



ONU DC

Office des Nations Unies
contre la drogue et le crime

État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption

Incrimination, détection et répression,
et coopération internationale
Deuxième édition



NATIONS UNIES

OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME
Vienne

**ÉTAT DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION
DES NATIONS UNIES CONTRE LA CORRUPTION**

**Incrimination, détection et répression,
et coopération internationale**

Deuxième édition



**NATIONS UNIES
Vienne, 2017**

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

© Nations Unies, janvier 2018. Tous droits réservés pour tous pays.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Les adresses et les liens vers des sites Internet mentionnés dans le présent document visent à faciliter la tâche du lecteur et sont exacts à la date de publication. L'Organisation des Nations Unies ne peut garantir qu'ils resteront valables dans l'avenir et décline toute responsabilité pour le contenu de sites Web externes.

Production éditoriale: Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

Remerciements

La présente étude a été réalisée par le Service de la lutte contre la corruption et la criminalité économique de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), en sa qualité de secrétariat de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption et dans l'accomplissement des tâches qui lui ont été assignées, à savoir aider les États Membres à ratifier et à appliquer la Convention, faciliter et appuyer le processus d'examen de l'application et fournir à la Conférence des États parties des informations sur les mesures prises et les difficultés rencontrées par les États en matière d'application, de manière à favoriser l'échange d'informations, de pratiques et de données d'expérience entre les États parties. Trois années (2013-2015) de travaux intensifs ont été nécessaires pour mener à terme l'étude initiale, sous la direction générale de M. Dimitri Vlassis, Secrétaire de la Conférence des États parties et Chef du Service de la lutte contre la corruption et la criminalité économique, et avec l'appui du personnel du Secrétariat. La présente édition de l'étude, qui est la deuxième, a été achevée en septembre 2017. Elle a été élaborée sur la base d'un ensemble de données plus important, à savoir les examens de pays réalisés dans le cadre du premier cycle du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

Le Secrétariat tient à remercier les auteurs de l'étude, Ioannis Androulakis, maître de conférences en droit pénal et procédure pénale à la faculté de droit de l'Université d'Athènes, et Stefano Betti, expert en justice pénale internationale.

Les fonctionnaires du Secrétariat ci-après ont apporté leurs précieuses contributions et orientations tout au long de l'élaboration du projet: Dimosthenis Chrysikos, Dorothee Gottwald, Oliver Landwehr, Tanja Santucci, Oliver Stolpe et Brigitte Strobel-Shaw. Il convient de remercier tout particulièrement M^{mes} Gottwald et Santucci, qui ont travaillé à la conceptualisation et à l'élaboration de l'étude en étroite coopération avec les auteurs.

L'étude s'appuie également sur les commentaires des experts chargés de procéder à son examen critique, à savoir Christine Uriarte (analyste juridique principale à la Division de lutte contre la corruption qui relève de la Direction des affaires financières et des entreprises de l'Organisation de coopération et de développement économiques) et Christophe Speckbacher (Chef de Section au Secrétariat du Groupe d'États contre la corruption du Conseil de l'Europe) ainsi que Jeanne Hauch, Jacinta Oduor, Larissa Alanna Grey, Ji Won Park et Francisca Fernando (Initiative pour le recouvrement des avoirs volés (StAR) de la Banque mondiale et de l'ONUDC).

Sommaire

Remerciements.....	iii
Résumé analytique.....	vii
Introduction.....	1
PREMIÈRE PARTIE: INCRIMINATION, DÉTECTION ET RÉPRESSION	5
Observations générales	5
A. Effets de l'application	5
B. Définition de l'“agent public” (article 2).....	7
Chapitre I: Incrimination.....	13
A. Corruption dans le secteur public.....	13
1. Corruption d'agents publics nationaux (article 15).....	13
2. Corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (article 16).....	30
B. Usage illicite de biens, trafic d'influence, abus de fonctions et enrichissement illicite.....	40
1. Soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public (article 17).....	40
2. Trafic d'influence (article 18).....	44
3. Abus de fonctions (article 19).....	49
4. Enrichissement illicite (article 20).....	53
C. Infractions dans le secteur privé	62
1. Corruption dans le secteur privé (article 21)	62
2. Soustraction de biens dans le secteur privé (article 22).....	67
D. Blanchiment d'argent et actes connexes.....	70
1. Blanchiment du produit du crime (article 23)	70
2. Recel (article 24)	82
E. Entrave au bon fonctionnement de la justice (article 25)	83
F. Dispositions à l'appui de l'incrimination	89
1. Responsabilité des personnes morales (article 26).....	89
2. Participation et tentative (article 27).....	97
3. Connaissance, intention et motivation en tant qu'éléments d'une infraction (article 28).....	100
4. Prescription (article 29).....	103
Chapitre II: Mesures propres à améliorer la justice pénale.....	107
A. Poursuites judiciaires, jugement et sanctions (article 30)	107
B. Gel, saisie et confiscation (article 31).....	131
C. Protection des témoins, des experts et des victimes (article 32)	149
D. Protection des personnes qui communiquent des informations (article 33).....	160
E. Conséquences d'actes de corruption (article 34).....	165
F. Réparation du préjudice (article 35).....	168

Chapitre III: Détection et répression.....	171
A. Dispositions institutionnelles	171
1. Autorités spécialisées (article 36).....	171
2. Coopération avec les services de détection et de répression (article 37)	177
3. Coopération entre autorités nationales (article 38).....	185
4. Coopération entre autorités nationales et secteur privé (article 39)	189
B. Autres dispositions.....	192
1. Secret bancaire (article 40).....	192
2. Antécédents judiciaires (article 41)	194
3. Compétence (article 42)	197
 DEUXIÈME PARTIE: COOPÉRATION INTERNATIONALE	 205
Observations générales	205
A. Portée.....	205
B. Modalités d'application	205
C. Tendances et difficultés en matière d'application.....	206
 Chapitre I: Extradition et transfèrement des personnes condamnées	 209
A. Extradition (article 44)	209
B. Transfèrement des personnes condamnées (article 45)	229
 Chapitre II: Entraide judiciaire et transfert des procédures pénales	 233
A. Entraide judiciaire (article 46).....	233
B. Transfert de procédures pénales (article 47).....	259
 Chapitre III: Coopération entre les services de détection et de répression.....	 261
A. Coopération entre les services de détection et de répression (article 48).....	261
B. Enquêtes conjointes (article 49)	266
C. Techniques d'enquête spéciales (article 50).....	267
 TROISIÈME PARTIE: TENDANCES RÉGIONALES	 273
Conclusion	283
Bibliographie.....	291

Résumé analytique

La création et la mise en œuvre du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption ont permis de recueillir, systématiser et diffuser une quantité inégalée d'informations utiles pour la réalisation des objectifs de la Convention. La présente étude, mise à jour, se fonde sur ces informations et analyse en détail l'application des chapitres III (Incrimination, détection et répression) et IV (Coopération internationale) de la Convention par les 156 États parties qui avaient été examinés au moment de sa rédaction dans le cadre du premier cycle du Mécanisme, qui a débuté en 2010. Plus précisément, l'étude: *a)* identifie et décrit les tendances et les caractéristiques de l'application des chapitres susmentionnés, en insistant sur les similitudes et les différences systématiques et, lorsque cela est possible, sur les similitudes et les différences régionales; *b)* souligne, d'une part, les succès et les bonnes pratiques et, d'autre part, les difficultés d'application, et présente une sélection d'exemples d'application considérés comme dignes d'intérêt ou représentatifs de la législation et des pratiques des États parties; et *c)* fournit un aperçu de l'interprétation dont fait l'objet la Convention et des divergences qui ont pu surgir d'un examen à l'autre.

L'étude recense les changements législatifs et institutionnels que les cadres de la lutte contre la corruption ont subis ces dernières années dans la plupart des États parties et qui ont permis de faire considérablement avancer la réalisation des objectifs de la Convention. La lutte contre la corruption semble figurer parmi les priorités absolues de nombreux gouvernements nationaux. Dans un nombre considérable de pays, la modification de la législation et les réformes structurelles ont produit des régimes d'incrimination cohérents et en grande partie uniformisés, des résultats tangibles en termes de capacités et d'actions de détection et de répression, ainsi que des cadres solides pour l'extradition, l'entraide judiciaire et la coopération en matière de détection et de répression. Dans de nombreux pays, ces évolutions en matière de législations et de politiques ont été amorcées directement à la suite du processus d'examen ou dans ce contexte. Il apparaît ainsi que la Convention et les rapports établis dans le cadre du Mécanisme d'examen de l'application ont déjà joué un rôle essentiel en insufflant le changement, et qu'ils continuent de servir de base à la mise en place de régimes efficaces de lutte contre la corruption.

Il reste cependant de nombreuses difficultés à surmonter, qui vont des problèmes les plus simples et des obstacles les plus concrets dus à un manque d'expérience, de ressources et de formation, à des problèmes techniques de formulation des dispositions relatives à l'incrimination ou d'incorporation d'éléments particuliers de la Convention dans des structures procédurales complexes.

