



Conseil économique
et social

Distr.
GÉNÉRALE

E/1996/106
12 novembre 1996
FRANÇAIS
ORIGINAL : ANGLAIS ET FRANÇAIS

Reprise de la session de fond de 1996
New York, 13 et 14 novembre 1996
Point 6 i) de l'ordre du jour

QUESTIONS RELATIVES À L'ÉCONOMIE ET À L'ENVIRONNEMENT : SUITE DONNÉE
À LA RÉOLUTION 50/106 DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE : LES ENTREPRISES ET
LE DÉVELOPPEMENT

Lettre datée du 5 novembre 1996, adressée au Secrétaire général
par la Représentante permanente des États-Unis d'Amérique auprès
de l'Organisation des Nations Unies

J'ai l'honneur de vous faire tenir ci-joint le texte du rapport présenté en 1996 au Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques au niveau des ministres sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales (voir annexe*).

Je vous serais obligée de bien vouloir le faire distribuer comme document du Conseil économique et social, au titre du point 6 i) de l'ordre du jour.

(Signé) Madeleine K. ALBRIGHT

* Le texte de l'annexe n'est distribué que dans les versions originales (anglais et français).



ANNEXE

**MISE EN OEUVRE DE LA RECOMMANDATION SUR LA CORRUPTION
DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES**

Rapport du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales
au Conseil au niveau des Ministres

I. Introduction et résumé

1. A sa réunion de 1995, le Conseil de l'OCDE au niveau des Ministres a invité l'OCDE à renforcer les travaux sur la corruption dans le cadre de transactions internationales et à lui soumettre, à sa réunion de 1996, un rapport d'étape complet sur la mise en oeuvre de la Recommandation de l'OCDE de 1994.

2. La Recommandation de 1994 sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales charge le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales de veiller à la mise en oeuvre et au suivi de la Recommandation, et le charge en particulier :

- i) de procéder à un examen régulier des mesures prises par les pays Membres pour la mise en oeuvre de la Recommandation et de formuler des propositions appropriées en vue de les aider dans cette mise en oeuvre ;
- ii) d'examiner des questions précises concernant la corruption dans les transactions commerciales internationales ;
- iii) de servir de forum de consultation ;
- iv) d'étudier la possibilité d'associer les pays non membres à ces travaux ;
- v) en étroite coopération avec le Comité des affaires fiscales, d'examiner le traitement fiscal de la corruption, y compris la question de la déductibilité fiscale des paiements illicites.

3. Depuis 1994, des progrès ont été accomplis dans la mise en oeuvre de la Recommandation : l'OCDE a examiné un large éventail de mesures nationales pouvant s'appliquer à la corruption internationale ; le Conseil a approuvé une nouvelle recommandation visant à un réexamen des règles fiscales en vue de la non-déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers ; les analyses portant sur l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers ont abouti à un consensus sur la nécessité d'incriminer la corruption des agents publics étrangers de façon efficace et coordonnée. Ces résultats sont détaillés plus loin.

4. Le symposium sur la corruption et la bonne gestion des affaires publiques, qui a eu lieu en mars 1995, a renforcé l'intérêt des pays non membres pour les travaux de l'OCDE. Depuis lors, l'Argentine et la Bulgarie ont demandé à adhérer à la Recommandation de l'OCDE. Dans le prolongement de ce symposium, l'OCDE a également créé un réseau informel d'échange d'informations sur les activités anti-corruption auquel participent notamment la Banque mondiale, le FMI, la BERD, les banques régionales de développement, les Nations Unies, le Conseil de l'Europe, l'Organisation des États américains, et d'autres encore.

5. Dans un domaine connexe, le Comité d'aide au développement (CAD) examine actuellement une proposition concernant la lutte contre les paiements illicites effectués pour obtenir la passation ou l'exécution de marchés financés par voie d'aide qui pourrait être adoptée lors de la réunion à haut niveau du CAD (voir le rapport à ce sujet). Le Service de la gestion publique (PUMA) procède actuellement à une étude comparative des moyens mis en oeuvre dans les services publics d'un certain nombre de pays Membres de l'OCDE pour assurer le respect du code d'éthique et de bonne conduite. Les ministres, lors du colloque ministériel sur l'avenir des services publics, ont souligné tout l'intérêt que présentent ces travaux. Les programmes du Centre pour la coopération avec les économies en transition aident les pays d'Europe centrale et orientale et les nouveaux États indépendants à mettre en place des dispositifs de lutte contre la corruption.

6. Il faut aller plus loin dans cette action. Ces prochains mois, l'OCDE poursuivra son analyse des questions précises concernant la corruption internationale, y compris : la comptabilité et la vérification des comptes, les modalités d'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers, les marchés publics, le droit commercial et le droit de la concurrence. L'OCDE aura également la charge de veiller aux progrès accomplis par les pays Membres dans la mise en oeuvre de la Recommandation de 1994 et de la nouvelle recommandation relative à la déductibilité fiscale et continuera son effort d'ouverture aux pays non membres et au secteur privé. Ces activités seront un élément central du réexamen de la Recommandation de 1994, qui doit être soumis aux Ministres en 1997.

II. Progrès accomplis dans la mise en oeuvre de la Recommandation de 1994 sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales

A. Examen des mesures visant à lutter contre la corruption dans les transactions commerciales internationales

7. Le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales (CIME), par le biais de son Groupe de travail sur la corruption dans les transactions commerciales internationales, a achevé un premier examen des mesures qui pourraient être utilisées pour lutter contre la corruption dans les transactions commerciales internationales [DAFFE/IME/BR(95)9/REV3]. Cet examen porte sur les mesures prises par les pays participants dans les domaines suivants : droit pénal, civil et commercial, droit administratif, obligations comptables, réglementations bancaires et financières, aides publiques et marchés publics. Les informations rassemblées restent encore partielles, mais cette étude est la plus complète qui ait été réalisée à ce jour. Elle révèle, sur le plan des possibilités de répression de la corruption d'agents publics étrangers, une situation plus favorable qu'on ne l'avait pensé. Dans un certain nombre de pays, les lois en vigueur, notamment pénales, peuvent s'appliquer, même si elles ne visent pas expressément la corruption d'agents publics étrangers.

