à veiller à ce que la viabilité de la protection des informateurs aux États-Unis soit maintenue.*

IV. THEME III – PERSONNES MORALES ET CORRUPTION

a. Description de la situation

144. Il existe plusieurs types de personnes morales aux États-Unis. Les entreprises commerciales, les sociétés de personne, les sociétés à responsabilité limitée, les associations, etc. sont des

¹⁵ 31.05.06

exemples des formes les plus communes de personne morale. De loin, la forme de personne morale la plus répandue aux États-Unis est la *corporation*¹⁶ qui peut généralement être décrite comme une entité légale distincte des personnes qui composent l'entreprise. Elle a ses propres droits, capacités et obligations, similaires à ceux d'une personne physique.

Création

145. Il n'existe pas de mécanisme fédéral général pour la création des personnes morales. La législation de chacun des États fédérés décide des exigences particulières pour constituer une personne morale. Il en résulte que les règles ne sont pas complètement uniformes ; toutefois, l'EEG a appris que ces différences jouent en réalité un rôle mineur. Certains États sont considérés comme plus favorables aux entreprises que d'autres, souvent pour des raisons fiscales. Une fois la personne morale constituée sous le droit d'un État particulier, les règles/pratiques fédérales lui permettent d'exercer ses activités dans n'importe laquelle des juridictions des États-Unis. Les licences, etc. pour l'import/export relèvent de la compétence fédérale. Les *corporations* peuvent être *private* ou *public*, ces dernières étant détenues par l'émission de titres accessibles au public.

Enregistrement

146. L'EEG a été informée que tous les États ont leur propre système d'enregistrement des personnes morales et que les procédures ne sont pas parfaitement uniformes. Généralement, il y a des formes de sociétés qui doivent être soumises au Secrétaire d'État de l'État sous les lois duquel la personne morale est créée. Un autre État peut légalement exiger d'une société constituée qu'elle soit enregistrée aussi dans sa juridiction avant d'y entreprendre des activités. Chaque État a la responsabilité de tenir le registre des personnes morales et un tel registre n'est pas tenu au niveau fédéral.

147. Dans l'État de New York, il faut avoir plus de 18 ans pour pouvoir constituer une société en déposant une demande de certificat d'enregistrement auprès du Département d'État de New York. Bien qu'il n'y ait pas de format requis pour demander un certificat, les informations suivantes sont le minimum à fournir : le nom de l'entreprise, le but de l'activité (qui ne doit pas être contraire à la loi), le lieu du siège social, la structure du capital et le nom, l'adresse et la signature du fondateur, qui peut être également une personne morale. Le certificat est traité dans un délai qui varie d'une semaine à un mois et peut également être traité en urgence en 24 heures moyennant des frais supplémentaires. Il n'est pas nécessaire de soumettre le statut de l'entreprise. Le reçu du dépôt de la demande est la preuve de la création de l'entreprise. La société à responsabilité limitée (*LLO – limited liability company*) doit aussi être enregistrée. Ce type de société est assujettie aux limitations en matière de responsabilité sociale et présente les caractéristiques de fiscalisation associées aux partenariats. Les catégories de personnes morales qui doivent être enregistrées dans l'État de New York sont les entreprises commerciales et à but non lucratif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions. En outre, dans la plupart des cas, les sociétés commerciales en nom collectif et les entreprises personnelles doivent satisfaire à certaines exigences de dépôt aussi.

148. Avant qu'une entreprise soit enregistrée dans l'État de New York, il est vérifié que le minimum d'informations a été soumis. Aucun contrôle matériel n'est effectué sur l'exactitude des informations fournies, par exemple, par le biais d'autres informations disponibles comme les

¹⁶ Correspond généralement à une S.A. française (N du T)

listes noires des entreprises condamnées pour délit. Il appartient entièrement à la société/les fondateurs de donner au registre les informations actualisées comme une nouvelle adresse, etc. Le Registre, qui est ouvert au public, est accessible par l'internet. Outre le système d'État d'enregistrement des entreprises de l'État de New-York, la Ville de New York tient un registre des entreprises commerciales.

Limites à l'exercice des fonctions dans les personnes morales

149. Bien qu'il n'existe pas de mesure générale de droit pénal qui interdise à des personnes physiques de tenir un poste de direction dans une personne morale, l'EEG a appris qu'une personne physique qui a été jugée coupable de délit pénal peut être interdite d'exercer des fonctions de direction dans une personne morale particulière de par les conditions imposées par le tribunal. Ceci est possible au niveau fédéral.
150. Par ailleurs, la SEC (*US Securities and Exchange Commission*), qui est une autorité fédérale dont la mission première est de veiller que les sociétés cotées communiquent au public des faits financiers appropriés et, par là, d'assurer un certain niveau de sécurité aux investisseurs, a les pouvoirs exécutifs¹⁷ entre autres d'émettre l'ordre d'interdire à une personne qui a violé les dispositions antifraude des lois sur les opérations boursières d'occuper des fonctions de dirigeant dans une entreprise cotée en bourse. La SEC a usé de ce pouvoir 161 fois en 2004 et 150 fois en 2005. De la même façon, les organismes de réglementation du système bancaire fédéral peuvent interdire à des personnes condamnées pour infraction majeure d'occuper un poste de direction dans les institutions financières réglementées au niveau fédéral. Le gouvernement fédéral peut se voir interdire d'avoir des activités avec des sociétés dans certaines circonstances lorsque ces sociétés sont gérées par des personnes qui ont été condamnées pour infraction majeure avérée. Par exemple, une personne condamnée pour fraude à la sécurité sociale peut se voir interdire d'occuper un poste de direction chez un fournisseur de soins médicaux qui reçoit des remboursements du programme fédéral Medicare. De la même façon, le Département de la Défense peut décider de ne pas faire affaire avec une société dirigée par une personne condamnée pour infraction majeure.

Responsabilité des personnes morales

151. Selon les principes de la *common law*, les personnes morales peuvent toujours avoir une responsabilité délictuelle. Par ailleurs, selon la jurisprudence des tribunaux fédéraux, les personnes morales comme les *corporations* peuvent être tenues pénalement responsables des actes de leurs agents, notamment des actes liés à la corruption comme n'importe quelle personne physique¹⁸. Dans leur majorité, les lois pénales fédérales ne prévoient pas de dispositions spéciales pour les personnes morales ; le Code des États-Unis utilise les termes de « personne » ou « quiconque », qui couvrent aussi bien les personnes morales que les personnes physiques. Une société peut être tenue responsable des actes des agents commis dans le champ de sa compétence, même si la conduite de l'agent peut avoir été contraire aux

¹⁷ Chaque année, la SEC intente environ 600 procès de droit civil contre des personnes et entreprises qui ont violé les lois sur les opérations de bourse, notamment pour des affaires de délits d'initiés, manipulation des marchés, des courtiers et des entités réglementées et comptes non sincères.