Les lacunes se manifestent davantage dans l'application du chapitre III de la Convention, tant pour l'incrimination que pour la détection et la répression, car, dans ces domaines, la Convention exige des États qu'ils mettent en place un arsenal de mesures particulièrement large et varié. Au vu de ces exigences et de l'action concertée menée au niveau mondial ces dernières années pour lutter contre la corruption, plusieurs pays ont adopté de nouvelles lois pour s'acquitter de leurs obligations et améliorer leurs dispositions en matière de droit pénal et de procédure pénale. Ces nouvelles lois ont, par exemple, élargi l'éventail des infractions de corruption et alourdi les sanctions applicables; élargi la définition de l'expression "agent de la fonction publique"; instauré un régime régissant la responsabilité des personnes morales; réduit la portée des immunités; étendu la protection des témoins, des experts, des victimes et

des autres personnes communiquant des informations; et renforcé les mandats et fonctions des autorités spécialisées dans la lutte contre la corruption. Dans ce contexte, des concepts qui étaient nouveaux dans certains systèmes juridiques, tels que la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques, l'enrichissement illégitime et le gel du produit du crime, ont été analysés et intégrés avec succès au droit national. Les mesures annexes, concernant par exemple les conséquences d'actes de corruption et la réparation des préjudices, ont également été renforcées.

Malgré ces efforts, cependant, des questions importantes restent en suspens dans de nombreux pays, portant notamment sur l'application insatisfaisante des dispositions obligatoires aux termes de la Convention. Il s'agit non seulement des restrictions du champ d'application de certaines infractions (par exemple, les lacunes concernant l'incrimination de la corruption d'agents publics nationaux ou de l'entrave à la justice) et de l'absence de systèmes de sanction cohérents et dissuasifs, mais aussi de l'absence totale de mise en œuvre de certaines dispositions (notamment la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques, les dispositifs visant à identifier, localiser, geler, saisir et administrer les biens, et les mesures de protection des témoins). Des problèmes ont également été constatés concernant l'inefficacité apparente de la législation existante (par exemple, en matière de blanchiment d'argent ou d'établissement de la responsabilité des personnes morales). Ils sont en partie imputables aux obstacles que représentent les immunités et l'usage inapproprié des pouvoirs discrétionnaires pour les enquêtes et les poursuites. En matière de détection et de répression, les difficultés découlent surtout du manque d'efficacité, d'expertise, de capacités et d'indépendance des autorités spécialisées, mais aussi de l'insuffisance des mesures visant à promouvoir la coopération avec les services de détection et de répression et du manque de coordination et d'échanges d'informations entre les institutions, en particulier les organismes chargés de lutter contre la corruption. Les problèmes constatés dans l'application des dispositions non contraignantes de la Convention sont moins marqués mais tout aussi répandus.

L'application du chapitre IV semble plus simple et concrète, en partie parce qu'un certain nombre de pays peuvent appliquer directement la Convention, étant donné qu'une grande partie de ses dispositions sont automatiquement applicables. Une autre raison tient à l'expérience accumulée par de nombreux États parties dans le domaine de la coopération internationale, qui découle d'une pratique de longue date de ces questions. De nombreux pays ont également confirmé qu'ils respectaient un certain nombre de dispositions de la Convention (notamment en ce qui concerne la consultation d'autres pays dans le cadre de procédures d'entraide judiciaire) dans la pratique et au moyen d'arrangements ponctuels. En outre, les examens ont mis en évidence une tendance à l'assouplissement de certaines contraintes juridiques et procédurales pour la fourniture d'une assistance aux autorités étrangères. Par exemple, un allègement des exigences en matière de preuve dans les procédures d'extradition a été constaté dans un certain nombre d'examen. L'interprétation de l'exigence de double incrimination fondée sur l'acte constituant l'infraction est un autre exemple. Enfin, un grand nombre d'États parties semblent être disposés à accepter les demandes présentées dans d'autres langues que leurs langues officielles.

Les difficultés majeures liées au chapitre IV semblent être d'ordre opérationnel. Dans ce domaine, un certain nombre d'obstacles sont liés aux ressources limitées et aux connaissances techniques disponibles sur le recours à la vidéoconférence aux fins de l'entraide judiciaire ou l'utilisation de techniques d'enquête spéciales, dans le cadre d'enquêtes nationales ou pour l'exécution de demandes adressées par d'autres États. Les examens ont également mis en évidence le recours limité à un certain nombre de mécanismes prévus par la Convention. Ainsi, peu d'États utilisent directement la Convention comme fondement juridique autonome

en matière d'extradition, et ils sont moins nombreux encore à avoir recours au transfert de procédures pénales comme modalité de coopération internationale.

De nombreuses recommandations relatives à l'adoption de nouvelles dispositions et lois ont été formulées au cours des examens. Elles concernent notamment la possibilité de consolider et de clarifier la législation en vigueur dans le cadre des réformes juridiques en cours et d'adopter des cadres législatifs autonomes comprenant des mesures de lutte contre la corruption. Dans de nombreux cas, les recommandations portaient sur l'allocation des ressources et les capacités des organes et institutions chargés de la lutte contre la corruption, le renforcement de la coopération des services de détection et de répression et de la coordination inter-institutionnelle, la création de systèmes adaptés de collecte de données ou de typologies de jurisprudence, la simplification des procédures de coopération internationale et la promotion d'un dialogue ouvert entre les pays.

Introduction

La création et la mise en œuvre d'un processus intergouvernemental efficace d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹ constituent à de nombreux égards une importante réussite. Le Mécanisme d'examen de l'application de la Convention témoigne avec force de l'engagement des États parties à prévenir et combattre efficacement la corruption au niveau mondial, mais aussi de leur détermination à empêcher que la Convention ne soit un instrument purement symbolique. Il atteste de l'importance capitale que les États accordent au suivi approprié de l'application des instruments juridiques internationaux, même lorsque leur portée est aussi large et universelle que celle de la Convention contre la corruption. De plus, il permet de recueillir, systématiser et diffuser une quantité inégalée d'informations utiles pour la réalisation des objectifs de la Convention, en tirant parti de l'expérience acquise et des enseignements recueillis par des États dont les traditions juridiques et les niveaux de développement économique et institutionnel diffèrent d'une région à l'autre du monde.

Les modalités d'un mécanisme d'application concret ne figuraient pas dans le texte même de la Convention. Toutefois, la définition des caractéristiques que devrait présenter un tel mécanisme a suscité d'intenses débats lors des négociations relatives à l'instrument et la plupart des délégations ont jugé préférable de suivre le modèle de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, à savoir établir une conférence des parties dotée d'un mandat suffisamment général et laisser à cette conférence le soin d'arrêter les détails et les procédures². C'est ainsi que l'article 63 de la Convention énonce les principes de base d'une Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption. La Conférence des États parties a été convoquée pour la première fois en 2006. Elle a expressément pour mandat d'améliorer la capacité des États parties à atteindre les objectifs énoncés dans la Convention et de renforcer leur coopération à cet effet, ainsi que de promouvoir et d'examiner l'application de la Convention. Conformément au paragraphe 7 de cet article, elle est habilitée à créer, si elle le juge nécessaire, tout mécanisme ou organe approprié pour faciliter l'application effective de la Convention. En outre, le paragraphe 5 prévoit que la Conférence s'enquière de l'application de la Convention en utilisant les informations que les États parties communiquent par le biais d'un tel mécanisme d'examen.

Après avoir examiné plusieurs mécanismes de suivi possibles, y compris les méthodes d'examen utilisées dans le cadre d'autres instruments régionaux, sectoriels et internationaux³, et après avoir évalué les résultats d'un programme pilote volontaire lancé par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) pour l'examen de l'application de la Convention dans un nombre limité de pays⁴, la Conférence, à sa troisième session tenue à

¹ La Convention, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 58/4 du 31 octobre 2003, est entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

² *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.13 et rectificatifs), chap. VII, par. 3 (p. 585).

³ Voir le document d'information établi par le Secrétariat intitulé "Méthodes d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la Corruption" (CAC/COSP/2006/5 et Corr.1); le document d'information établi par le Secrétariat intitulé "Paramètres pour définir un mécanisme d'examen pour la Convention des Nations Unies contre la corruption" (CAC/COSP/2008/10); et le document de séance intitulé "Results of the informal consultations on the implementation of the United Nations Convention against Corruption held in Lisbon from 22 to 24 March 2006 and in Buenos Aires from 30 October to 1 November 2006" (CAC/COSP/2006/CRP.2).

⁴ Voir le document d'information établi par le Secrétariat intitulé "Bilan du programme d'examen pilote" (CAC/COSP/2008/9); et la note du Secrétariat sur les bonnes pratiques et les enseignements tirés de la mise en œuvre du programme (CAC/COSP/2009/CRP.8).

Doha en novembre 2009, a adopté les termes de référence du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention et créé le Groupe d'examen de l'application chargé de superviser le processus d'examen sous son autorité⁵. Le fort élan grâce auquel la Convention avait vu le jour a permis aux États parties de conclure avec succès les consultations sur la question et d'opter pour une méthode d'examen véritablement transparente, collaborative et pragmatique: chaque État partie est examiné par deux autres États parties, dont un appartient à la même région géographique et a, dans la mesure du possible, un système juridique semblable. Les experts gouvernementaux des États examinateurs effectuent, conformément à un ensemble de lignes directrices approuvé par le Groupe d'examen de l'application, un examen préalable des réponses à une liste de contrôle détaillée pour l'auto-évaluation et de toute information complémentaire communiquée par l'État partie examiné. Cet examen préalable est complété par d'autres moyens de dialogue direct, comme une visite de pays ou une réunion conjointe à l'Office des Nations Unies à Vienne. Ce processus aboutit à l'établissement d'un rapport d'examen de pays, qui est finalisé par accord entre les États parties examinateurs et l'État partie examiné⁶.