8. Les pays ont accompli certains progrès dans la mise en oeuvre de la Recommandation, mais de plus amples efforts s'imposent. La plupart des pays participants ont créé des instances interministères pour réexaminer les dispositions législatives et réglementaires nationales et un grand nombre de pays envisagent de modifier ces dispositions de façon à les étendre à la corruption internationale. Les possibilités de modification du droit pénal retiennent tout particulièrement l'attention. L'analyse actuellement conduite par le Groupe de travail, qui porte sur les divers aspects du droit interne et sur les questions qui ont trait à la coopération internationale, permettra au Comité de formuler des propositions ayant pour but d'aider les pays Membres à mettre en oeuvre la Recommandation. Cette analyse apportera également une contribution à la base pour le réexamen de la Recommandation, qui sera présenté au Conseil au niveau des Ministres à sa réunion de 1997.

B. La non-déductibilité fiscale des pots-de-vin

9. Comme suite à la Recommandation de 1994, le Comité des affaires fiscales a examiné les mesures fiscales pouvant influencer sur la propension à verser ou à accepter des pots-de-vin. Le Comité a résumé les pratiques actuelles des pays Membres, examiné les principes fiscaux en la matière et étudié deux possibilités d'utilisation des dispositions fiscales pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers : la non-déductibilité, ou la déductibilité assortie d'obligations de divulgation, d'une part, et d'autre part l'échange international de renseignements fiscaux en vue du dépistage et de la répression des actes de corruption.

10. En janvier 1996, le Comité des affaires fiscales a approuvé un projet de recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers. Le CIME s'est félicité de cette initiative à sa réunion du 5 février. Le Conseil a approuvé cette Recommandation à sa réunion du 11 avril 1996. Le Conseil :

- I. RECOMMANDE que ceux des pays Membres qui ne refusent pas la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers réexaminent ce traitement en vue de refuser cette déductibilité. Une telle action peut être facilitée par la tendance à considérer comme illégaux les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers.
- II. CHARGE le Comité des affaires fiscales, en coopération avec le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, d'assurer le suivi de la mise en oeuvre de cette Recommandation, de promouvoir la Recommandation dans le cadre de ses contacts avec les pays non membres et de rendre compte au Conseil lorsque cela est approprié.

On trouvera en annexe I le texte complet de la Recommandation.

C. L'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers

11. Le Groupe de travail du CIME sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales a étudié les questions qui se rapportent à l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers lors des réunions qu'il a tenues en octobre 1995 et en février 1996. Des responsables des poursuites en matière de corruption ont participé à la réunion de février 1996. Les discussions avec ces responsables ont renforcé la conviction que l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers serait un moyen important de dissuasion, de prévention et de répression de la corruption dans les transactions commerciales internationales en permettant de poursuivre pénalement ces actes et en améliorant, en droit interne, la base pour une entraide judiciaire internationale. Cette incrimination faciliterait également la mise en oeuvre de la recommandation récente de l'OCDE sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin.

12. L'analyse qu'a conduite le Groupe en ce qui concerne les solutions possibles pour incriminer la corruption d'agents publics étrangers montre que les pays pourraient disposer d'une certaine latitude, en fonction des différents systèmes juridiques. En même temps, le Groupe a souligné que l'incrimination devrait être efficace et coordonnée sur la substance. Il a travaillé sur plusieurs méthodes d'incrimination qui pourraient permettre de réprimer correctement ce type de corruption et qui sont décrits dans le rapport DAF/IME/BR(96)1/FINAL ci-joint en annexe II. La coordination peut également contribuer à assurer une situation de concurrence loyale entre les entreprises. Les mesures prises par les pays Membres pour incriminer et appliquer cette incrimination doivent être soumises à des procédures appropriées de suivi et de surveillance multilatérales.

13. Le Groupe de travail et le CIME sont parvenus aux conclusions suivantes :

- 1) Les pays Membres conviennent de la nécessité d'incriminer la corruption des agents publics étrangers de façon efficace et coordonnée, afin de combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales ;

A cette fin le CIME, par l'intermédiaire de son Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, devrait examiner de façon plus approfondie les modalités et les instruments internationaux appropriés afin de faciliter l'incrimination, en tenant compte des travaux menés dans d'autres enceintes ;

Des propositions devraient être soumises dans le cadre du réexamen de la Recommandation de 1994 qui aura lieu en 1997 ;

- 2) Les pays Membres devraient réexaminer leurs procédures en place afin d'assurer l'octroi d'une entraide judiciaire rapide et efficace pour les enquêtes relatives à la corruption ;
- 3) Les pays Membres devraient considérer l'inclusion de la corruption comme infraction principale dans leur législation sur le blanchiment de l'argent.

ANNEXE I

Recommandation

sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers

LE CONSEIL,

Vu l'article 5b) de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques du 14 décembre 1960 ;

Vu la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la corruption des agents publics étrangers dans le cadre des transactions commerciales internationales [C(94)75] ;

Considérant que la corruption est un phénomène répandu dans les transactions commerciales internationales, y compris dans les échanges et les investissements, qui suscite de graves préoccupations morales et politiques et fausse les conditions internationales de concurrence ;

Considérant que la Recommandation du Conseil sur la corruption a appelé les pays Membres à prendre des mesures concrètes et pertinentes pour combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales, y compris en examinant les mesures fiscales qui peuvent indirectement favoriser la corruption ;

Sur proposition du Comité des affaires fiscales et du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales :

I. RECOMMANDE que ceux des pays Membres qui ne refusent pas la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers réexaminent ce traitement en vue de refuser cette déductibilité. Une telle action peut être facilitée par la tendance à considérer comme illégaux les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers.