¹⁸ La responsabilité d'une société pour les délits de ceux qui agissent en son nom est bien établie comme faisant partie de la loi du respondeat superior. États-Unis v. McDonald & Watson Waste Oil Co., 933 F.2d 35, 42 (1st Cir. 1991); États-Unis v. Twentieth Century Fox Film Corp., 882 F.2d 656, 660 (2^d Cir. 1989), cert. denied, 493 U.S. 1021 (1990); États-Unis v. Gold, 743 F.2d 800, 822-23 (11th Cir. 1984), cert. denied, 469 U.S. 1217 (1985); États-Unis v. Cinciotta, 689 F.2d 238, 241-42 (1^e Cir.), cert. denied, 459 U.S. 991 (1982); Boise Dodge, Inc. v. États-Unis, 406 F.2d 771, 772 (9^e Cir. 1969); Hanlester Network v. Shalala, 51 F.3d 1390, 1400 (9^e Cir. 1995). Voir États-Unis v. Carter, 311 F.2d 934, 941-42 (6th Cir.), cert. denied sub nom. Felice v. États-Unis, 373 U.S. 915 (1963).

instructions réelles de la société ou contraire aux politiques déclarées de la société¹⁹. La responsabilité pénale peut être liée à une personne morale dans certaines circonstances lorsque le manque de contrôle par une personne physique qui a un poste de dirigeant au sein de la personne morale a facilité des actes de corruption active, de trafic d'influence²⁰ et de blanchiment d'argent. Par exemple, selon la jurisprudence, une condamnation pénale peut être obtenue en cas d'aveuglement volontaire ou d'ignorance délibérée et peut être suffisante pour condamner une personne morale.²¹

152. Il n'est pas nécessaire que soit réalisé un bénéfice réel pour condamner une personne morale de corruption active, de trafic d'influence²² ou de blanchiment d'argent. En vertu des lois relatives à la corruption intérieure active et au trafic d'influence figurant au Titre 18 du code des Etats-Unis, chapitre 11, sections 201, et suiv., il est suffisant pour établir la responsabilité pénale de la rattacher là où la « corruption active » ou « le trafic d'influence » ont été entrepris avec l'intention du corrupteur d'en tirer un bénéfice. En outre, l'interdiction de corruption active des agents publics étrangers conformément au *Foreign Corrupt Practices Act* s'étend aux offres, paiements, promesses de payer, ou autorisation de payer tout fonds, ou offre, cadeau, promesse de cadeau, ou autorisation de donner quoi que ce soit de valeur.
153. Une personne morale peut être condamnée pour infraction pénale même s'il n'y a pas eu de personne physique condamnée ou identifiée. Pendant le déroulement de l'enquête, la direction de l'entreprise peut être remplacée et la nouvelle direction peut accepter de plaider coupable avant que toute personne physique n'ait été condamnée ou identifiée et alors apporter les documents et la preuve qui facilitent l'identification et les poursuites subséquentes des personnes physiques. En vertu du *Foreign Corrupt Practices Act*, les personnes morales et les personnes physiques associées à une personne morale sont indépendamment passibles de sanctions pénales pour les actes de corruption interdits décrits dans la loi, 15 Code des États-Unis Section 78dd-1, et suiv.
154. Il appartient au Parquet de décider qui de la personne morale ou de la personne physique doit être poursuivie. Il est également laissé à son appréciation si la responsabilité de la personne morale doit être déterminée au cours de la même procédure que la responsabilité de la personne physique. Les procédures pénales contre les personnes physiques qui sont les auteurs, les instigateurs ou les complices de corruption active, de trafic d'influence ou de blanchiment d'argent n'excluent pas la responsabilité pénale d'une personne morale. En d'autres termes, les poursuites contre une personne morale peuvent être précédées de poursuites contre des personnes physiques impliquées pour le même délit, notamment les personnes physiques par lesquelles la personne morale a agi.
155. Dans le cadre d'une décision à la discrétion du Parquet, le gouvernement peut passer un accord de renvoi des poursuites (*Deferred Prosecution Agreement - DPA*) avec une entreprise défenderesse. Essentiellement, cela signifie que le gouvernement accepte de ne pas poursuivre

¹⁹ États-Unis v. Beusch, 596 F.2d 871, 877 (9th Cir. 1979).

²⁰ Le terme de "trafic d'influence" n'est pas directement prévu dans la législation américaine. Les autorités américaines soulignent qu'en fonction des faits particuliers du comportement en question, différentes lois pénales pourraient être concernées comme l'usage frauduleux du courrier postal et du télégraphe (y compris non intentionnel) en vertu du 18 Code des États-Unis §§ 1341, 1343, 1346; délits fédéraux d'extorsion 18 Code des États-Unis § 1951; violation de la loi fédérale sur les voyages (federal Travel Act) conformément au 18 Code des États-Unis § 1952; et violations fédérales de l'interdiction de transport entre États ou recel de biens volés ou obtenus par fraude en violation de 18 Code des États-Unis §§ 2314, 2315.

²¹ États-Unis v. Walker, 191 F.3d 326, 337 (2d Cir.1999) (citant États-Unis v. Gabriel, 125 F.3d 89, 98 (2d Cir.1997) (citant États-Unis v. Beech-Nut Nutrition Corp., 871 F.2d 1181, 1195 (2d Cir.1989)).

²² trafic d'influence, voir la note de bas de page 15

une entreprise après une certaine période de temps si l'entreprise respecte les termes de l'accord, admet les torts commis et généralement accepte d'adopter ou de renforcer un programme de mise en conformité. Les DPA peuvent être une alternative à des poursuites au pénal, par exemple si ces poursuites auraient eu des conséquences importantes et auraient porté préjudice à d'innocents actionnaires, employés, etc. Un DPA, qui dure pendant une période de temps précise, comprend souvent le contrôle de l'entreprise par un superviseur indépendant.