Lors de l'élaboration des termes de référence du Mécanisme, la Conférence des États parties a noté en particulier le paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention, qui dispose que les États parties exécutent leurs obligations au titre de la Convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États. Il a donc été décidé, dès le début, que le processus d'examen serait de nature technique et qu'il devrait être non intrusif, non exclusif et impartial, n'établir aucune forme de classement et n'être ni accusatoire ni punitif. Le Mécanisme applique en effet une approche intrinsèquement positive et n'entend pas évaluer les résultats ou critiquer la manière dont la Convention est appliquée. Son objectif est d'aider les États parties à appliquer les principes de la Convention. Il vise donc à trouver les moyens d'encourager et de soutenir les actions nationales de lutte contre la corruption, par exemple en donnant la possibilité d'échanger des bonnes pratiques, ainsi qu'à déceler, au stade le plus précoce possible, les difficultés rencontrées par les États parties pour s'acquitter des obligations qui leur incombent et à définir les besoins d'assistance technique. Dans cet esprit, le produit final de chaque examen contient généralement les recommandations, conclusions ou suggestions des experts, qui sont étudiées et arrêtées d'un commun accord avec le pays examiné, ainsi que les plans ou engagements éventuellement définis par le pays examiné⁷.

⁵Résolution 3/1 de la Conférence des États parties à la Convention (figurant dans le document CAC/COSP/2009/15). Pour le processus qui a abouti à la création du Mécanisme, voir la résolution 1/1 de la Conférence des États parties (figurant dans le document CAC/COSP/2006/12); la résolution 2/1 de la Conférence des États parties (figurant dans le document CAC/COSP/2008/15); le rapport sur la réunion du Groupe de travail d'experts intergouvernemental à composition non limitée chargé d'examiner l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption tenue à Vienne du 29 au 31 août 2007 (CAC/COSP/2008/3); le Rapport du Secrétariat intitulé "Travaux du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé d'examiner l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption" (CAC/COSP/2009/2); et la note du Secrétariat intitulée "Recommandations du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur l'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption" (CAC/COSP/2009/6).

⁶Outre les termes de référence, voir les lignes directrices à l'usage des experts gouvernementaux et du secrétariat pour la conduite des examens de pays et l'esquisse des rapports d'examen de pays et des résumés analytiques (CAC/COSP/IRG/2010/7, annexe I); la note du Secrétariat intitulée "Vue d'ensemble du processus d'examen" (CAC/COSP/2011/8); les notes du Secrétariat sur les rapports sur l'état d'avancement de l'exécution des mandats du Groupe d'examen de l'application (CAC/COSP/IRG/2012/4, CAC/COSP/IRG/2013/4, CAC/COSP/2013/13, CAC/COSP/IRG/2014/4, CAC/COSP/IRG/2015/2, CAC/COSP/IRG/2016/2 et CAC/COSP/IRG/2017/2, ainsi que CAC/COSP/IRG/2015/CRP.15); et les notes du Secrétariat intitulées "Examen de la performance du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption" (CAC/COSP/IRG/2014/12, CAC/COSP/IRG/2015/3 et CAC/COSP/2015/6).

⁷Pour le libellé et la typologie des recommandations formulées dans les rapports d'examen, voir le rapport établi par le Secrétariat qui présente un aperçu thématique des recommandations relatives à l'application des chapitres III et IV de la Convention (CAC/COSP/IRG/2014/10).

Les phases, les cycles et la durée ainsi que la portée, la séquence thématique et les modalités du processus d'examen sont fixés par la Conférence des États parties. À sa troisième session, la Conférence a décidé que chaque phase d'examen de l'application comprendrait deux cycles, d'une durée de cinq ans chacun, et qu'un quart des États parties seraient examinés pendant chacune des quatre premières années de chaque cycle. Le premier cycle, portant sur les chapitres III (Incrimination, détection et répression) et IV (Coopération internationale), a débuté en 2010. Conformément aux paragraphes 35 et 44 des termes de référence, le Secrétariat a régulièrement présenté au Groupe d'examen de l'application des rapports thématiques sur l'application et des additifs régionaux supplémentaires, en vue de compiler les informations les plus courantes et pertinentes sur les succès obtenus, les bonnes pratiques adoptées, les problèmes rencontrés et les observations figurant dans les rapports d'examen de pays, organisées par thèmes.

Le premier cycle quinquennal de la procédure d'examen est parvenu à son terme en 2015. En novembre de cette année-là, la Conférence des États parties a tenu sa sixième session à Saint-Petersbourg (Fédération de Russie). Par sa résolution 6/1, adoptée à cette session, elle a lancé le deuxième cycle d'examen, qui porte sur les chapitres II (Mesures préventives) et V (Recouvrement d'avoirs). Comme on pouvait s'y attendre, toutefois, certains examens de pays du premier cycle se sont poursuivis ou ont été engagés après le lancement du deuxième cycle, en raison de retards dans le processus et de la ratification de la Convention ou de l'adhésion à cet instrument par de nouveaux États. La grande majorité des examens du premier cycle sont à présent achevés, ce qui est l'occasion de procéder à une évaluation générale et plus représentative de l'état de l'application des chapitres III et IV examinés lors du premier cycle, évaluation qui fait partie des instruments permettant d'enrichir les connaissances des acteurs de la lutte contre la corruption, de saisir pleinement le sens des dispositions de la Convention, d'actualiser les politiques et priorités de lutte contre la corruption et de créer un critère de référence global à l'aune duquel détecter les tendances futures et mesurer les progrès⁸.

La présente étude s'appuie sur les rapports thématiques susmentionnés et fournit une analyse détaillée de l'application des chapitres III et IV de la Convention par les États parties examinés au cours du premier cycle. Une première version de l'étude⁹ a été présentée à la sixième session de la Conférence des États parties, sur la base des informations contenues dans les rapports d'examen des 68 États parties qui étaient disponibles à l'époque¹⁰. La présente édition actualise cette première version de l'étude, comme l'a demandé la Conférence au paragraphe 11 de sa résolution 6/1, et étudie plus avant les conclusions et résultats, en se fondant sur les informations figurant dans les rapports d'examen des 156 États parties qui avaient été achevés ou étaient sur le point de l'être au moment de sa rédaction.

Plus précisément, la présente étude a été élaborée dans les buts suivants:

a) Identifier et décrire les tendances et les caractéristiques de l'application des chapitres III et IV de la Convention, en insistant sur les similitudes et les différences systématiques et, lorsque cela est possible, sur les similitudes et les différences régionales. En résumant les différentes solutions qui existent pour appliquer les principes et exigences de la Convention, l'étude présente aux États parties diverses possibilités d'action qui s'offrent à eux;

⁸Plusieurs États ont indiqué qu'un tel produit de fin de cycle était nécessaire; voir par exemple le document CAC/COSP/2015/6 (par. 8).

⁹ONUDC, 2^e édition (Vienne, 2012).

¹⁰Nations Unies (New York, 2015).

b) Souligner, d'une part, les succès et les bonnes pratiques et, d'autre part, les difficultés d'application afin de faciliter et rationaliser les efforts déployés par les États parties pour appliquer la Convention. L'étude vise à cerner les difficultés et les obstacles, notamment pour ce qui a trait aux lacunes législatives et aux problèmes d'application et, dans une moindre mesure, en ce qui concerne les capacités, les ressources et la formation et d'autres aspects pratiques similaires. Pour plus de commodité, les pratiques ou les problèmes les plus intéressants concernant chaque disposition sont signalés séparément (dans des encadrés et à la fin de chaque disposition). Des exemples d'application issus des examens n'ayant pas nécessairement été recensés comme étant des bonnes pratiques mais considérés comme des exemples intéressants, éloquentes ou représentatifs de la législation et de la pratique des États parties ont également été mis en relief. L'étude ne porte pas sur les questions d'assistance technique;

c) Fournir – dans la mesure du possible et en tenant pleinement compte du *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, du *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*¹¹, des *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption* et de divers autres documents de l'Organisation des Nations Unies ayant trait à l'application de la Convention – un aperçu des commentaires explicatifs sur l'application des dispositions de la Convention, à partir des observations et conclusions instructives des États parties examinés et des experts gouvernementaux qui ont contribué aux rapports d'examen de pays. À cette fin, l'étude comprend des remarques sur la manière dont les acteurs susmentionnés interprètent les concepts de la Convention, ainsi que sur l'intention législative de chaque disposition.

L'étude est structurée en trois parties. La première partie, qui porte sur le chapitre III de la Convention, est divisée selon les chapitres suivants: Incrimination, Mesures propres à améliorer la justice pénale et Détection et répression. La deuxième partie de l'étude, qui couvre le chapitre IV de la Convention, est divisée selon les chapitres suivants: Extradition et transfèrement des personnes condamnées, Entraide judiciaire et transfert des procédures pénales et Coopération entre les services de détection et de répression. La troisième partie contient un additif régional, qui met en évidence certaines des principales caractéristiques et tendances observées par les pays appartenant aux cinq groupes régionaux officiels de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne l'application des chapitres III et IV de la Convention.

¹¹ ONUDC et Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice (Vienne, 2009).