II. CHARGE le Comité des affaires fiscales, en coopération avec le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, d'assurer le suivi de la mise en oeuvre de cette Recommandation et de promouvoir la Recommandation dans le cadre de ses contacts avec les pays non membres et de rendre compte au Conseil lorsque cela est approprié.

Annexe II

L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS

Introduction

1. La Recommandation de l'OCDE de 1994 sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales appelle les pays Membres à "prendre des mesures efficaces pour décourager, prévenir et combattre la corruption des agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales". Elle recommande que chaque pays examine notamment son droit pénal ou son application, du point de vue de la corruption d'agents publics étrangers et, en conformité avec ses principes en matière de compétence et autres principes fondamentaux, prenne des mesures concrètes et significatives afin d'atteindre cet objectif. Elle charge le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales et le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales d'examiner des questions précises concernant la corruption dans les transactions commerciales internationales, l'une de ces questions étant l'incrimination de ce type de corruption. Le Conseil de l'OCDE, lors de sa réunion au niveau des Ministres de 1995, a invité l'OCDE à renforcer ses travaux sur la corruption dans les transactions commerciales internationales, en reconnaissant notamment qu'une solution efficace pourrait être d'incriminer cette corruption lorsque cela est conforme au système juridique national.

2. Le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales a eu un premier débat au sujet de l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers à sa réunion des 18-20 octobre 1995, à partir de notes analytiques, rédigées à titre personnel par les délégués des États-Unis, de la France, de l'Italie, de la Norvège, du Royaume-Uni et de la Suisse. A l'issue de ces débats, le Groupe de travail a invité le Secrétariat à rédiger un document analysant les diverses méthodes d'incrimination, notamment sous l'angle de leur efficacité et sur le plan de l'application des lois et de la coopération internationale ; cette analyse devant également porter sur les moyens qui permettraient de promouvoir de nouvelles actions multilatérales. Ce document a été examiné lors d'une réunion spéciale du Groupe de travail et de responsables des poursuites en matière de corruption, qui s'est tenue les 12 et 13 février, et lors de la réunion ordinaire du Groupe de travail des 13 et 14 février. Le Groupe de travail a discuté une nouvelle version du document lors de sa réunion des 11 et 12 avril.

3. La présente note révisée tient compte des discussions de la réunion d'avril et comporte trois parties :

- dans la première partie sont exposées les principales questions à examiner lorsqu'il s'agit d'analyser les différentes méthodes d'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers ;
- dans la deuxième partie sont présentées quatre méthodes d'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers ; on verra également comment cette incrimination s'articule avec la question du blanchiment des capitaux et de la coopération internationale en matière judiciaire ;
- dans la troisième partie sont présentées diverses options en vue d'une large action multilatérale ayant pour but d'incriminer la corruption d'agents publics étrangers, ainsi que les conclusions du Groupe de travail.

I. Principales questions à examiner lorsqu'on veut analyser les moyens permettant d'incriminer la corruption d'agents publics étrangers

4. Toute méthode d'incrimination doit prendre en compte un certain nombre d'éléments fondamentaux qui ont trait à la portée de l'infraction, à l'exercice de la compétence et aux mesures susceptibles de faciliter l'exécution.

A. Portée de l'infraction

Définition de l'infraction

5. Dans la Recommandation, la corruption est définie comme tout acte qui "peut consister à offrir ou octroyer directement ou indirectement un avantage indu, pécuniaire ou autre, à un agent public étranger ou pour son compte, en violation des obligations légales de ce dernier, afin d'obtenir ou de conserver un marché". La Recommandation ne vise donc que la corruption concernant :

- une transaction commerciale internationale,
- un bénéficiaire qui est un agent public étranger,
- la violation des obligations légales de l'agent public.

6. Pour être conforme à la Recommandation, une loi anti-corruption ne doit pas nécessairement se limiter aux éléments qui viennent d'être mentionnés. Il faut néanmoins qu'elle couvre au minimum un acte comportant ces éléments.

7. Les autorités chargées des poursuites peuvent en fait rencontrer des difficultés pour apporter la preuve de certains des éléments exigés dans la Recommandation de l'OCDE sur la corruption, à savoir en particulier que le paiement, non seulement est indu, mais vise également à influencer sur une transaction commerciale. Il a été suggéré d'utiliser une infraction plus simple interdisant l'offre ou le paiement à, ou l'acceptation par, un agent public d'un paiement indu.

8. Si la loi qui sert de fondement aux poursuites pour corruption active exige la violation des obligations légales de l'agent public, il faudra se référer à la loi du pays du bénéficiaire. Cela peut soulever des difficultés lorsqu'il s'agit de déterminer et d'interpréter le droit du pays concerné.

Définition de l'offrant

9. Si l'on veut que l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales ait un effet dissuasif, il faut viser les responsables. D'un certain point de vue, ces responsables sont les agents d'entreprises, mais on peut également considérer comme responsables les entreprises elles-mêmes. Le droit actuel de nombreux pays n'admet pas la responsabilité pénale des personnes morales, bien que celles-ci puissent encourir des sanctions civiles ou administratives.

Définition du bénéficiaire

10. La Recommandation ne définit pas "l'agent public". Une note en bas de page précise que "dans certains pays, la notion de corruption recouvre également les avantages en faveur de membres d'un organe législatif, de candidats à un organe législatif ou à une fonction officielle et de représentants de partis politiques"; toutefois cette note n'a pas pour objet de définir la notion "d'agent public", mais simplement de décrire les personnes relevant du "secteur public" qui sont visées dans certains pays. En fait, la notion d'agent public est variable d'un pays à l'autre.

11. Si l'incrimination repose sur une notion générale de représentation (une violation de la relation de confiance entre un agent et son responsable principal), il n'est pas nécessaire de définir le bénéficiaire. Si elle se limite au cadre de la Recommandation, une définition claire de l'agent public pourra être nécessaire. Les débats du Groupe de travail ont montré qu'il existait trois possibilités pour définir l'agent public : une définition autonome de l'agent public étranger ; une référence à la définition retenue par le pays du bénéficiaire étranger ; une définition par le biais d'un accord international.