156. L'EEG a appris que le Parquet exerce de plus en plus ses pouvoirs discrétionnaires à l'égard des entreprises. Les Principes des poursuites fédérales à l'égard des organisations commerciales (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*) (1999, mis à jour en 2003), ont été rédigés comme des lignes directrices à l'intention des procureurs dans leur décision de poursuivre une entreprise et/ou ses employés. Le principe directeur fondamental établit que « les entreprises ne doivent pas être traitées avec indulgence en raison de leur nature artificielle mais elles ne doivent pas non plus être soumises à un traitement plus sévère. » Les Principes établissent aussi que « incriminer une entreprise ne signifie pas que les personnes dirigeantes, les cadres, les employés ou les actionnaires ne devraient pas aussi être incriminés ». Ils incorporent par référence les conseils du Département de la Justice sur les principes régissant les accords de non-poursuite en général.
157. L'EEG a été informée qu'une responsabilité de la personne morale selon le même modèle que celui expliqué ci-dessus existe dans chaque État fédéré. Par ailleurs, la Cour Suprême a soutenu qu'une entreprise pouvait être responsable pénalement des violations de la loi sur le commerce entre États (*Inter-State Commerce Act*) commises par ses agents et cadres.
158. Différentes dispositions pénales peuvent être utilisées pour entamer des poursuites pour corruption dans le secteur privé, communément appelée « corruption commerciale » - lorsque les agents publics ne sont pas impliqués. La corruption commerciale est généralement un délit qui relève du droit de l'État fédéré, mais qui peut être poursuivi comme un acte révélateur d'un délit fédéral. Par exemple, un système de fraude qui s'appuie pour partie sur un pot-de-vin commercial versé à une autre personne, peut être poursuivi en tant que violation des lois pénales fédérales. La corruption dans le secteur privé peut également être poursuivie dans le cadre des lois sur l'utilisation frauduleuse des postes et télégraphe.
159. Les autorités américaines ne tiennent pas des statistiques particulières sur les procédures menées pour délit de corruption contre les personnes morales. Toutefois, l'EEG s'est vue communiquer des exemples de procédures civiles et pénales lancées contre des personnes morales pour violation de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (*Foreign Corrupt Practices Act*).

Sanctions

160. Les personnes morales peuvent être condamnées à un large éventail de sanctions, amendes civiles et pénales qui peuvent être supérieures à celles imposées aux personnes physiques. Elles peuvent se voir interdire d'engager d'autres affaires illégales et de faire des opérations commerciales avec les autorités fédérales ; elles peuvent aussi se voir refuser des permis comme les licences d'importation ou exportation. Les personnes morales peuvent également être passibles de confiscation (procédures civile et pénale), voir le Thème I.
161. Si, à chaque loi pénale correspond une amende maximale spécifiée, le Code pénal des États-Unis contient des dispositions alternatives pour sanctionner des organisations qui, dans de nombreux cas, peuvent donner lieu à une amende maximale supérieure pour une personne

morale. La Section 3571 du Titre 18 dispose qu'une amende pour une organisation peut être 1) l'amende spécifiée dans la loi sous laquelle la condamnation a été prononcée ; 2) si l'infraction entraîne une perte pécuniaire pour une personne autre que l'accusé – deux fois le montant du gain ou de la perte ; ou 3) 500 000 dollars pour un acte délictueux grave.

162. En vertu de lois pénales spécifiques, une personne morale condamnée pour infraction grave de corruption de fonctionnaires ou de subornation de témoins peut être passible des amendes maximales décrites dans le paragraphe précédent, ou encore de trois fois « la chose de valeur » offerte ou reçue comme pot-de-vin (18 Code des États-Unis § 201). La corruption des membres des parlementaires nationaux est passible des amendes du paragraphe précédent (18 Code des États-Unis §§ 203, 216). En ce qui concerne les délits de corruption en vertu des 18 Code des États-Unis §§ 203 jusqu'à 209, l'*Attorney General* des États-Unis peut, par ordonnance, interdire à une personne morale ou physique de se livrer à un comportement délictueux à l'avenir, 18 Code des États-Unis §§ 216 (b).
163. Les sanctions applicables en vertu des lois de l'Etat de New York sur la corruption sont exposées dans le code pénal et comprennent l'incarcération et/ou des amendes pénales. Les sanctions réelles imposées dépendent de différents facteurs, notamment si le délit est un acte grave ou un écart de conduite, s'il y a des antécédents, d'autres circonstances atténuantes possibles. En outre, il existe des conséquences administratives d'une condamnation pour corruption ou preuve de participation à des activités de corruption, notamment l'interdiction d'occuper une fonction élective.
164. Les lois sur le blanchiment d'argent prévoient des peines qui soumettent les personnes morales condamnées à la sanction la plus sévère d'entre une sanction pénale maximale de 500 000 dollars et deux fois la valeur de l'instrument monétaire ou des fonds impliqués. En outre, une amende de droit civil peut être imposée, 18 Code des États-Unis §§ 1956, 1957.
165. La loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (*Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*) prévoit des sanctions pénales et civiles. En cas de poursuites au pénal, une personne morale peut être condamnée à une amende allant jusqu'à 2 500 000 dollars par acte de violation des dispositions comptables de la FCPA et de 2 000 000 dollars par acte de violation des dispositions anti-corruption. Par ailleurs, en vertu de la loi sur les amendes alternatives (*Alternative Fines Act*), l'amende réelle peut aller jusqu'à deux fois la perte subie par la victime ou le profit que l'accusé cherchait à réaliser en versant les fonds constitutifs de la corruption. En outre, la SEC a compétence pour porter les chefs d'accusation au titre de la FCPA. La SEC cherche généralement à faire rendre les gains mal acquis par les contrevenants à la FCPA ainsi qu'à appliquer des sanctions civiles s'il y a lieu.
166. Les sanctions pénales imposées par les tribunaux peuvent contenir des dispositions qui interdisent explicitement aux personnes morales condamnées d'adopter certains comportements. Par exemple, une personne morale condamnée pour infraction doit être condamnée à une période probatoire. Les dispositions du 18 Code des États-Unis § 3551 (c) exigent de la personne morale condamnée, pour bénéficier d'une probation, qu'elle s'abstienne de commettre tout délit d'ordre fédéral, national ou local pendant la durée de la probation et il appartient au tribunal d'imposer des conditions supplémentaires (18 Code des États-Unis § 3563 (a)(1), (b)(22)). S'il y a lieu, les organismes gouvernementaux de réglementation concernés comme la SEC (*Securities and Exchange Commission*), les régulateurs du système bancaire fédéral, l'Administration des services généraux (*General Services Administration - GSA*), le Département de la Défense et le Département de la Santé et des Services humanitaires contrôlent les activités de la personne morale condamnée, ont le pouvoir d'imposer des

sanctions administratives et des sanctions et d'agir sur les contrôleurs de la personne morale condamnée pour veiller à ce que soient respectées toutes les restrictions imposées par le droit à ces personnes morales.