PREMIÈRE PARTIE: INCRIMINATION, DÉTECTION ET RÉPRESSION

Observations générales

A. Effets de l'application

En ratifiant la Convention des Nations Unies contre la corruption, les États parties ont pris l'engagement important de lutter contre la corruption et de mettre en œuvre les réformes nécessaires dans leurs cadres juridiques et institutionnels nationaux, même si, parfois, les progrès observés sont lents. Plusieurs pays ont élaboré ou adopté de nouvelles lois pour s'acquitter de leurs obligations en matière d'incrimination, de détection et de répression, conformément au chapitre III de la Convention, par exemple en prévoyant des peines plus nombreuses et plus sévères pour les infractions de corruption; en alignant leur définition nationale des "agents publics" sur l'article 2 de la Convention et, en particulier, en veillant à ce que les parlementaires soient traités selon les mêmes modalités que les autres agents publics; en introduisant l'infraction de corruption d'agents étrangers; en incriminant les activités d'autoblanchiment; en instaurant un régime juridique de la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions établies en vertu de la Convention; en élargissant les mesures de protection des témoins et des victimes; et en renforçant les mandats et fonctions des autorités spécialisées dans la lutte contre la corruption. Dans ce contexte, des concepts qui étaient nouveaux dans certains systèmes juridiques, tels que "l'enrichissement illicite", ont fait l'objet d'une analyse afin que les États parties puissent mieux en comprendre la teneur et ainsi appliquer plus facilement les dispositions correspondantes de la Convention.

Outre les mesures d'application susmentionnées, la Convention a donné lieu à des efforts concertés et considérables pour évaluer les régimes des États parties en matière de lutte contre la corruption, cerner les domaines où les capacités nationales sont insuffisantes et planifier les actions à entreprendre. Par exemple, dans un certain nombre de pays, des plans d'action détaillés pour mettre en œuvre la Convention ont été approuvés par les pouvoirs publics; ils prévoient notamment des mesures telles que l'élaboration de feuilles de route pour l'application de la Convention ou la création de groupes de travail spécialisés constitués de représentants des différentes branches de l'État, des milieux universitaires et de la société civile. Dans un autre État, les autorités ont lancé un projet de gouvernance et de lutte contre la corruption afin de se doter de la législation et des institutions nécessaires pour assurer le respect de la Convention. Ce projet s'appuie sur une série de groupes de travail, dont une équipe d'examen de l'application de la Convention chargée, entre autres, d'évaluer l'état de la mise en œuvre de ses dispositions; de recenser les problèmes rencontrés et les succès obtenus; et d'identifier les domaines dans lesquels des progrès pourraient être réalisés rapidement pour promouvoir les capacités nationales.

Des initiatives de cette nature voient également le jour avec l'appui d'organisations internationales ou d'organismes d'aide au développement de certains pays. Par exemple, l'organisme de coopération technique d'un pays a octroyé un financement à un certain nombre d'États parties afin que ceux-ci puissent mener leur propre analyse des lacunes en ce qui concerne la Convention, ce qui leur a permis d'unir leurs efforts et de mettre en commun leurs

données d'expérience¹². L'ONU DC, en particulier, a fourni aux États parties qui en avaient fait la demande une vaste assistance technique en matière de législation et de renforcement des capacités, durant le processus d'examen ou dans le cadre de programmes thématiques et régionaux complémentaires, et a mis au point plusieurs outils pour faciliter l'application de la Convention, notamment une bibliothèque juridique en ligne renfermant de la législation et de la jurisprudence en matière de lutte contre la corruption, des études de cas, des guides et des analyses de politique¹³. Enfin, l'organisation de grandes manifestations, telles que, outre les sessions de la Conférence des États parties et du Groupe d'examen de l'application, des conférences régionales et internationales sur l'application de la Convention¹⁴, contribue à promouvoir les objectifs de la Convention.

Il va de soi que ces avancées ne se sont pas produites en vase clos; elles sont venues renforcer les systèmes pénaux et les mécanismes de lutte contre la corruption existants. De nombreux pays avaient déjà déployé des efforts considérables pour réformer leurs systèmes juridiques afin de traiter les problèmes de corruption, en prévision des examens dont ils feraient l'objet mais aussi parce qu'ils participent à d'autres initiatives internationales et régionales axées sur les questions de corruption, par exemple dans le cadre du Conseil de l'Europe, de l'Organisation des États américains, de l'Union européenne, de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), du Groupe d'action financière et d'organismes régionaux du même type, de l'Union africaine, de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest et de la Communauté de développement de l'Afrique australe. Toutefois, parce qu'elle est l'outil le plus complet mais aussi le seul instrument international ayant une portée véritablement globale dans ce domaine, la Convention vient compléter les cadres juridiques qui sont à la disposition des États parties et constitue un moyen d'encourager fortement ces derniers à faire avancer et aboutir leurs réformes en matière de lutte contre la corruption. Ainsi, grâce à ce processus continu d'adhésion des pays aux grands traités internationaux de lutte contre la corruption et à d'autres mécanismes de suivi en la matière, dont la ratification de la Convention et la participation au Groupe d'examen de son application constituent une étape majeure, l'incrimination de toute une série d'actes liés à la corruption apparaît, dans les examens de certains États parties, comme un atout particulièrement solide des législations nationales.

D'une manière générale, les efforts déployés au niveau national pour renforcer la législation pénale contre la corruption ont été salués, et les autorités nationales ont été invitées à poursuivre ces efforts en vue d'améliorer encore leurs normes anticorruption. Ces autorités ont notamment été invitées à ne pas se reposer uniquement sur les évaluations externes dans le cadre des différents mécanismes de lutte contre la corruption, mais à mener aussi des évaluations internes formelles de l'efficacité des mesures de mise en œuvre de la Convention¹⁵. Dans certains États possédant des territoires autonomes ou semi-autonomes, il a été porté à l'attention des autorités qu'elles devraient s'employer à élargir l'application de la Convention

¹²Voir le document d'information sur la coopération Sud-Sud dans le cadre de la lutte contre la corruption établi par le Secrétariat (CAC/COSP/2009/CRP.6), par. 62.

¹³On trouvera un aperçu des très nombreuses activités d'assistance technique que l'ONU DC réalise pour appuyer la mise en œuvre de la Convention dans les documents CAC/COSP/2011/10 et Corr.1, CAC/COSP/2012/3, CAC/COSP/2013/2 et Corr.1, CAC/COSP/2013/4, CAC/COSP/IRG/2014/2, CAC/COSP/2015/2, CAC/COSP/2015/8 et CAC/COSP/IRG/2016/11, et CAC/COSP/IRG/2016/11, ainsi que dans le document de conférence CAC/COSP/IRG/2011/CRP.7. Voir également la note du Secrétariat sur l'impact du Mécanisme d'examen de l'application (CAC/COSP/2013/14) et le document de l'ONU DC intitulé "Thematic Programme: Action against corruption, economic fraud and identity-related crime (2012-2015)" (Vienne, 2012).

¹⁴Voir, par exemple, le document d'information sur la coopération Sud-Sud dans le cadre de la lutte contre la corruption établi par le Secrétariat (CAC/COSP/2011/CRP.2), par. 46 et le communiqué de Maurice sur la Conférence mondiale sur la réforme du système de lutte contre la corruption dans les petits États insulaires (CAC/COSP/2015/CRP.10).

¹⁵Dans ce contexte, voir également Pauline Tamesis et Samuel De Jaegere, dir. publ.: "Guidance note: UNCAC self-assessments-going beyond the minimum" (Bangkok, Programme des Nations Unies pour le développement, 2010).

à toutes les régions se trouvant sous leur contrôle souverain. En outre, il a été recommandé aux États présentant une structure fédérale de mener une étude comparative de la législation au niveau fédéral et à l'échelon des États sur des questions ayant trait aux mesures de lutte contre la corruption et, là où il existe des différences, de veiller à établir un dialogue entre le gouvernement fédéral et les États afin d'appliquer la Convention à tous les niveaux.

Enfin, on a dûment souligné la nécessité d'assurer la complémentarité, la cohérence, la robustesse et l'homogénéité au sein du cadre juridique de lutte contre la corruption dans son ensemble. Comme il ressort du processus d'examen de l'application, des modifications précipitées et excessives de la législation sont susceptibles de déboucher sur des incohérences et des incertitudes juridiques et risquent d'avoir un effet opposé à celui visé par les prescriptions de la Convention relatives à l'incrimination. C'est d'autant plus vrai dans les cas où les cadres législatifs nationaux consistent en la rencontre, d'une part, de dispositions internes antérieures à la ratification de la Convention et d'autres instruments internationaux sur la lutte contre la corruption et, d'autre part, de nouvelles normes ancrées dans ces instruments, qui adoptent une approche différente. La coexistence de ces dispositions, qui présentent un certain degré de chevauchement et qui, dans certains cas, intègrent des conditions de fond différentes, pourrait soulever des problèmes de compatibilité et de cohérence. Par conséquent, il est recommandé aux États parties dont les régimes juridiques sont morcelés, compliqués et présentent des chevauchements d'envisager de regrouper et de simplifier les différentes dispositions qui visent les actes de corruption, et de clarifier les principes d'interprétation applicables.

B. Définition de l'“agent public” (article 2)

Le principal problème transversal que pose l'application du chapitre III concerne la portée du terme “agent public”. Il convient de déterminer comment les États parties définissent les “agents publics” aux fins des infractions de corruption, et si les définitions nationales sont conformes aux dispositions de l'alinéa a de l'article 2 de la Convention.