12. Si le droit pénal national vise purement et simplement la corruption d'un agent public, sans autre précision, cela pourra viser en définitive la définition de l'agent public selon le droit du bénéficiaire. Dans certains cas, il pourra être difficile de déterminer le contenu de ce droit.

13. En cas de divergences entre la loi du pays de l'offrant et la loi du pays du bénéficiaire, il y a plusieurs possibilités. On pourra appliquer la définition du pays de l'offrant, celle du pays du bénéficiaire ou la plus restrictive des deux (*lex mitior*).

B. Compétence

14. Les deux grands principes pouvant régir la compétence en matière de corruption d'agents publics étrangers se fondent sur les notions de territorialité ou de nationalité.

Selon le principe de territorialité, il ne peut y avoir poursuites que si un élément de l'infraction s'est manifesté sur le territoire du pays Membre.

Si c'est le principe de nationalité qui s'applique, les nationaux ou résidents ayant commis une infraction à l'étranger peuvent être poursuivis.

15. L'efficacité de la compétence fondée sur le principe de territorialité en cas d'actes de corruption d'agents publics étrangers commis par les ressortissants d'un pays sera fonction du rattachement territorial exigé pour l'exercice de la compétence. Les pays où l'élément de rattachement peut être, par exemple, le fait de quitter le territoire dans l'intention de commettre un acte de corruption à l'étranger ou d'envoyer une télécopie d'un point du territoire en question pour accomplir un tel acte de corruption seront à même de poursuivre un plus large éventail d'actes de corruption que les pays qui exigent un rattachement plus substantiel à leur territoire. Toutefois, lorsque la loi anti-corruption se fonde sur le principe de territorialité, un acte de corruption commis par les ressortissants d'un pays ne peut être sanctionné par ce pays s'il est exécuté dans sa totalité en dehors de celui-ci.

16. Les pays dont la compétence se fonde sur le principe de territorialité peuvent coopérer de façon plus large à la lutte contre la corruption internationale émanant de leurs ressortissants s'ils acceptent d'extrader leurs ressortissants en vue de poursuites à l'étranger ou, à défaut d'extradition, de les poursuivre comme si l'acte de corruption s'était produit sur leur territoire (*dedere aut judicare*).

17. Lorsque le principe de nationalité s'applique, la double incrimination est souvent exigée. La double incrimination "simple" ou "abstraite" -- la loi du pays où s'est produit l'acte doit également incriminer la corruption d'agents publics nationaux (ou d'une catégorie plus large d'agents à laquelle appartient la personne en cause) -- permettra généralement une mise en oeuvre efficace des lois anti-corruption lorsque l'agent public fait l'objet d'un acte de corruption dans son propre pays, car la plupart des pays, sinon tous, incriminent au moins la corruption de leurs propres agents publics. Les poursuites sont plus difficiles si la double incrimination est interprétée en ce sens qu'elle exige comme infraction correspondante la corruption d'un agent public étranger. On peut alors se demander si la condition de double incrimination est remplie lorsque l'acte de corruption constitue une infraction à la loi du pays du bénéficiaire, mais se produit dans un pays tiers où il n'est pas répréhensible pénalement.

C. Pouvoirs discrétionnaires en matière de poursuites

18. Les pouvoirs discrétionnaires en matière de poursuites sont fonction du système juridique du pays. Dans certains pays, il n'y a pas de marge d'appréciation, ou très peu, s'il existe des preuves suffisantes. Dans d'autres pays, il est possible de ne pas poursuivre, pour des raisons d'intérêt public, même s'il existe des preuves. Selon certains systèmes juridiques, il existe la possibilité pour un individu de se porter partie civile, et de ce fait obliger l'état à entamer une procédure pénale.

19. L'intensité des poursuites en matière de corruption peut également varier d'un pays à l'autre, selon l'importance des ressources consacrées à la lutte contre la corruption ou la façon dont est organisée l'action anti-corruption. Certains pays ont créé des organismes spéciaux, composés de spécialistes des divers types d'enquêtes, pour lutter plus efficacement contre la corruption.

II. L'incrimination en tant que moyen de lutter contre la corruption dans les transactions commerciales internationales

20. On examinera dans cette section trois modalités d'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers, en s'attachant également à deux aspects connexes : le blanchiment des capitaux et la coopération internationale.

A. Quatre méthodes d'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers

21. Les débats du Groupe de travail ont montré qu'il existait principalement trois méthodes d'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers :

- 1) l'incrimination expresse de la corruption d'agents publics étrangers ;
- 2) une loi générale anti-corruption ;
- 3) l'application ou l'extension des lois générales concernant la corruption d'agents publics à la corruption d'agents publics étrangers;
- 4) une loi sur la concurrence déloyale.

1. *Incrimination expresse de la corruption d'agents publics étrangers*

22. Dans cette optique, la loi définit une infraction particulière -- la corruption d'agents publics étrangers -- indépendamment de toute autre loi générale anti-corruption. Le seul exemple est actuellement la loi américaine sur la corruption des agents étrangers (Foreign Corrupt Practices Act - FCPA).

a) Fondement des poursuites

Définition de l'infraction

23. Les lois de ce type instituent une infraction spécifique, en se référant notamment à l'élément de violation d'une obligation de l'agent public bénéficiaire et au motif pour lequel l'infraction a été commise.