Registres

167. Il n'existe pas de casier judiciaire central des personnes morales condamnées. Toutefois, les registres des personnes morales reconnues coupables d'actes de corruption sont tenus par le gouvernement et des entités privées. Par exemple, le gouvernement fédéral se voit en général interdire d'avoir affaire à des sociétés jugées pénalement coupables d'actes de corruption ou autres délits fédéraux importants. L'Administration des services généraux des États-Unis tient une liste des personnes morales et physiques suspendues ou libérées de leurs interdictions et affiche cette liste sur une page web intitulée « Liste des parties exclues » (*Excluded Parties List System*) (<http://www.epls.gov/>). D'autres agences gouvernementales comme le Département de la Défense et le Département de la Santé et des Services d'aide sociale tiennent des listes semblables de personnes morales et physiques qui sont suspendues ou interdites de faire des affaires avec ces agences ou de participer à des programmes de subventions ou de versement d'allocations et utilisent ces listes pour surveiller les tentatives des personnes physiques exclues de dissoudre les personnes morales interdites et d'en constituer de nouvelles. La SEC, d'autres organes qui réglementent les opérations boursières, et les agences qui réglementent le système bancaire fédéral gardent de la même façon des listes de personnes physiques qui ont été interdites de servir dans les organes de direction des sociétés cotées en bourse. En outre des entreprises privées comme le "*Better Business Bureau*" et de nombreuses agences de cotation des entreprises comme "*Dun and Bradstreet*" conservent des registres qui sont soit partagés avec le public, soit accessibles par abonnement à un service. Toutefois, il n'est pas certain que l'interdiction de faire des affaires au niveau fédéral ait un impact au niveau de l'État fédéré.
168. Il a été expliqué à l'EEG que les différents systèmes qui existent au niveau fédéré, y compris l'État de New York, sont semblables à ceux décrits au niveau fédéral, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de registres centralisés des affaires pénales concernant toutes les personnes morales condamnées. Cela dit, il existe un système largement répandu de « listes noires » des entreprises condamnées pour infraction. Il en résulte que les entreprises sur listes noires dans un État donné ne peuvent, dans la pratique, mener des affaires avec un organe gouvernemental de cet État. Cependant, les autres États peuvent ne pas en avoir connaissance et il ne semble pas qu'il y ait un mécanisme en place pour ce genre d'informations.

Déductibilité fiscale

169. Les paiements versés directement ou indirectement en violation du droit fédéral ou d'une loi de l'État généralement appliquée ne sont pas déductibles de l'impôt fédéral sur le revenu²³. Le chapitre 13 de l'*Internal Revenue Service* (IRS) Publication 535 (2004) dispose spécifiquement que se livrer au versement de pots-de-vin ou à des bakchichs sont des infractions pénales sérieuses, qui peuvent mener à des poursuites pénales. Les versements qui semblent avoir été faits, soit directement soit indirectement, à un agent ou un employé de tout gouvernement ou agence ou instrument gouvernemental ne sont pas fiscalement déductibles et constituent une violation de la loi. Les versements faits directement ou indirectement à une personne en violation du droit fédéral ou de l'État fédéré pour laquelle est prévue une infraction pénale ou une perte de

²³ Internal Revenue Code (I.R.C). 162(c)(1) (26 Code des États-Unis § 162(c)(1)). Voir aussi 26 C.F.R. §§ 1.212-1(p), 1.162-18, 1.952-1(a)(4), 1.964-1(5).

licence ou du privilège de faire du commerce ou des affaires, ne sont également pas déductibles fiscalement.

Administration fiscale

170. La brigade financière (*Criminal Investigation*) de l'*Internal Revenue Service (IRS)* est le bras répressif de l'IRS et a un rôle important à jouer dans la détection de la corruption et du blanchiment d'argent. L'*IRS Criminal Investigation* travaille régulièrement avec les autres agences de maintien du droit fédéral et le DOJ pour enquêter sur la corruption, le blanchiment d'argent qui l'accompagne et les délits financiers. Beaucoup de ces enquêtes sont réalisées en créant des groupes de travail placés sous l'égide d'un Grand Jury fédéral. Il entre dans les procédures de l'*IRS Criminal Investigation* de signaler au bureau des poursuites approprié du DOJ (Division fiscale), les affaires fiscales impliquant des cas de corruption. Les procureurs du DOJ chargés des affaires fiscales ont le droit d'informer les procureurs des autres Départements de tout acte délictueux commis dans un domaine non fiscal et qui pourrait nécessiter enquête et poursuites.
171. Les organes répressifs autres que la *Criminal Investigation de l'IRS* peuvent avoir accès aux dossiers fiscaux conformément aux dispositions du Titre 26 du code des États-Unis, Section 6103. La Section 6103 (h) leur autorise cet accès pour faire appliquer le droit fiscal mais dans ce cas, l'utilisation des informations obtenues est limitée à cette seule fin. Leur accès aux fins d'enquête sur les violations possibles du droit pénal fédéral, est autorisé conformément aux procédures définies à la Section 6103 (i). Le Secrétaire du Trésor est spécifiquement autorisé à dévoiler les preuves d'infractions fédérales autres que les fraudes fiscales au DOJ conformément à la Section 6103(i)(3)(A). Le DOJ peut aussi demander à un tribunal fédéral de district une ordonnance *ex-parte* pour en permettre l'accès aux fins d'une enquête pénale fédérale, Section 6103(1)(A).

Infractions comptables

172. Le *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, Pub. L. 107-204 (7/30/2002) ("*The S-O Act*") établit les règles de conservation des pièces et livres comptables. La Section 1520 du Titre 18, Code des États-Unis, rend la destruction de documents de l'entreprise validés par les commissaires aux comptes, avant cinq ans échus ou avant que le règlement de la SEC (*Securities and Exchange Commission*) ne le permette, passible d'une peine pouvant aller jusqu'à 10 ans d'emprisonnement, d'une amende ou des deux. La SEC a étendu la période de conservation des documents validés par les commissaires aux comptes à sept ans pour certains documents utilisés pour la vérification des comptes et les examens des états financiers annuels des entreprises émettrices. Les pièces à conserver incluent les documents comptables de travail du cabinet comptable et d'autres documents qui contiennent des conclusions, des avis, des analyses ou des données financières se rapportant à l'audit ou à l'examen.
173. Les règles établies par la SEC ne sont applicables que contre les émetteurs qui sont généralement des personnes morales cotées en bourse, des cabinets qui auditent ces entreprises et d'autres catégories de personnes morales engagées dans l'achat ou la vente de titres, y compris mais non limitativement, les courtiers et les conseillers en investissement. En outre, les secteurs étroitement réglementés comme les institutions financières réglementées au niveau fédéral, y compris les sociétés de crédit immobilier, sont soumis à des directives strictes de conservation des pièces comptables et financières imposées par des organismes fédéraux de réglementation comme le *Comptroller of the Currency* et le *Federal Reserve Board*. De plus, certaines catégories d'industries qui sont en affaires avec le gouvernement fédéral, par exemple

les sous-traitants pour la défense, sont obligées de se conformer à une comptabilité stricte et à tenir ces pièces comptables à la disposition des agences du gouvernement pour qu'elles puissent être examinées. Plusieurs catégories d'associations sont soumises envers leurs membres à des obligations fiduciaires imposées par le droit civil qui les obligent à conserver les livres et documents comptables. Enfin, l'obligation aux personnes morales de déposer leur déclaration fédérale d'impôt sur les sociétés et autre documents comme les salaires versés aux employés exige des personnes morales, même non cotées en bourse, de conserver généralement pendant trois ans, mais dans certains cas pour une période de six ans, les pièces et livres comptables afin de pouvoir fournir des justifications suffisantes pour les déclarations fiscales fédérales en cas de contrôle par l'IRS ou le fisc de l'État.