Les différents concepts utilisés pour définir l'agent public

Les États parties utilisent différentes méthodes (qui se distinguent à peine) pour définir l'“agent public”. La plupart d'entre eux ont défini explicitement ce terme dans la législation (le plus souvent le Code pénal) qui est généralement utilisée, non seulement pour les infractions de corruption, mais aussi pour toutes les infractions liées à l'exercice de fonctions officielles. Dans la plupart des cas, cette définition s'applique à toute personne qui exerce une fonction publique, qui remplit des devoirs publics, qui est investie d'une mission publique, qui occupe un poste officiel à responsabilité ou à laquelle des charges publiques ont été confiées, que cette personne ait été élue ou nommée, qu'elle soit rémunérée ou non et qu'elle exerce sa fonction à titre permanent ou temporaire. Dans ce type de définition, la question n'est pas de savoir sous quel statut juridique une personne s'acquitte de certaines tâches au sein de la fonction publique. Le critère véritablement déterminant est qu'elle accomplit des tâches relevant de l'État, indépendamment de la nature de la relation contractuelle qu'elle entretient avec le secteur public. Dans de rares cas, la loi vise également les agents qui occupent des fonctions de direction, exercent un pouvoir décisionnel, ont le droit d'administrer des biens ou des fonds publics, ou occupent un poste qui implique une responsabilité spécifique de conservation, de gestion, de supervision, de contrôle, d'enquête ou de répression au sein d'une entité publique, auquel cas des peines plus sévères sont appliquées.

Exemples d'application

Bien qu'ils n'aient pas recours à une définition claire du terme "agent public", deux États parties prévoient dans les dispositions régissant les infractions de corruption, et dans les mêmes termes, que les avantages doivent être destinés à une "personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public".

Dans un autre État, bien que le Code pénal ne contienne pas de définition autonome du terme "agent public", la portée exacte de cette expression a été fixée dans le cadre de la jurisprudence établie. Ainsi, ce terme s'entend comme désignant toute personne nommée par les autorités publiques à une fonction publique en vue de s'acquitter d'une partie des missions de l'État ou de ses organes. La question de savoir si l'intéressé relève de la catégorie des agents publics au regard de la législation du travail est indifférente. En revanche, il est essentiel que la personne ait été nommée sous l'autorité et la responsabilité des pouvoirs publics à une fonction dont le caractère public est incontestable. Outre l'application des critères précités, la loi prévoit expressément que le terme englobe également les membres des organes représentatifs, les arbitres et toutes les personnes appartenant aux forces armées.

Certains pays qui mettent l'accent sur l'exercice de fonctions publiques, comme décrit ci-dessus, excluent souvent les employés de l'État qui n'accomplissent que des activités de bureau ou des tâches manuelles sans avoir d'autorité décisionnelle substantielle. C'est par exemple le cas d'un État où la loi exclut du champ d'application de l'infraction de corruption les personnels administratifs qui exécutent des "travaux de type services". Cette disposition vise spécifiquement les personnes n'ayant pas de pouvoirs discrétionnaires ou de pouvoirs de disposer de fonds publics et qui, bien qu'étant employées dans des unités organisationnelles de l'administration publique, accomplissent des tâches qui ne sont en aucune manière liées aux actes d'autorité ou de pouvoir. Si les examinateurs n'ont pas directement contesté ces exceptions, il a été noté que celles-ci pourraient créer des difficultés dans l'interprétation et des failles dans l'application des dispositions relatives à la corruption. Par conséquent, il a été recommandé qu'elles soient modifiées ou que les États veillent à ce qu'elles soient interprétées de manière cohérente, afin de s'assurer qu'elles n'aboutissent pas à l'exclusion d'actes ou d'omissions en rapport avec l'exercice de fonctions officielles visées par la Convention.

Une deuxième méthode, adoptée par un plus petit groupe d'États parties, consiste à ne pas utiliser la définition "fonctionnelle" exposée ci-dessus et à opter pour une énumération plus détaillée des différentes catégories d'employés relevant de la notion de "fonctionnaire" ou d'"agent public", ou des organismes publics pour lesquels une personne doit travailler afin d'être considérée comme un agent public. Il est intéressant de noter que certains pays du premier groupe utilisent également des listes exhaustives d'institutions ou de leurs employés qui peuvent être poursuivis pour des infractions de corruption; ces listes sont destinées à compléter la définition fonctionnelle utilisée pour les infractions commises au cours de l'exercice de fonctions officielles. Cette méthode semble offrir davantage de garanties que toutes les catégories possibles de personnes sont prises en compte, conformément à ce qui est envisagé par la Convention. Toutefois, le recours à de simples listes de postes ou d'agents risque d'être insuffisant. Les États parties devraient étudier la possibilité de définir l'expression "agent public" en fournissant au moins quelques critères généraux qui permettent de distinguer les personnes en question (par exemple, la nature de leurs fonctions ou la procédure de nomination applicable) sans s'appuyer exclusivement sur une énumération exhaustive, étant donné que certaines catégories de personnes exerçant des fonctions publiques ou fournissant des services publics risqueraient de ne pas correspondre à une telle définition.

Enfin, certains États parties ne font pas de distinction entre les agents publics et les employés du secteur privé aux fins des infractions de corruption. Quelques-uns de ces pays possèdent des lois utilisant les termes “agent” ou “fonctionnaires” (personne chargée d’une fonction), qui englobent les agents publics ainsi que les cadres et les employés du secteur privé ou leurs représentants ou quiconque est employé ou remplit une fonction, auquel cas cette fonction peut résulter de tout type d’accord, de contrat, d’élection, de mission ou de mandat. Dans au moins huit autres États parties, la loi, suivant en cela un concept traditionnel de la *common law*, utilise le terme anglais “agent” (mandataire) pour désigner toutes les personnes travaillant ou agissant pour le compte d’un tiers, en quelque qualité que ce soit. Toutefois, dans certains de ces cas, il semble que d’autres termes comme “fonctionnaire” (“public servant”), “agent de la fonction publique” (“public official”, “public officer”) ou “agent d’une entité publique” (“officer in a public body”) soient également employés aux fins des infractions de corruption et d’autres infractions connexes, situation qui risque de donner lieu à un emploi incohérent de la terminologie et a en général débouché sur des recommandations visant à remédier à ce problème.

Dans une version plus avancée du concept uniforme susmentionné, d’autres États parties ont opté pour une solution rendant inutile toute définition du terme “agent public”: leur législation englobe toute personne bénéficiant d’un avantage indu soit en rapport avec un poste, une fonction ou une mission, soit en rapport avec la passation d’un marché d’intérêt général. Dans un cas, les termes “poste, fonction ou mission” ont une portée très vaste et englobent tout type d’emploi, de fonction ou de mission remplis pour des employeurs ou des clients du secteur public ou du secteur privé, y compris les personnes remplissant des fonctions politiques, des fonctions au sein de conseils ou des fonctions honorifiques; les titulaires de fonctions au sein d’associations, de syndicats et d’organisations; les parlementaires, les conseillers locaux et autres élus; ainsi que les juges et les arbitres. Dans un autre cas, le “marché d’intérêt général” est défini comme un intérêt qui dépasse le cadre des droits et des intérêts des individus, et est important pour la société. En raison de cette approche conceptuelle, le fait que la personne corrompue agisse en qualité d’agent public ne sera pas l’élément déterminant pour savoir si l’infraction de corruption est constituée. Il est vrai cependant qu’une peine plus lourde pourrait être prononcée lorsqu’il apparaît que l’auteur de l’infraction tente de corrompre ou corrompt effectivement une personne agissant en cette qualité.

De la même manière, dans un autre État, les bénéficiaires de l’acte de corruption, qu’ils occupent un poste dans le secteur public ou privé, sont définis sur la base de la fonction ou de l’activité à laquelle se rapporte l’acte de corruption. Parmi les fonctions ou activités prises en compte aux fins des infractions figurent les fonctions à caractère public, les fonctions en lien avec une activité commerciale, toute activité exercée dans le cadre de l’emploi d’une personne ou toute activité exercée par un groupe de personnes ou en leur nom, dans la mesure où l’intéressé est censé exercer l’activité ou la fonction en toute bonne foi ou en toute impartialité ou occupe un poste de confiance en raison de cette activité ou fonction. Il a été conclu que, même si elles ne sont pas habituelles, ces descriptions génériques des critères à remplir pour satisfaire à la norme fonctionnelle concernant le bénéficiaire d’un acte de corruption couvrent tous les cas prévus par la Convention.

Pour une proportion importante d’États parties (soit environ un cinquième des pays examinés), il a été conclu que les lois applicables ne couvraient pas toutes les catégories de personnes visées par la Convention (telles que les ministres, les agents judiciaires, les agents subalternes de la fonction publique et les fonctionnaires non rémunérés) ou utilisaient une terminologie incohérente pour définir la catégorie des agents visés. Pour ne citer que quelques exemples, dans un cas, il a été déclaré que le terme “agent public”, utilisé dans la législation relative aux infractions de corruption, désignait “une personne qui travaille pour l’État” sans

plus de précisions, tandis que dans un autre cas, les termes “agent” et “agent responsable” étaient employés sans lien clair entre les deux. En ce qui concerne l’infraction d’abus de fonctions, en particulier, il a été noté que, dans un État, les poursuites aboutissaient souvent à des acquittements, les tribunaux ayant en effet pour pratique d’exonérer de responsabilité toute une série de personnes qui n’étaient pas des “agents” selon eux; une nouvelle approche du droit pénal était donc nécessaire.