La FCPA incrimine l'utilisation des services postaux des États-Unis ou de tout autre moyen ou instrument du commerce américain inter-États et du commerce extérieur américain dans le but de procéder à une offre, à un paiement ou à une promesse de payer une somme d'argent, ou d'offrir une chose de valeur à des agents publics étrangers ou à des agents de partis politiques étrangers, dans le but d'influencer leurs actes ou leurs décisions ou de faire en sorte qu'ils accomplissent ou omettent d'accomplir tout acte en violation de leurs obligations légales en vue de faciliter l'obtention ou la conservation d'une affaire. Cette loi prévoit toutefois une exception et deux faits justificatifs :

- L'exception est la suivante : la loi ne s'applique pas aux paiements qui ont pour but de faciliter ou d'accélérer l'accomplissement d'une formalité lorsqu'il s'agit d'accélérer ou d'obtenir l'exécution d'un acte public de routine par l'agent public étranger . Une formalité ne pourra inclure aucune décision d'un agent public étranger d'accorder un nouveau marché commercial ou de poursuivre un tel accord, ni de décisions sur les termes de tels accords. Elle n'inclura également aucune action d'un agent public étranger visant à influencer des décisions d'accorder ou de continuer d'accorder un marché à une partie en particulier.
- Les faits justificatifs sont les suivants : le paiement était licite en vertu des lois et réglementations écrites du pays de l'agent public étranger ; le paiement constituait une dépense raisonnable et sérieuse (frais de déplacement et d'hébergement notamment).

Définition de l'offrant

24. Une loi incriminant expressément la corruption d'agents publics étrangers pourra prendre en compte aussi bien les personnes morales que les personnes physiques.

Les dispositions anti-corruption de la FCPA s'appliquent à tous les "émetteurs", c'est-à-dire toutes les sociétés ayant une catégorie de titres enregistrés auprès de la Security and Exchange Commission (SEC) ou qui ont l'obligation de soumettre des rapports au SEC, ainsi que toutes les "entreprises nationales" c'est-à-dire toutes les personnes citoyennes, ressortissantes ou résidentes des États-Unis ou toutes sociétés de capitaux ou de personnes, associations dont le lieu principal d'activité se trouve aux États-Unis.

Définition du bénéficiaire

25. Toute loi incriminant expressément la corruption d'agents publics étrangers devra comporter une définition autonome du bénéficiaire, qui sera plus ou moins large selon la finalité de la loi.

En vertu de la définition autonome de la FCPA, le bénéficiaire peut être tout agent ou employé d'un gouvernement étranger ou d'un ministère ou d'une agence ou organisme d'un tel gouvernement, ou toute personne agissant officiellement pour ou sous les auspices d'un tel gouvernement, ministère, agence ou organisme. La réalisation de l'objectif assigné à la loi américaine, à savoir dissuader quiconque de corrompre des agents publics dans le cadre de transactions internationales, n'est pas conditionnée par la définition de "l'agent public" dans le droit du pays de la victime ; jusqu'à présent, aucun problème de cet ordre n'a entravé les poursuites aux États-Unis.

b) Compétence

26. En théorie, une loi spéciale incriminant spécifiquement la corruption d'agents publics étrangers pourrait s'appuyer sur un chef de compétence pénale accepté au niveau international ; en l'occurrence, il s'agit essentiellement de la nationalité ou de la territorialité.

La FCPA exige un lien territorial avec les États-Unis, qui peut consister en l'utilisation des services postaux américains ou de tout autre moyen ou instrument du commerce inter-États ou du commerce extérieur américain pour l'exécution de l'acte. Elle exige également que l'offrant ait un lien avec les États-Unis autre qu'une simple présence temporaire comme visiteur (par exemple, citoyenneté américaine, résidence permanente, présence commerciale ou émetteur de titres enregistrés aux États-Unis ou soumis à obligation de rapports).

c) Mise en oeuvre

27. Toute loi incriminant spécifiquement la corruption d'agents publics étrangers doit investir de prérogatives précises les autorités judiciaires compétentes en matière pénale et comporter des sanctions contribuant à son effet dissuasif. Il faudra toutefois ménager un certain pouvoir d'appréciation aux autorités chargées des poursuites, qui auront à se prononcer sur le degré de gravité de l'infraction (ou, par exemple, dans le cas des États-Unis, sur le bien-fondé des exceptions ou faits justificatifs invoqués) et sur l'efficacité probable des poursuites.

2. *Loi générale anti-corruption*

28. **Toute loi générale anti-corruption aura un large champ d'application afin de couvrir toute violation des obligations de l'agent.** Tout en ne visant pas directement la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales, elle sera suffisamment large pour s'y appliquer lorsque la personne corrompue est un agent public.

29. On peut prendre comme exemple de ce type de loi la loi du Royaume-Uni de 1906 concernant la prévention de la corruption.

a) Fondement des poursuites

Définition de l'infraction

30. Dans ce type de loi, tout acte de corruption est une infraction pénale et cette infraction est largement définie. La corruption active et la corruption passive sont une infraction, toute personne acceptant ou obtenant un paiement résultant d'actes de corruption, convenant d'accepter ou essayant d'obtenir une rémunération au titre d'actes de corruption, ou accordant ou convenant d'accorder ou d'offrir un paiement qui constitue un acte de corruption, ou procédant à un tel paiement, se rend coupable d'une infraction.

La loi du Royaume-Uni s'applique à tout agent. Le comportement recherché doit être la violation d'obligations de l'agent, ce qui couvre l'ensemble des obligations du bénéficiaire et pas seulement les obligations en rapport avec l'obtention d'un marché. La loi du Royaume-Uni s'applique également en cas de tromperie, c'est-à-dire lorsque l'offrant n'a aucunement l'intention de procéder au paiement.

Définition de l'offrant

31. Avec une loi anti-corruption générale, l'offrant peut être une personne physique ou une personne morale de toute nationalité procédant au paiement constituant un acte de corruption ou offrant un tel paiement.

En vertu de la loi du Royaume-Uni, les poursuites peuvent être intentées contre les personnes morales lorsqu'il peut être démontré que les actes sont le fait des organes dirigeants de la société, c'est-à-dire ses principaux administrateurs et directeurs.

Définition du bénéficiaire

32. Une loi générale anti-corruption ne contient pas de définition précise du bénéficiaire, puisqu'elle s'applique à la corruption de toute personne au regard de ses obligations en qualité d'agent (public ou privé). Son application n'est pas subordonnée au fait que le bénéficiaire soit un agent public étranger ou une personne exerçant des fonctions publiques à l'étranger et il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve d'un tel statut juridique du bénéficiaire.

b) Compétence

33. En principe, une loi générale anti-corruption peut reposer sur le principe de territorialité ou sur le principe de nationalité, en fonction de la politique adoptée par le pays.