174. Le *S-O Act* contient des sanctions pénales en cas de destruction ou de dissimulation de documents comptables par les entreprises cotées en bourse et par les comptables. La Section 802 de la loi intitulée « Sanctions pénales pour modification de documents » ajoute la Section 1519 au Titre 18 du Code des États-Unis, qui indique que la destruction, la modification, la dissimulation ou la falsification de documents dans les enquêtes fédérales et les procédures de faillite, que l'enquête soit lancée ou en préparation, est un délit fédéral grave, passible de vingt ans d'emprisonnement, d'une amende ou des deux.
175. En outre, le *S-O Act* requiert de certains cadres de l'entreprise qu'ils certifient vraies et sincères les informations à l'attention du public déposées auprès de la SEC. S'il s'avérait que ces certifications sont fondées sur des informations incomplètes ou fausses, ces cadres pourraient être soumis à des poursuites pénales sous 18 Code des États-Unis Section 1350, qui exige que le Directeur général et le Directeur financier (ou leurs équivalents) de « l'émetteur » fournissent une déclaration qui certifie que les rapports périodiques contenant les états financiers sont entièrement conformes aux exigences des Sections 13(a) et 15(d) du *Securities Exchange Act* de 1934, et que les informations contenues dans les rapports périodiques présentent avec sincérité, dans tous les aspects importants, la situation financière et les résultats d'exploitation de l'émetteur. Certifier un rapport en sachant qu'il ne répond pas à toutes les exigences du § 1350, est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 1 000 000 dollars et d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à 20 ans. Violer volontairement ce § est passible d'une amende de 5 000 000 dollars et d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à 20 ans.
176. Il existe des lois générales sur la fraude qui peuvent être utilisées pour poursuivre les personnes morales ou les individus engagés dans un système de fraude en utilisant soit la poste soit les services de coursiers privés ou le télégraphe. Ces dispositions qui sont au Titre 18, Code des États-Unis, Sections 1341 et 1344, et dans la loi complémentaire sur l'entente délictueuse (Section 371 du Titre 18) qui permet de poursuivre les personnes physiques et morales qui s'entendent pour commettre tout autre délit fédéral, offrent un large éventail d'instruments pour mener des enquêtes, intenter un procès pour l'utilisation de factures ou tout autre document comptable contenant des informations fausses ou incomplètes ou aux fins d'une double facturation.
177. Bien que les entreprises non cotées ne soient pas tenues par les dispositions sur les livres et documents et le contrôle interne exigés par la loi sur les pratiques de la corruption à l'étranger (*Foreign Corrupt Practices Act*) et qu'elles ne tombent pas sous la juridiction de la SEC (*Securities and Exchange Commission*), ces entreprises sont, en général, obligées par les règles sociales et fiscales fédérales et nationales de tenir des livres et documents avec exactitude de façon à pouvoir calculer les impôts dus. Par ailleurs, la plupart des entreprises non cotées tiennent leurs livres et documents pour faciliter la préparation des comptes annuels en conformité avec le GAAP afin de satisfaire aux exigences des institutions financières de crédit.

Indépendamment du fait qu'une société soit cotée ou non, si elle fait partie d'une activité réglementée par une agence fédérale, cette agence peut aussi exiger de l'entité qu'elle conserve certains types de documents et qu'elle suive des règles comptables particulières. Par exemple, les banques, les entités qui ont des activités sur la scène internationale et celles qui travaillent dans le secteur de la sécurité nationale.

178. En outre, en vertu de la loi sur les pratiques de la corruption à l'étranger (*Foreign Corrupt Practices Act*), les émetteurs (généralement des entreprises cotées en bourse) doivent tenir leurs livres et documents avec justesse et pratiquer un nombre suffisant de contrôles internes des comptes ; ils peuvent être sanctionnés par une juridiction civile ou pénale en cas de manquement (15 Code des États-Unis Section 78m (b)).

Rôle des comptables

179. Les obligations des comptables et commissaires aux comptes sont déterminées par la nature de l'entité morale qui les engage. Par exemple, les obligations des comptables et commissaires aux comptes engagés par des sociétés cotées ont été renforcées en 2002 par la promulgation de la loi Sarbanes-Oxley. Cette loi crée un conseil de réglementation appelé *Public Company Accounting Oversight Board* qui doit « surveiller la vérification des comptes des sociétés cotées soumises à la législation sur les titres, et matières connexes, aux fins de protéger les intérêts des investisseurs et plus encore l'intérêt du public par la préparation de rapports complets, exacts et non partiels de vérification des comptes des sociétés dont les titres sont vendus, détenus par et émis pour les investisseurs en bourse. »
180. Le Conseil est en outre tenu, entre autres choses : (1) d'enregistrer les cabinets comptables publics qui préparent les rapports de vérification des comptes pour les émetteurs, conformément à la section 102 ; (2) d'établir ou d'adopter, par règle, la vérification, le contrôle qualité, l'éthique, l'indépendance et autres normes liées à la préparation des rapports de vérification des comptes pour les émetteurs ; (3) de mener des inspections des cabinets comptables publics agréés ; (4) de mener des enquêtes et des procédures disciplinaires, et d'imposer des sanctions si elles sont justifiées, à l'égard des cabinets comptables publics agréés et les personnes associées à ces cabinets ; (5) de remplir toute autre obligation ou fonction que le Conseil (ou la SEC, par règle ou ordonnance) juge nécessaire pour promouvoir des normes professionnelles de haut niveau et améliorer la qualité des services de vérification des comptes offerts par les cabinets comptables et les personnes associées afin de protéger les investisseurs ou de favoriser l'intérêt public, et (6) d'assurer la mise en application du *S-O Act*, des règles du Conseil, et de la législation sur les titres concernant la préparation et l'émission des rapports de vérification des comptes et des obligations et responsabilités des comptables pour ce faire, par les cabinets comptables publics agréés et leur personnel associé. Le programme d'inspection du Conseil requis par le *S-O Act* comprend l'inspection annuelle de tout cabinet comptable public agréé ayant la charge de vérifier les comptes de plus de 100 établissements émetteurs.
181. Le *S-O Act* exige des commissaires aux comptes et des procureurs qu'ils rapportent les écarts de conduite « en haut de l'échelle » (c'est-à-dire de la direction de l'entreprise, en fonction de sa hiérarchie). Il n'y a pas d'obligation de rapporter en dehors de cette structure, mais il n'y a pas d'interdiction non plus. L'EEG a été informée que la SEC envisageait l'adoption de dispositions concernant la notification à la SEC par un commissaire aux comptes/procureur (plus communément appelé « retrait bruyant ») lorsque la preuve dénoncée d'une violation avérée « en haut de l'échelle » de la structure hiérarchique de la personne morale cotée n'a pas reçu de réponse adéquate.