Dans ce contexte, il est conseillé aux États parties d’éviter les définitions multiples ou croisées dont les contenus divergent et qui figurent dans plusieurs textes de loi différents (par exemple, le Code pénal et une loi spécifiquement axée sur la lutte contre la corruption), car elles risquent de poser des problèmes de cohérence et de susciter des doutes quant aux termes applicables. En pareils cas, il pourrait être utile d’harmoniser les diverses définitions et de formuler un concept d’agent public basé sur le rôle de l’individu, qui s’appliquerait de manière générale à toute la législation pénale sur la lutte contre la corruption.

Membres de l’appareil judiciaire

Les États parties ne considèrent pas tous que les membres de l’appareil judiciaire occupent une position égale ou équivalente à celle d’un agent public ordinaire. Aussi, dans certains cas, des infractions de corruption distinctes s’appliquent-elles uniquement aux juges, aux procureurs, aux jurés, aux arbitres et à d’autres personnes qui participent au processus judiciaire (voire parfois également aux agents de police). Généralement (mais pas toujours), ces infractions sont passibles de peines plus lourdes par rapport aux infractions générales de corruption. Signe de la position prédominante que la corruption (notamment passive) des juges occupe de longue date au sein de la législation pénale dans ce domaine, cette pratique ne va pas pour autant à l’encontre des dispositions de la Convention. Toutefois, il convient de se montrer prudent: étant donné que l’alinéa a de l’article 2 traite spécifiquement des personnes qui détiennent un mandat judiciaire, toute infraction spéciale de ce type devrait inclure tous les éléments des infractions établies conformément à la Convention, au même titre que les infractions qui impliquent d’autres agents publics. Par conséquent, l’infraction de corruption ne devrait pas être limitée à certains actes ou omissions particuliers commis dans l’exercice de tâches judiciaires (par exemple, lorsque le juge tranche une affaire en faveur de l’une ou l’autre partie, ou prononce, sursoit à prononcer ou s’abstient de prononcer une décision ou une peine relative à une affaire en cours d’examen, etc.) en laissant de côté d’autres fonctions officielles.

On devrait considérer comme acceptable une pratique similaire adoptée par certains États parties, qui consiste à inclure, dans la définition générale du terme “agent public”, les membres de l’appareil judiciaire (ou d’autres catégories d’agents publics équivalentes, comme les membres de l’organisme national de lutte contre la corruption) et à leur appliquer les infractions de corruption de base tout en établissant des infractions distinctes, par exemple en prévoyant des circonstances aggravantes pour les cas où un juge a reçu un avantage indu en rapport avec une décision qu’il a rendue, dans une affaire dont il a été saisi pour jugement ou dans le but d’obtenir une condamnation dans un dossier donné. En outre, l’ensemble des infractions liées à la corruption qui sont établies au titre de la Convention devraient être applicables à ces groupes de personnes.

Parlementaires

L’une des caractéristiques de la Convention qui la distingue de tous les autres instruments internationaux de lutte contre la corruption, et qui pourrait même avoir retardé sa ratification par certains pays, est le fait qu’elle place les parlementaires au même niveau que les autres agents publics aux fins d’incrimination. Selon l’alinéa a de l’article 2, on entend par “agent

public” toute personne qui détient un mandat législatif d’un État partie, qu’elle ait été nommée ou élue. L’obligation d’inclure les parlementaires dans la définition d’“agent public” n’est pas remplie par tous les États parties. Dans certains cas, il est difficile de dire dans quelle mesure cette catégorie de personnes entre dans la définition. Dans le cas d’au moins cinq pays, il a été plus ou moins reconnu que les membres du pouvoir législatif, et les élus en général, n’étaient pas considérés comme des agents publics ou ne relevaient pas directement de la définition connexe, ce qui limitait l’application de plusieurs infractions de corruption, dont, pour la plupart, la corruption d’agents publics nationaux et étrangers et l’abus de fonctions. Par conséquent, des recommandations ont été formulées en vue d’étendre la portée des définitions applicables et de prévoir des sanctions appropriées en cas d’infractions concernant des parlementaires.

Comme pour les membres de l’appareil judiciaire, dans certains États, la corruption des parlementaires fait l’objet d’une réglementation qui se distingue de la réglementation applicable aux infractions de corruption des “agents publics” ou ne s’applique qu’en partie conjointement à celle-ci. Tel était le cas, par exemple, dans deux États parties dont les parlementaires ne sont pas considérés comme des agents publics. Une fois de plus, comme pour les membres de l’appareil judiciaire, la pratique suivie peut être jugée conforme à la Convention, pour autant que tous les éléments figurant dans les dispositions correspondantes de la Convention soient couverts et que la portée de l’infraction impliquant des parlementaires ne se limite pas à des actes particuliers. Par exemple, dans un des États parties susmentionnés, les dispositions en question ne s’appliquent que dans les cas où l’avantage accordé est censé inciter le parlementaire à agir dans le cadre de son mandat de sorte qu’une question qui est examinée ou doit être examinée par le Parlement soit tranchée d’une certaine manière. Ces dispositions ne semblent pas régir les cas où le pot-de-vin vise à inciter le parlementaire à agir ou s’abstenir d’agir d’autres manières qui pourraient concerner l’exercice des obligations de son mandat ou qui n’impliquent pas de vote parlementaire, par exemple lorsqu’il s’agit de déterminer si une question donnée doit être examinée au Parlement ou dans le cadre de commissions parlementaires. Il a donc été conclu que les infractions spécifiées ne satisfaisaient pas aux prescriptions de la Convention. C’était également le cas dans un autre pays où les parlementaires et les conseillers municipaux sont cités comme de possibles bénéficiaires d’un pot-de-vin, à l’instar des agents publics “ordinaires”, mais seulement pour des actes contraires à leurs obligations. À l’inverse des agents publics, les actes qui sont liés à l’exercice de fonctions officielles mais qui ne sont pas contraires à ces obligations ne sont pas visés. Enfin, dans un pays, la disposition relative à la corruption de parlementaires prévoit que les donations aux partis politiques ne constituent pas un avantage indu susceptible d’engager la responsabilité pénale de cette catégorie de bénéficiaires.

Personnel militaire

Dans de rares cas, des infractions de corruption distinctes sont également applicables aux membres de l’armée, sans que cela semble avoir causé de problèmes.

Personnes exerçant des fonctions publiques pour des entreprises publiques

La mesure dans laquelle les personnes exerçant des fonctions publiques pour des entreprises publiques peuvent être tenues pour responsables d’infractions de corruption et la définition de cette catégorie de personnes ne sont pas toujours claires. Dans au moins un État partie, cette catégorie n’a pas été prise en compte dans la définition du terme “agent public”. Toutefois, la majorité des examens ne se sont pas attardés sur cette question. Certains États insistent sur la nature des fonctions de l’individu concerné, conformément à l’alinéa a ii de l’article 2 de la Convention. Par exemple, dans un pays où un agent public est défini comme quiconque exerce

une fonction publique, la jurisprudence nationale interprète le terme “fonction publique” au sens le plus large possible, et peut également inclure les employés d’entreprises et de sociétés publiques ayant officiellement reçu une autorisation d’exécuter des services publics. En outre, un certain nombre d’États ont indiqué avoir élargi la définition des agents publics, en particulier pour l’application des infractions de corruption, aux employés et/ou aux hauts dirigeants de toutes les entreprises et organisations dont l’État est propriétaire ou qu’il contrôle, indépendamment de la nature publique de leurs fonctions.

Chapitre I: Incrimination

A. Corruption dans le secteur public

1. Corruption d'agents publics nationaux (article 15)

Les infractions de corruption liées au secteur public national ont toujours été l'une des composantes essentielles du droit pénal interne. En conséquence, tous les États parties ont adopté des mesures pour incriminer la corruption tant active que passive d'agents publics nationaux, dans la plupart des cas bien avant l'entrée en vigueur de la Convention. Néanmoins, les États parties se sont heurtés à un certain nombre de difficultés dans l'incrimination de ces infractions.

La grande majorité des États parties prévoient des infractions différentes selon qu'il s'agit de corruption active ou de corruption passive, conformément aux dispositions de la Convention. Dans des cas isolés, la corruption active est sanctionnée uniquement comme un acte de participation ("incitation") à l'infraction de corruption passive. Ce traitement subsidiaire de la corruption active, qui reflète le point de vue traditionnel (à la fois dans les systèmes de tradition romano-germanique et les systèmes de *common law*) selon lequel la corruption constitue avant tout un abus de pouvoir ou une infraction liée à l'extorsion d'argent dans le cadre de l'administration de l'autorité publique (*crimen repetundarum* ou *crimen extraordinarium concussionis* selon le droit romain), a été abandonné dans une large mesure au cours du XIX^e siècle, même si, comme indiqué à la section A du chapitre II, un grand nombre d'États continuent d'appliquer des peines plus clémentes aux personnes qui offrent des pots-de-vin qu'à celles qui les acceptent.

L'infraction de corruption active dans le secteur public ne constitue pas un *delictum proprium* (c'est-à-dire une infraction qui ne peut être commise que par une certaine catégorie de personnes), car la Convention ne fait référence à aucune capacité spécifique des auteurs éventuels de l'infraction. C'est pourquoi, dans deux pays où la législation dispose que la corruption active ne peut être commise que par des personnes "privées", une lacune a été relevée, en ce sens que les actes commis par des agents publics (vis-à-vis d'autres agents publics) ne sont pas dûment pris en compte. Étant donné que d'autres infractions (comme le trafic d'influence ou l'abus d'autorité) ne fournissaient pas de solution satisfaisante, il a été recommandé aux États parties concernés d'envisager de modifier leur législation de manière à régir tous les cas de corruption active d'agents publics. Une carence encore plus grave a été relevée dans la situation inverse observée dans un pays où on ne savait pas très bien si les dispositions relatives à la corruption pourraient s'appliquer pour sanctionner un acte de corruption active commis par des particuliers – ce qui réduit à néant tout l'intérêt des infractions de corruption.