La loi du Royaume-Uni, qui s'appuie exclusivement sur la territorialité, n'exige donc pas la double incrimination ; il n'est pas nécessaire que la loi étrangère régissant les relations entre l'agent et son donneur d'ordres incrimine la violation d'obligations de l'agent.

Toutefois, la corruption d'agents publics étrangers par des nationaux du Royaume-Uni (personnes physiques ou morales) échappe à la loi du Royaume-Uni si aucun élément constitutif de l'infraction n'intervient au Royaume-Uni.

c) Mise en oeuvre

34. Étant donné que les lois de ce type n'ont pas été adoptées dans le but de lutter contre la corruption d'agents publics étrangers et ne sont pas traditionnellement appliquées à cette forme de corruption, un effort particulier pourra être nécessaire pour mettre en oeuvre ces lois de façon crédible et efficace dans le cas de ce type d'infraction et indiquer clairement aux entreprises que les actes en question seront réprimés.

3. *Application ou extension des lois générales sur la corruption d'agents publics à la corruption d'agents publics étrangers*

35. **Il s'agit d'appliquer à la corruption d'agents publics étrangers les lois définissant l'infraction de corruption active d'agents publics qui n'étaient traditionnellement appliquées qu'aux agents publics nationaux.**

36. Les lois canadienne, néerlandaise, hongroise, grecque, mexicaine, néo-zélandaise, suédoise et turque relèvent de cette catégorie. Elles sont applicables à tout acte de corruption d'agents publics commis par toute personne sur le territoire du pays et/ou par les nationaux ou résidents du pays hors du territoire national. Les Pays-Bas envisagent d'adopter une loi de ce type dans un proche avenir.

37. Deux méthodes sont possibles pour appliquer une loi générale concernant la corruption d'agents publics à la corruption d'agents publics étrangers. Dans certains pays, on pourra simplement interpréter la loi en vigueur en ce sens qu'elle s'applique aux agents publics étrangers. Dans d'autres pays, il faudra modifier le droit pénal interne en introduisant une clause étendant les lois en vigueur concernant la corruption "d'agents publics" à la corruption "d'agents publics étrangers". Cette solution diffère de celle du premier modèle en ce qu'elle évite d'avoir à adopter une loi entièrement nouvelle ; la loi dont l'application est étendue sera conforme notamment à la définition de l'infraction ou aux règles de compétence.

a) Fondement des poursuites

Définition de l'infraction

38. Le droit pénal érige en infraction générale la corruption d'agents publics, la violation des obligations de l'agent public étant l'un des principaux éléments constitutifs de l'infraction. Quant à la finalité de l'acte de corruption, elle ne devra pas être nécessairement industrielle ou commerciale, puisque cette loi s'applique initialement à la corruption d'agents publics nationaux et vise à préserver l'intégrité publique sur un plan général.

Définition du bénéficiaire

39. Cette méthode pose le problème de la définition de l'agent public étranger. Comme on l'a vu, le Groupe de travail a recensé trois façons de définir l'agent public étranger : i) une définition autonome (notamment celle de la loi nationale en vigueur) ; ii) la référence à la loi du pays du bénéficiaire ; iii) une définition par le biais d'un instrument international. Lorsque la définition du pays de l'offrant et celle du pays du bénéficiaire sont très différentes, certains pays Membres souhaiteront peut-être adopter une disposition faisant primer la définition la plus restrictive (ou la loi la moins sévère).

40. La définition autonome peut être celle de la loi nationale en vigueur ou une nouvelle définition adoptée pour étendre la loi. Elle peut aussi se référer à une définition d'un instrument international. Eu égard à la définition variable de l'agent public dans les différents pays et aux difficultés rencontrées pour

s'assurer de la définition donnée dans un autre État, il peut être utile, dans une définition autonome, de prendre en compte les fonctions généralement exercées par l'État, c'est-à-dire de définir de façon fonctionnelle l'agent public en visant toute personne accomplissant une fonction généralement exercée par l'État.

b) Compétence

41. Avec cette méthode, on peut s'appuyer soit sur la territorialité, soit sur la nationalité. Les lois actuellement en vigueur appliquent l'un ou l'autre de ces principes. Lorsque c'est le principe de la nationalité qui s'applique, un très large éventail d'actes de corruption peut être pris en compte.

c) Mise en oeuvre

42. Comme dans le cas d'une loi générale anti-corruption, il faut que l'action menée soit suffisamment prioritaire et que des ressources suffisantes y soient consacrées pour que la corruption d'agents publics étrangers puisse être efficacement réprimée et que les entreprises sachent clairement que ces actes de corruption seront poursuivis.

4. *Loi sur la concurrence déloyale*

43. Le Groupe de travail a également évoqué la possibilité d'application des dispositions pénales en matière de concurrence déloyale aux actes se rattachant à la corruption d'agents publics étrangers. Pour pouvoir être considéré comme un moyen valable de criminaliser la corruption d'agents publics étrangers, il faudrait que cette disposition soit aussi efficace que les autres moyens. Les options pourraient être comparées au regard des principaux sujets discutés ci-dessus, par exemple la portée de l'infraction, le fondement de la compétence, la mise en oeuvre et les pouvoirs discrétionnaires en matière de poursuites, etc. En particulier, un nombre de conditions pourraient sembler nécessaires pour que la corruption d'agents publics étrangers puisse être efficacement réprimée sur la base du droit de la concurrence déloyale :

- Il faut que la corruption d'un agent public étranger dans le but d'obtenir ou de conserver un marché à l'étranger soit présumée constituer une situation de concurrence déloyale. La portée de la loi devrait être la protection de la concurrence sur le marché et pas seulement la protection des concurrents individuels.
- Les dispositions en matière de concurrence déloyale doivent protéger la concurrence aussi bien sur les marchés étrangers que sur le marché intérieur, et protéger tous les concurrents, quelle que soit leur nationalité.
- L'État devrait avoir une responsabilité indépendante pour l'application de la loi, et l'application ne devrait pas seulement dépendre d'action privée.
- La loi sur la concurrence déloyale devrait prévoir des sanctions adéquates, proportionnées avec les pénalités appliquées pour des délits de même nature.