182. La profession des commissaires aux comptes a également pris des mesures de son côté pour amender et réviser ses normes afin de se conformer aux dispositions du *S-O Act*. Par exemple, *l’American Institute of certified Public Accountants* prend un certain nombre de mesures dont il donne le détail sur une page web dédiée spécialement aux questions sur Sarbanes-Oxley, ces mesures impliquant de revoir les normes comptables de la profession.

b. Analyse

183. Comme la réglementation des personnes morales aux États-Unis est pour l’essentiel une affaire qui relève du niveau des États fédérés, il est difficile d’avoir une image claire de toutes les formes possibles de personnes morales et de leurs particularités sans une étude attentive de la législation de chaque État. L’EEG a été toutefois informée par ses interlocuteurs au niveau fédéral et des États, que, dans la pratique, les différences ne posent aucun problème majeur et que, dans la plupart des situations, les personnes morales sont libres de mener leurs activités sous toutes les juridictions, les règles visant, surtout, à faciliter les affaires. Toutefois, toutes les personnes morales, quelle qu’en soit la forme, sont enregistrées d’une façon ou d’une autre dans les États respectifs.

184. En regardant de plus près la procédure d’enregistrement des entreprises dans l’État de New York, l’EEG a noté que seules des informations minimales étaient requises pour l’enregistrement (nom du fondateur, adresse de l’entreprise et but général de l’entreprise – « toute activité légale »). De plus, la procédure d’enregistrement est une simple formalité dans la mesure où aucun contrôle n’est exercé en ce qui concerne l’exactitude des informations fournies ; pas même l’identité du fondateur n’est vérifiée.

185. Les informations des entreprises enregistrées dans l’État de New York State sont du domaine public et sont accessibles par l’internet. Toutefois, rien ne garantit que ces informations sont entièrement exactes. Des systèmes similaires semblent prévaloir dans la plupart, si ce n’est tous les États. Même si l’EEG comprend que la grande majorité des fondateurs n’a aucune raison de fournir de fausses informations, de par sa nature même, la procédure d’enregistrement est susceptible de susciter des abus. Par ailleurs comme il n’existe pas de registre fédéral de toutes les personnes morales établies et que les États ont leur propre système d’enregistrement, il peut être généralement difficile de retrouver les personnes morales qui servent à véhiculer des activités illégales, notamment la corruption. Cette observation a été confirmée par les fonctionnaires rencontrés par l’EEG.

186. En dépit des insuffisances de la procédure d’enregistrement, il existe un certain nombre d’autres systèmes complémentaires mis en place pour éviter que des entreprises moins scrupuleuses fassent des affaires, en particulier avec les institutions publiques. Lorsqu’une entreprise candidate à un contrat de marché public, c’est l’autorité contractante qui exige des informations détaillées et qui utilisera différentes sources d’information, détenues par des entités publiques ou privées, pour évaluer la fiabilité du contractant. Ces vérifications sont axées sur l’activité réelle réalisée par la société. Il y a, par exemple, des systèmes privés et publics de certification ou de « mise sur liste noire » des entreprises qui font des affaires avec les autorités publiques, aux niveaux fédéral, de l’État et local. En outre, certaines institutions publiques, comme les autorités de la défense et de la santé, qui ont recours dans une large mesure à la sous-traitance, recueillent leurs propres informations sur les entreprises. Il faut aussi mentionner qu’avec l’adoption de la loi *Sarbanes-Oxley*, les entreprises cotées sont soumises à un large éventail de contrôles et de sanctions au niveau fédéral dans le but général de faire en sorte que les dossiers déposés par ces entreprises reflètent correctement l’activité de l’entreprise et fournissent correctement les informations requises en ce qui concerne ses finances et sa gouvernance.

187. Le système d'enregistrement des personnes morales est à l'image de l'indépendance constitutionnelle des États et reflète une approche minimaliste de l'intervention publique dans les affaires, à l'exception des entreprises cotées en bourse et des entités réglementées qui doivent déposer certaines informations à la SEC (*Securities and Exchange Commission*). De l'avis de l'EEG, le fait que les règles d'enregistrement des personnes morales varient d'un État à l'autre, en particulier que les informations requises pour l'enregistrement ne sont pas uniformes, et que l'accès aux informations enregistrées n'est pas centralisé aux États-Unis, fait que l'enregistrement des personnes morales (qui ne sont pas couvertes par les règlements de la SEC) devient un instrument faible pour contrôler et empêcher les personnes morales de couvrir une activité illégale, y compris la corruption. L'EEG est d'avis que les systèmes d'enregistrement gagneraient en efficacité s'ils étaient, dans la mesure du possible, harmonisés et si la surveillance fédérale était renforcée. En même temps, l'EEG a conscience des difficultés constitutionnelles que posent ces objectifs sans préparations de fond et sur le long terme. **C'est pourquoi, l'EEG recommande que les autorités fédérales appropriées explorent les possibilités de promouvoir une plus grande uniformisation des formalités d'enregistrement dans les différents États.**
188. Une personne morale peut toujours voir sa responsabilité engagée au titre d'un acte dommageable et être tenue pénalement responsable au niveau fédéral. Cette possibilité existe simplement du fait que l'on peut faire l'équivalence entre personnes morales et personnes physiques. La corruption est couverte et le trafic d'influence est traité par le biais d'autres délits ainsi que le blanchiment d'argent.
189. L'éventail des sanctions et des mesures disponibles à l'encontre des personnes morales semble suffisamment large. Des amendes pénales peuvent être imposées en fonction de différentes normes. En particulier, le critère de deux fois le gain ou la perte occasionné par un acte de corruption ou autres délits semble satisfaire correctement le besoin de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives. En l'absence de registres ou de statistiques sur les personnes morales condamnées pour corruption et blanchiment d'argent, l'EEG n'a pas pu évaluer si les sanctions appliquées par les tribunaux étaient, dans la pratique, aussi efficaces, proportionnées et dissuasives.
190. L'EEG savait que les larges possibilités de soumettre les personnes morales à des sanctions et responsabilités pénales devaient toutefois être appréciées aussi à la lumière du droit procédural dans la mesure où les poursuites judiciaires relèvent, dans la pratique, de pouvoirs discrétionnaires. Ces pouvoirs discrétionnaires ne sont pas juridiquement limités, mais la façon dont ils sont exercés au niveau fédéral doit suivre les Principes qui régissent les poursuites judiciaires des entreprises (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*), et qui font partie du Manuel des procureurs des États-Unis d'Amérique (*US Attorneys' Manual*). Les Principes sont au cœur de la décision du procureur de poursuivre la personne morale ou la personne physique ou les deux. L'EEG a été informée que, depuis le scandale d'Enron en 2001, il y a eu une augmentation importante du nombre de fraudes financières des sociétés et, en conséquence, un plus grand nombre de condamnations (plus de 500) au niveau fédéral. De la même façon, la SEC a eu recours à un plus grand nombre d'actions répressives. Les mêmes informations indiquent, toutefois, que la plupart des procureurs se tournent vers la personne physique impliquée et ne formulent des accusations pénales que pour un petit nombre de sociétés, ce qui peut amener à conclure que les *Principes* favorisent la poursuite des personnes physiques plutôt que des personnes morales. L'EEG a cru comprendre, toutefois, que la situation était plus complexe et qu'un procureur a la possibilité d'appliquer des Accords de renvoi des poursuites (*Deferred Prosecution Agreements - DPA*) à cet égard. Un DPA signifie que le