À la différence de la corruption active, l'infraction de corruption passive dans le secteur public suppose, bien entendu, que son auteur soit un "agent public" au sens de l'alinéa a de l'article 2. Fait intéressant, dans au moins neuf États parties, la disposition pertinente (et souvent aussi son équivalent relatif à la corruption active) est également applicable à une personne qui s'attend à occuper, est sur le point d'occuper ou a des chances d'être appelée à occuper un poste d'agent de la fonction publique (par exemple, parce qu'elle a été élue ou

nommée en cette qualité, bien qu'elle n'occupe pas encore ce poste) ou aux candidats à un poste public qui induisent des tiers à penser qu'ils exercent déjà les fonctions connexes, ce qui élargit le champ de l'infraction au-delà des prescriptions minimales de la Convention et introduit une nouvelle approche qui constitue une bonne pratique selon certains des examens connexes. Il convient de noter que, dans certains de ces cas, le bénéficiaire de l'acte de corruption doit effectivement devenir agent public par la suite pour être considéré comme responsable de l'acte en question. Enfin, dans un État partie, les dispositions relatives aux actes de corruption régissent également de manière explicite les anciens agents publics, lorsqu'un don, une promesse ou un service sont fournis, offerts, etc., en échange ou à raison d'un service que l'ancien agent a rendu ou s'est abstenu de rendre dans l'exercice de ses fonctions.

Actes délictueux de base

Les structures et la terminologie utilisées pour établir et décrire les actes illicites de base dans les infractions de corruption varient considérablement d'un État partie à l'autre. En ce qui concerne les méthodes adoptées, la majorité des États parties, y compris tous les pays plus ou moins liés à la tradition romano-germanique, ont tendance à adopter une approche semblable à celle établie dans l'article 15 de la Convention et fournissent des descriptions des actes illicites qui se veulent restrictives et concises. Par exemple, dans un cas, la législation pertinente et l'article 15 sont pratiquement identiques, ce qui a été considéré comme une bonne pratique par les examinateurs.

Exemple d'application

La loi d'un État partie prévoit les infractions de corruption passive et de corruption active ci-après:

Tout agent public qui sollicite ou accepte, pour lui-même ou pour un tiers, une promesse ou un don en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte quelconque de sa fonction, est puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée ne dépassant pas dix ans et d'une amende égale au double de la valeur de la promesse ou du don, sans que ladite amende puisse être inférieure à [...]. La disposition du présent article s'applique même si l'acte visé au paragraphe précédent n'entre pas dans les attributions du bénéficiaire du don ou de la promesse [...]. De la même manière, la disposition du présent article s'applique même si le bénéficiaire a l'intention de ne pas accomplir l'acte en question ou de ne pas s'en abstenir.

Toute personne qui propose à un agent public – sans que ce dernier accepte son offre – une promesse ou un don pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation des devoirs de sa charge est punie d'une peine d'emprisonnement d'une durée ne dépassant pas cinq ans et d'une amende ne dépassant pas [...] ou de l'une de ces deux peines. Si l'accomplissement ou l'abstention est légitime, l'intéressé encourt une peine d'emprisonnement d'une durée n'excédant pas trois ans et une amende ne dépassant pas [...] ou l'une de ces deux peines.

En revanche, certains pays dont la tradition juridique tend vers la *common law* appliquent des définitions qui présentent un caractère plus analytique et exhaustif.

Exemple d'application

La loi d'un État partie prévoit les dispositions fondamentales relatives à la corruption active et passive ci-après:

- 1) Une personne est coupable d'une infraction si:
 - a) Cette personne, de façon malhonnête:
 - i) Fournit un avantage à un tiers; ou
 - ii) Fait en sorte qu'un avantage soit fourni à un tiers; ou
 - iii) Propose ou promet de fournir un avantage à un tiers; ou
 - iv) Fait en sorte qu'un avantage soit proposé ou promis à un tiers; et
 - b) Cette personne agit ainsi dans l'intention d'influencer un agent public (qui peut être le tiers en question) dans l'exercice de ses fonctions en tant qu'agent public; et
 - c) L'agent public est un agent public du [...]; et
 - d) Les fonctions sont celles d'un agent public du [...].

Peines encourues

Personne physique: peine d'emprisonnement de dix ans et/ou amende de 10 000 unités.

Personne morale: amende de 100 000 unités, ou trois fois la valeur de l'avantage tiré de l'acte de corruption; ou 10 % du chiffre d'affaires annuel de la personne morale au cours de la période de douze mois où l'infraction a été commise, si le tribunal ne peut pas déterminer la valeur de l'avantage obtenu.

- 2) Dans le cadre des poursuites pour l'infraction prévue à l'alinéa 1, il n'est pas nécessaire de prouver que le prévenu savait:
 - a) Que l'agent était un agent public du [...]; ou
 - b) Que les fonctions étaient celles d'un agent public du [...].
- 3) Un agent public du [...] est coupable d'une infraction si:
 - a) Cet agent, de façon malhonnête:
 - i) Sollicite un avantage, pour lui-même ou pour un tiers; ou
 - ii) Reçoit ou obtient un avantage, pour lui-même ou pour un tiers; ou
 - iii) Consent à recevoir ou obtenir un avantage, pour lui-même ou pour un tiers; et
 - b) L'agent agit ainsi de manière à:
 - i) Ce que l'exercice de ses fonctions en tant qu'agent public du [...] subisse une influence; ou
 - ii) Susciter, encourager ou entretenir la conviction que l'exercice de ses fonctions en tant qu'agent public du [...] subira une influence.

Exemple d'application (*suite*)

Peines encourues

Personne physique: peine d'emprisonnement de dix ans et/ou amende de 10 000 unités.

Personne morale: amende de 100 000 unités, ou trois fois la valeur de l'avantage tiré de l'acte de corruption; ou 10 % du chiffre d'affaires annuel de la personne morale au cours de la période de douze mois où l'infraction a été commise, si le tribunal ne peut pas déterminer la valeur de l'avantage obtenu.

Il convient de noter que le premier modèle semble être beaucoup plus répandu et qu'il est suivi, en principe, par plusieurs pays dotés d'un système de *common law*, tandis que plusieurs autres États parties semblent prévoir des infractions qui se chevauchent, chacune d'entre elles suivant un concept ou adhérant à un modèle différents. Dans de tels cas, il a été généralement recommandé aux États d'envisager l'unification des lois relatives à la corruption, ce qui aurait pour effet de garantir la cohérence dans l'application des infractions de corruption, d'éliminer les doutes quant à leur portée et d'atténuer les risques d'enquêtes concurrentes et de conflits de compétence.

Il est intéressant de noter que, dans certains des pays de *common law* mentionnés plus haut, les articles pertinents du Code pénal (et, de manière générale, toutes les infractions qui y sont formulées) sont complétés par des "explications" et des "exemples" de la façon dont ils sont appliqués dans la pratique. C'est là une caractéristique inhabituelle qui pourrait être adoptée, par exemple, dans le rapport explicatif d'une loi; on a considéré qu'il s'agissait là d'une bonne pratique, jugée utile pour préciser la portée des infractions. Une pratique analogue est observée dans certains pays du Groupe des États d'Europe orientale et du Groupe des États d'Asie et du Pacifique. Ces pays utilisent des notes qui tiennent lieu de commentaire faisant partie intégrante du texte de certaines dispositions de leur droit pénal.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, l'infraction de corruption passive est assortie d'explications qui visent à en préciser les éléments constitutifs comme suit:

En tant que motif ou récompense pour l'accomplissement d'un acte: cette expression s'applique également au fait pour une personne de recevoir une gratification en tant que motif ou récompense pour un acte qu'elle n'a pas l'intention d'accomplir ou qu'elle n'a pas accompli.

Aspect plus important encore, l'infraction est également assortie d'"exemples", qui en précisent davantage le champ d'application, tels que les suivants:

- a) L'agent A obtient du banquier Z un poste dans la banque de Z pour son frère en récompense d'avoir tranché une affaire en faveur de Z. En l'occurrence, A a commis l'infraction définie dans le présent article;
- b) L'agent public A fait accroire à Z que l'influence qu'exerce A auprès du gouvernement a permis à Z d'obtenir un titre, ce qui pousse Z à donner de l'argent à A pour le récompenser du service rendu. A a commis l'infraction définie dans le présent article.

Les deux méthodes utilisées pour décrire les actes délictueux susmentionnés peuvent être aussi efficaces l'une que l'autre pour satisfaire aux prescriptions de la Convention. Toutefois, dans un grand nombre de cas, certains des éléments fondamentaux constitutifs de l'infraction (le fait de promettre, d'offrir ou d'accorder pour la corruption active; de solliciter ou d'accepter pour la corruption passive) semblent être entièrement absents. En particulier, si les notions d'"accorder" et d'"accepter" posent rarement problème, dans nombre d'États parties, la promesse (à savoir s'engager à fournir un avantage indu ou faire miroiter un tel avantage) n'est pas expressément visée ou ne l'est qu'indirectement – dans les interprétations que fournissent la doctrine ou la jurisprudence – en tant qu'acte préparatoire ou tentative en vue de commettre une infraction, ou au titre de concepts connexes (ou interchangeable du point de vue linguistique) comme l'"offre". De plus, plusieurs États ont adopté une approche "fondée sur l'acte", selon laquelle seul l'échange effectif constitue l'infraction, une simple offre n'étant pas expressément incriminée, même si dans la plupart des cas l'offre pourrait donner lieu à des poursuites en tant que tentative d'infraction, infraction "inachevée" ou préparation d'une infraction. Enfin, dans certains pays, la notion de "solliciter" est également absente de la définition de l'infraction.