44. Le Groupe de travail a décidé d'un examen ultérieur de la question en raison de l'intérêt qu'un certain nombre de pays ont manifesté en faveur d'une telle option.

B. Blanchiment de capitaux

45. Dans presque toutes les affaires connues de corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales, les capitaux résultant des actes de corruption ont été blanchis à l'étranger, souvent dans des pays appliquant un régime strict de secret bancaire. Pour combattre efficacement la corruption, il pourra être nécessaire, comme on l'a suggéré lors du symposium de mars 1995, d'ériger en infraction pénale le blanchiment de capitaux et de prendre certaines mesures pour faire respecter la loi applicable. Les 40 Recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) ont été récemment élargies aux infractions primaires autres que le trafic de drogue et elles préconisent désormais l'incrimination du blanchiment découlant d'infractions graves, en laissant à chaque juridiction la responsabilité de déterminer quelles infractions graves pourraient être désignées comme infractions primaires relatives au blanchiment de capitaux. La Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime érige également en infraction le blanchiment du produit d'autres infractions. Mais le GAFI et le Conseil de l'Europe ne définissent pas les infractions graves devant constituer une infraction de blanchiment. Certains pays peuvent ne pas classer dans les infractions graves la corruption d'agents publics étrangers.

46. En général, le blanchiment de capitaux ne constitue une infraction pénale que depuis peu. Plusieurs pays ayant envisagé dans un premier temps le blanchiment de capitaux sous l'angle du trafic de drogue et des infractions liées au terrorisme ont progressivement élargi le champ de l'infraction primaire (c'est-à-dire l'infraction qui a permis d'obtenir les capitaux blanchis) à toutes les infractions graves. Dans la plupart des pays, la dissimulation ou la gestion de fonds versés à un agent public étranger dans le cadre d'actes de corruption ne relèverait pas des lois concernant le blanchiment des capitaux.

47. Pour lutter plus efficacement contre la corruption, certains pays incriminent la création de fonds secrets (caisses noires) pouvant être utilisés à des fins illicites.

48. Si un pays adopte une loi spéciale incriminant la corruption d'agents publics étrangers (modèle 1), cette loi pourrait comporter une disposition érigeant en infraction le blanchiment du produit de la corruption d'agents publics étrangers, ou renvoyer à une loi spéciale concernant le blanchiment des capitaux.

La loi fédérale des États-Unis concernant le blanchiment de capitaux a été modifiée de façon à qualifier "d'activité illicite considérée" toute violation de la FCPA. En ce qui concerne les transactions donnant lieu à la corruption d'agents publics étrangers, la loi concernant le blanchiment des capitaux interdit l'exécution en toute connaissance de cause ou la tentative d'exécution de toute opération financière portant sur le produit d'actes de corruption constituant une infraction à la FCPA. Sont également interdits le transport ou la tentative de transport d'instruments monétaires ou de fonds entre les États-Unis et l'étranger i) dans l'intention de favoriser l'accomplissement d'un acte de corruption en infraction à la FCPA, ou ii) lorsque l'intéressé sait que le transport d'instruments monétaires ou de fonds est destiné à dissimuler la nature, la localisation, l'origine, la propriété ou le contrôle du produit d'actes de corruption commis en infraction à la FCPA.

49. L'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers sur la base d'une loi générale anti-corruption (modèle 2) pourrait avoir comme corollaire une interdiction générale du blanchiment du produit d'actes de corruption.

Au Royaume-Uni (Criminal Justice Act), le blanchiment du produit d'actes criminels, notamment d'actes de corruption, constitue une infraction pénale lorsque ces actes entrent dans la catégorie

des infractions donnant lieu à une procédure d'accusation. Il importe peu que les actes ayant permis d'obtenir des capitaux blanchis aient eu lieu au Royaume-Uni ou à l'étranger. Il suffit que le blanchiment ait été effectivement exécuté au Royaume Uni.

50. Dans le cas du modèle 3, si la corruption de l'agent public est considérée comme une infraction primaire suffisante relevant de la loi sur le blanchiment de capitaux, elle devrait l'être également lorsque la loi s'applique à la corruption d'agents publics étrangers. De la même manière, dans le cas du modèle 4, un paiement illicite en violation des dispositions pénales criminelles d'une loi sur la concurrence déloyale pourrait être considéré comme une infraction primaire relevant de la loi sur le blanchiment de capitaux.

C. Coopération internationale

51. Dans le domaine de la coopération internationale en matière pénale, les pays peuvent conclure des conventions bilatérales ou multilatérales pour le transfert des poursuites, l'entraide judiciaire et l'extradition. Les pays qui s'appuient sur les conventions d'entraide judiciaire signalent, pour les affaires de corruption, des problèmes d'ordre juridique et administratif.

52. L'obligation de double incrimination peut constituer un obstacle juridique lorsqu'elle est exigée *in concreto*, c'est-à-dire que l'infraction correspondante doit être la corruption d'agents publics étrangers. La coopération judiciaire internationale serait plus efficace si la double incrimination était interprétée dans son sens le plus restrictif, *in abstracto*, c'est-à-dire la simple incrimination de la corruption d'agents publics. On pourrait encore faciliter davantage la coopération internationale en n'exigeant pas la double incrimination pour l'entraide judiciaire mais en l'exigeant seulement pour l'extradition.

53. Parmi les obstacles de nature administrative, on citera la longueur des procédures. Celle-ci peut être due à l'affectation de ressources insuffisantes aux actions de coopération ou à la multiplicité des voies de recours, non seulement pour l'individu concerné, mais aussi pour les tiers comme les institutions financières (banques, organismes fiduciaires, etc.).