procureur abandonne les poursuites contre une société qui plaide coupable et accepte de se conformer aux sanctions civiles suivant un plan particulier sous surveillance. L'application de cette possibilité en ce qui concerne les sociétés peut être justifiée dans les cas où la poursuite d'une personne morale peut entraîner des effets collatéraux importants sur des personnes ou groupes de personnes innocentes comme les employés ou actionnaires. L'EEG a compris les avantages de l'approche souple qui consiste à avoir d'autres solutions que les poursuites pénales mais en même temps, elle souhaite insister sur un possible risque sérieux que la législation pénale sur la responsabilité de l'entreprise, si elle n'est pas suffisamment appliquée, pourrait perdre son effet dissuasif. L'EEG a reçu plusieurs exemples de cas significatifs ; toutefois, elle a été déçue par le manque de statistiques sans lesquelles il est impossible d'évaluer les effets des pouvoirs discrétionnaires dans la poursuite des entreprises. L'EEG a été également informée de la création en 2002 du Groupe de travail sur la fraude des entreprises (*Corporate Fraud Task Force*) qui a, entre autres, recueilli des informations sur les enquêtes et les poursuites des cas de fraudes financières. Parmi ces informations se trouvait le recours au DPA. **L'EEG recommande que les informations recueillies, ou à recueillir par la *Corporate Fraud Task Force*, soient utilisées, dans la mesure du possible, par la *Task Force* ou un autre organe approprié, pour analyser les enquêtes et poursuites ainsi que les solutions de remplacement aux poursuites, notamment les Accords de renvoi des poursuites (DPA) dans le contexte de cas de corruption impliquant des entités commerciales.**

191. Il n'existe pas de registre central des personnes morales condamnées. Ces informations sont disponibles au public auprès des tribunaux fédéraux et d'État. Des informations pertinentes sont également disponibles à partir de bases de données privées. Par ailleurs, les autorités et institutions publiques constituent leurs propres listes noires de personnes morales afin d'éviter que des marchés publics ne soient attribués à des entreprises condamnées. L'EEG est d'avis que la situation décrite rend difficile la recherche d'informations sur les personnes morales condamnées pour délits pénaux. Même s'il existe un grand éventail de moyens pour obtenir ces informations, l'EEG est d'avis que beaucoup pourrait être fait pour améliorer la disponibilité des informations pertinentes. **L'EEG recommande de réfléchir aux moyens pour chercher les informations sur les personnes morales condamnées pour délit de corruption aux niveaux fédéral, de l'État et local.**
192. Il apparaît que les tribunaux n'appliquent pas souvent la possibilité juridique d'interdire à une personne physique toute activité à un poste de direction d'une personne morale. La SEC (*Securities and Exchange Commission*) dispose également d'un outil similaire pour interdire aux personnes qui ont violé la législation sur les titres d'exercer des fonctions élevées dans une entreprise, mais le recours à cette possibilité ne vaut que pour les sociétés cotées en bourse. L'EEG souhaite insister sur le fait que les interdictions de ce type sont essentielles pour faire face efficacement à des situations de récidives et dans les cas où la protection de l'intérêt public requiert une action déterminée. **L'EEG recommande de promouvoir le recours aux interdictions existantes d'accès aux postes de direction des personnes physiques dans des personnes morales condamnées pour corruption grave.**
193. Les règles comptables ont différentes sources selon le type de personne morale et de l'État dans lequel elle exerce ses activités. Les obligations les plus générales sont directement liées aux devoirs des personnes morales en leur qualité de contribuables auprès de l'administration fiscale fédérale et de l'État. Certaines branches de l'industrie sont soumises à des règles particulières imposées par les agences de réglementation concernées. En ce qui concerne les sociétés cotées en bourse et les entités réglementées, des obligations strictes leur ont été imposées par le *Sarbanes-Oxley Act* ; ce dernier prévoit aussi des sanctions pénales pour la destruction ou la dissimulation de dossiers de vérification des comptes de l'entreprise. Cela signifie qu'aucune

personne morale n'est exemptée de l'obligation de conserver les livres comptables ; toutefois, le champ exact de cette obligation et les sanctions pour violations diffèrent.

194. La brigade financière de l'*Internal Revenue Service (IRS)* est l'autorité au cœur des enquêtes dans le domaine des fraudes fiscales et il arrive que des délits de corruption publique soient l'objet de ses poursuites. L'IRS coopère avec le Département de la Justice, principalement avec la division fiscale, de façon que les cas appropriés soient portés à l'attention des unités spécialisées de la Division pénale, c'est-à-dire la Section d'intégrité publique (*Public Integrity Section*) ou la Section des fraudes (*Fraud Section*). L'EEG a compris que, même s'il n'y avait pas d'obligation légale lors de l'ouverture d'une enquête pénale de l'IRS sur une matière purement fiscale, le Parquet approprié en était informé et que la coordination entre les différentes autorités avait lieu, même si elle se faisait par un processus informel entre les différentes agences. Le DOJ semble avoir plein accès aux dossiers fiscaux concernés lorsqu'il instruit une affaire avec l'IRS, mais il doit demander une ordonnance du tribunal pour avoir cet accès lorsqu'il mène une enquête de manière indépendante. Malgré l'absence de modes de coopération formalisés, entre l'IRS et le Parquet/les autorités de maintien de la loi, l'EEG n'a pas réuni de preuves démontrant que le système actuel de coopération et l'accès aux dossiers fiscaux présentaient des lacunes importantes en termes d'efficacité des enquêtes.
195. L'EEG n'a pas pu se faire une idée claire des obligations faites aux professionnels du droit, aux comptables et commissaires aux comptes d'établir des rapports sur les délits comme le blanchiment d'argent, dont ils ont eu connaissance, hormis les obligations prévues dans le *Sarbanes-Oxley Act*, qui a imposé aux comptables et commissaires qui travaillent pour des sociétés cotées en bourse de rapporter à la direction de l'entreprise les écarts de conduite découverts. C'est un sujet de préoccupation aux Etats-Unis et une réflexion est en cours sur l'opportunité de faire obligation aux professionnels concernés de rapporter ces types d'infractions aux agences externes (application des lois et règlements).

V. CONCLUSIONS

196. Aux Etats-Unis, la politique suivie est claire : il s'agit de priver autant que possible les délinquants des produits du crime. Pour cela, un système légal solide est en place au niveau fédéral pour permettre la confiscation *in personam* lorsque le délinquant a été condamné, et la saisie *in rem* en l'absence de condamnation. Des mesures intérimaires existent pour obtenir une ordonnance de confiscation ultérieure ; toutefois, au niveau fédéral, il n'est pas possible de recourir à des mesures intérimaires portant sur une valeur. En outre, les régimes de confiscation/saisie au niveau des Etats fédérés ne sont pas uniformes et il semble qu'il soit nécessaire d'harmoniser ces règles.
197. Il est admis aux Etats-Unis que la corruption est une menace constante pour le bon fonctionnement de l'administration publique à tous les niveaux et, en conséquence, des ressources considérables ont été consacrées à la prévention. A cet égard, un certain nombre d'institutions et de programmes importants ont été créés. Le système fédéral et la stricte séparation des pouvoirs ont pour résultat inévitable que les délits de corruption peuvent faire l'objet d'enquêtes et de poursuites par un certain nombre d'autorités différentes. Même s'il y a un risque de chevauchement de juridictions, le système présente un avantage essentiel : il génère une richesse d'approches différentes en matière de prévention, de détection et de poursuite de la corruption dans l'administration publique. Les Etats-Unis ont gagné le respect grâce à une tradition de transparence établie de longue date par le biais de la Loi sur la liberté de l'information au niveau fédéral, et chaque Etat fédéré s'est doté de sa propre législation en la matière. Il est important que l'ouverture de l'administration publique soit préservée autant que

faire se peut, même lorsque des considérations de sécurité sont très prioritaires. Dans ce contexte, la protection des informateurs est une autre question importante pour laquelle les Etats-Unis sont encouragés à préserver leurs normes élevées. Davantage pourrait être fait pour aider le public à accéder aux informations au niveau fédéral. A cet égard, le *New-York State Committee on Open Government* est un exemple intéressant. L'OGE (*Office of Government Ethics*) joue un rôle important dans la prévention de la corruption au niveau fédéral par le biais de son programme d'éthique. Il promeut un environnement éthique dans l'administration publique ; toutefois, il convient aussi de prendre en considération un cadre éthique pour les « fournisseurs » du secteur privé, qui contribuent de manière significative à la réalisation des missions du secteur public. L'OGE, par sa participation à la coopération intergouvernementale, est également une source importante d'inspiration pour les administrations publiques au niveau des Etats fédérés et des collectivités locales.

198. La réglementation sur les personnes morales reflète l'indépendance constitutionnelle des Etats fédérés, et est quasi-exclusivement traitée à ce niveau administratif. Les règles d'enregistrement des personnes morales varient d'un Etat à l'autre ; les informations demandées dans le processus d'enregistrement ne sont pas uniformes et l'accès aux informations enregistrées n'est pas centralisé. L'enregistrement au niveau des Etats est donc un instrument peu efficace pour contrôler et empêcher les personnes morales de se livrer à des activités illégales, y compris la corruption. Les systèmes d'enregistrement gagneraient en efficacité s'ils étaient plus harmonisés. En outre, il serait bon de disposer de davantage d'informations sur les enquêtes, poursuites et utilisation de procédures alternatives à l'encontre de sociétés soupçonnées de corruption, afin d'évaluer le bon fonctionnement du système. Enfin, l'on pourrait renforcer le suivi des informations sur les personnes morales condamnées pour délits de corruption.
199. Le présent rapport met en lumière un petit nombre de préoccupations concernant un système de manière générale bien développé.
200. Au vu de ce qui précède, le GRECO adresse les recommandations suivantes aux Etats-Unis d'Amérique :
 - i. **revoir les règles pertinentes en matière de confiscation et recouvrement ainsi que les modalités de recours aux mesures provisoires, afin de garantir que tous les produits de la corruption et les instruments y relatifs soient soumis à confiscation et de permettre, le cas échéant, l'application de mesures telles que les ordonnances de saisie ou de blocage y compris à des biens de substitution (paragraphe 47) ;**
 - ii. **envisager le renforcement au niveau fédéral de l'assistance au grand public pour ce qui est de l'accès à l'information publique (paragraphe 135) ;**
 - iii. **que le gouvernement fédéral fasse une étude sur l'emploi de contractants et leurs employés sur les lieux de travail fédéraux de façon à jeter les bases d'une approche appropriée pour traiter de façon systématique les normes de conduite attendues des sous-traitants qui travaillent dans l'administration publique (paragraphe 139) ;**
 - iv. **que l'*Office of Government Ethics (OGE)* inclue dans sa formation et son matériel pédagogique l'obligation pour les agents de la branche exécutive au niveau fédéral de rapporter les soupçons de corruption et activités illégales connexes et, en tant que membre du *Council on Governmental Law (COGEL)*, informer les autres membres du COGEL de l'obligation de rapporter les soupçons de corruption (paragraphe 142) ;**

- v. **que les autorités fédérales appropriées explorent les possibilités de promouvoir une plus grande uniformisation des formalités d'enregistrement dans les différents États** (paragraphe 187) ;
- vi. **que les informations recueillies, ou à recueillir par la *Corporate Fraud Task Force*, soient utilisées, dans la mesure du possible, par la *Task Force* ou un autre organe approprié, pour analyser les enquêtes et poursuites ainsi que les solutions de remplacement aux poursuites, notamment les Accords de renvoi des poursuites (DPA) dans le contexte de cas de corruption impliquant des entités commerciales** (paragraphe 190) ;
- vii. **réfléchir aux moyens pour chercher les informations sur les personnes morales condamnées pour délit de corruption aux niveaux fédéral, de l'État et local** (paragraphe 191) ;
- viii. **promouvoir le recours aux interdictions existantes d'accès aux postes de direction des personnes physiques dans des personnes morales condamnées pour corruption grave** (paragraphe 192).

201. Par ailleurs, le GRECO invite les autorités des Etats-Unis à tenir compte des *observations* formulées (paragraphe 49, 50, 52, 134, 141 et 143) dans la partie analytique de ce rapport.

202. Enfin, conformément à l'article 30.2 du Règlement Intérieur, le GRECO invite les autorités des Etats-Unis à lui présenter un rapport sur la mise en œuvre des recommandations énumérées ci-dessus le 31 mai 2008 au plus tard.