III. Options en vue d'une large action multilatérale pour l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers ; conclusions

54. En adoptant la Recommandation de 1994, les pays de l'OCDE ont reconnu que la corruption dans les transactions internationales est répandue, soulève de graves problèmes éthiques et politiques et fausse la concurrence, et qu'il faut intensifier l'action au niveau national et international pour dissuader les entreprises et les agents publics de recourir à la corruption. Comme on l'a indiqué, le Conseil de l'OCDE réuni au niveau des Ministres a estimé en 1995 qu'une solution efficace serait d'incriminer cette corruption lorsque cela est conforme au système juridique national.

55. L'année qui vient de s'écouler a été marquée par plusieurs éléments importants du point de vue de l'incrimination de la corruption internationale. Le premier examen des mesures des pays Membres auquel a procédé le Groupe de travail a montré que dans un certain nombre de pays les lois pénales en vigueur peuvent s'appliquer, même si elles ne visent pas expressément la corruption d'agents publics étrangers. Plusieurs pays Membres de l'OCDE ont fait part de leur intention d'incriminer cette corruption dans un proche avenir. L'Union européenne prend actuellement des initiatives pour incriminer, à l'intérieur de l'Union, la corruption d'agents publics de l'UE et d'agents publics des États membres de l'UE. Le Conseil de l'Europe s'est lancé dans la mise au point de plusieurs instruments ayant pour but de coordonner l'action menée par ses pays membres pour lutter contre la corruption internationale. L'Union interparlementaire a adopté une déclaration énergique demandant aux gouvernements et aux parlements d'adapter leur

législation en vue de punir ou d'extrader les résidents qui corrompent les fonctionnaires étrangers et d'ériger en infraction le blanchiment du produit de la corruption. L'Organisation des États américains a adopté le 29 mars 1996 à Caracas, Venezuela, la Convention Inter-Américaine contre la corruption qui traite la corruption d'une façon générale y compris dans ses formes nationales et transnationales et, en partie, traite spécifiquement la corruption transnationale des agents public étrangers.

56. La réunion du Groupe de travail avec des responsables des poursuites en matière de corruption a renforcé la conviction que l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers serait un important moyen de dissuasion, de prévention et de répression pour combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales en permettant de poursuivre pénalement cette corruption. Elle améliorerait également en droit interne les bases de l'entraide judiciaire, autre approche préconisée dans la Recommandation. Elle faciliterait enfin la mise en oeuvre de la Recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin.

57. L'analyse conduite par le Groupe sur les solutions possibles pour incriminer la corruption d'agents publics étrangers montre que les pays pourraient disposer d'une certaine latitude, en fonction des différents systèmes juridiques. En même temps, le Groupe a souligné que l'incrimination devrait être efficace et coordonnée sur la substance. Il a travaillé sur plusieurs méthodes d'incrimination qui pourraient permettre de réprimer correctement ce type de corruption et qui sont décrites ci-dessus. La coordination peut également contribuer à assurer une situation de concurrence loyale entre les entreprises. Tous les pays devraient prendre ensemble des mesures efficaces dans un délai raisonnable, afin que les entreprises d'un pays ne soient pas lésées du fait que ce pays a agi plus rapidement que les autres. Cela veut dire que les pays doivent agir simultanément, non seulement en introduisant l'incrimination, mais aussi en appliquant efficacement les dispositions pénales pour réprimer la corruption active d'agents publics étrangers. Les mesures prises par les pays Membres pour incriminer et appliquer cette incrimination doivent être soumises à des procédures appropriées de suivi et de surveillance multilatérales.

58. A ses réunions de février et avril 1996, le Groupe de travail a envisagé trois moyens de coordonner les mesures nationales d'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers :

- Recommander aux pays Membres d'incriminer la corruption d'agents publics étrangers, sans autre précision, de façon que les pays Membres appliquent leurs principes de compétence et leurs règles de fond en la matière ;
- Recommander aux pays Membres d'incriminer la corruption d'agents publics étrangers, en précisant comment procéder (mesures d'harmonisation), afin d'éviter de trop grandes divergences qui pourraient être nuisibles sur le plan de l'efficacité ;
- Négocier une convention internationale, comportant une coopération judiciaire efficace, et définir notamment l'infraction et le fondement de la compétence en matière de poursuites.

59. Lors de la réunion du Groupe de travail des 11 et 12 avril, il a été convenu que l'incrimination de la corruption des agents publics étrangers devrait faire partie de l'arsenal des mesures permettant de combattre cette corruption. Certains délégués ont considéré qu'une recommandation simple qui appellerait les pays Membres à entreprendre une telle incrimination, en laissant à chaque pays le choix de la manière et du moment, n'apporterait pas une garantie suffisante de l'efficacité et de l'équité de l'effort multilatéral. Certains délégués ont considéré que seule une convention internationale pourrait permettre d'atteindre ces objectifs. D'autres délégués ont pensé qu'une recommandation s'appuyant sur un dispositif adéquat de suivi et de surveillance serait efficace.

60. Le Groupe de travail est parvenu aux conclusions suivantes :

- 1) Les pays Membres conviennent de la nécessité d'incriminer la corruption des agents publics étrangers de façon efficace et coordonnée, afin de combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales ;

A cette fin le CIME, par l'intermédiaire de son Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, devrait examiner de façon plus approfondie les modalités et les instruments internationaux appropriés afin de faciliter l'incrimination, en tenant compte des travaux menés dans d'autres enceintes ;

Des propositions devraient être soumises dans le cadre du réexamen de la Recommandation de 1994 qui aura lieu en 1997 ;

- 2) Les pays Membres devraient réexaminer leurs procédures en place afin d'assurer l'octroi d'une entraide judiciaire rapide et efficace pour les enquêtes relatives à la corruption ;
- 3) Les pays Membres devraient considérer l'inclusion de la corruption comme infraction principale dans leur législation sur le blanchiment de l'argent.