Compte tenu de ce qui précède, un grand nombre de recommandations ont été faites afin qu'il soit procédé aux modifications législatives nécessaires ou, à tout le moins, pour que des directives relatives aux pratiques judiciaires soient élaborées ou encore pour suivre la manière dont les tribunaux interpréteront les dispositions pertinentes dans les affaires qui leur seront soumises. Il a également été recommandé de suivre la cohérence de l'application à l'avenir et d'examiner la situation actuelle en cas d'écarts dans un cas où le cœur tout entier de l'infraction de corruption (fait de promettre, d'offrir ou d'accorder indirectement un avantage indu pour une autre personne ou entité) est absent de la législation pénale pertinente, mais a été intégré dans des directives juridiquement contraignantes qui sont apparemment correctement appliquées dans la jurisprudence.

L'évaluation de la législation nationale en ce qui concerne le libellé des dispositions applicables doit tenir compte du paragraphe 9 de l'article 30 de la Convention, qui énonce le principe selon lequel la définition des infractions établies conformément à la Convention relève exclusivement du droit interne des États parties. Par conséquent, il est possible de rattacher les actes connexes aux dispositions de la partie générale du Code pénal national, par exemple s'agissant de la préparation ou la tentative de commission d'une infraction. Toutefois, il faudra peut-être examiner plus avant si cette approche peut se substituer à une incrimination complète¹⁶. En outre, il faut savoir qu'en recourant à ces dispositions générales, on court le risque d'appliquer des sanctions sensiblement plus légères et d'imposer des peines différentes pour des infractions comparables. C'est la raison pour laquelle l'incrimination autonome des différentes formes de corruption de base est généralement considérée comme une meilleure pratique. Cela étant dit, les dispositions existantes sur la tentative et la préparation devraient être clairement définies et ne pas contenir de restrictions (par exemple, "à la condition que l'acte en cause représente un danger public") ni des exceptions (par exemple, pour "des infractions de moindre gravité") qui limitent la responsabilité pénale telle que prévue par la Convention.

Les États parties devraient veiller avant tout à ce que, dans les cas de corruption tant active que passive, la législation et la pratique n'obligent pas à prouver l'existence d'un accord entre le corrupteur et la personne corrompue relatif à l'acte de corruption. L'acte de corruption active devrait être considéré comme autonome et ne devrait pas dépendre de l'accord de la partie passive, de sorte que le simple fait d'offrir ou d'accorder un avantage indu suffise pour

¹⁶Voir également le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 197.

engager la responsabilité pénale du corrupteur. L'intention criminelle et la culpabilité de l'agent public en tant que personne corrompue n'entrent pas en ligne de compte ici. Ce principe vaut également dans la situation inverse, car autrement l'établissement de la culpabilité de l'auteur de l'acte de corruption passive, y compris du fait que l'auteur ait ou non sollicité le pot-de-vin, préjugerait de la culpabilité du corrupteur. En outre, le fait d'exiger la preuve d'un accord sous-jacent à l'acte de corruption reviendrait à imposer une règle de preuve beaucoup trop lourde, car ce type d'accord est rarement conclu de manière tangible. En théorie, le seul cas où il importerait d'établir la preuve d'un accord est celui où un agent public est poursuivi pour avoir conclu un marché (accepté une requête ou une offre) mais où l'avantage indu n'a pas encore changé de mains. Dans la pratique, toutefois, de telles situations sont assez marginales, étant donné que les actes liés à la corruption sont par nature secrets et qu'il est difficile d'enquêter à leur sujet. En général, lorsque des affaires sont portées devant les tribunaux, l'avantage indu a déjà changé de mains.

La séparation nécessaire entre l'infraction de corruption active et celle de corruption passive semble exister – bien que certains examinateurs divergent sur ce point – même dans les cas où la corruption active n'est qu'indirectement incriminée en faisant référence à l'infraction de corruption passive, dans la mesure où cela ne suppose pas d'apporter la preuve de la conduite liée à celle-ci (c'est-à-dire que le pot-de-vin a finalement été accepté). L'adéquation de la législation pertinente dépend en grande partie des termes en lesquels les dispositions en question sont effectivement formulées et de la manière dont elles sont interprétées, et devrait être évaluée avec soin au cas par cas. Par ailleurs, l'autonomie requise semble ne pas exister dans des cas comme ceux mentionnés ci-dessus, à savoir ceux d'États parties qui répriment la corruption active uniquement en tant qu'acte de participation ("incitation") à l'infraction de corruption passive. Dans la mesure où l'incitation à la corruption passive ne serait punie que si l'infraction même de corruption passive était effectivement commise, c'est-à-dire si l'agent public accepte, obtient, consent à accepter ou tente d'obtenir un avantage indu, la simple offre d'un avantage, en l'absence de consentement de l'agent, demeurerait en dehors du champ d'application du droit pénal. À cet égard, les États parties concernés ne satisferaient pas aux dispositions de la Convention.

Il convient toutefois de noter que, dans l'un des pays qui suscitent la présente discussion, la loi semble autoriser un point de vue différent. Les experts gouvernementaux qui ont réalisé l'examen n'ont pas fait d'observations sur la pratique en question. Il n'en reste pas moins que la définition nationale de l'incitation s'accompagne d'une explication selon laquelle "pour que le délit d'incitation à un acte soit constitué, il n'est pas nécessaire que l'acte en question soit commis ni que l'effet requis pour constituer l'infraction soit causé". En d'autres termes, la loi réprime non seulement les actes de participation "habituels" mais aussi la simple incitation (tentative d'instigation) à une infraction, pratique qui a été également observée dans d'autres pays (voir la sous-section 2 de la section F ci-après). Selon cette interprétation de la législation nationale, aucun accord entre les corrupteurs et les bénéficiaires malhonnêtes n'est nécessaire, et les dispositions nationales sont suffisantes aux fins de la Convention.

Succès et bonnes pratiques

Un État, en plus d'incriminer la conduite visée par la Convention, a inscrit dans l'infraction de corruption un concept de "supervision", englobant les supérieurs hiérarchiques (à la fois dans le service public et dans l'entreprise privée au profit desquels le pot-de-vin est finalement offert) qui n'empêchent pas la commission des infractions par leurs subordonnés.

Corruption indirecte

Dans nombre de cas, des lacunes ont été relevées en ce qui concerne l'incrimination des actes de corruption indirecte qui font appel à des intermédiaires. Il devrait être clair qu'en vertu de la Convention, il n'est pas nécessaire que le corrupteur fournisse directement l'avantage indu à l'agent public. De la même manière, la promesse d'un tel avantage ne doit pas nécessairement concerner un cadeau ou un service qui doit être rendu par l'auteur de l'infraction en personne. La corruption indirecte peut également concerner un arrangement en vertu duquel, si l'agent public accomplit ou omet d'accomplir un certain acte, il recevra une rétribution par l'intermédiaire d'un tiers.

En ce qui concerne les méthodes utilisées pour répondre à ces exigences, la plupart des pays prévoient explicitement l'accomplissement de l'acte illicite par l'intermédiaire d'un tiers, tandis que d'autres font valoir que la corruption indirecte est régie par les dispositions relatives à la participation et/ou par la définition des "auteurs" (ceux qui exécutent l'acte eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un tiers qu'ils utilisent à cette fin) dans la partie générale de leur code pénal. Dans plusieurs États qui n'ont pas de dispositions explicites, il a également été fait référence aux travaux préparatoires de la législation pertinente, ou aux décisions ou résolutions de leurs cours suprêmes qui donnent des orientations sur cette question et indiquent que l'acte de corruption peut aussi être commis indirectement par l'intermédiaire d'un tiers. Ces arguments ont essentiellement été jugés valides, et il a été considéré que les pays en question se conformaient à la disposition examinée, pour autant que ces références générales éliminent tout ce qui pourrait empêcher la poursuite des infractions de corruption impliquant des intermédiaires. À l'inverse, dans un pays où la loi n'établit pas de distinction entre les actes où la corruption est commise directement ou indirectement, alors que les deux actes sont clairement définis dans l'infraction de trafic d'influence, il a été recommandé que l'application des dispositions relatives à la corruption fasse l'objet d'un suivi afin de s'assurer que les cas de corruption indirecte soient également visés dans les affaires à venir.

Fait inhabituel, dans un État partie, le Code pénal contient une disposition autonome qui incrimine spécifiquement la conduite de l'intermédiaire dans les cas où un avantage est remis à l'intermédiaire et que ce dernier ne le transmet pas. Cette infraction supplémentaire a été jugée obsolète et redondante. Il a donc été recommandé à l'État partie concerné d'examiner l'utilité de la conserver et d'envisager la possibilité d'inclure, dans les dispositions relatives à la corruption, *expressis verbis*, l'expression "directement ou indirectement". La même recommandation a été faite à un autre État où la sanction des intermédiaires est visée dans une disposition distincte. Ces pratiques législatives semblent toutefois parfaitement capables de régir la corruption indirecte et ne peuvent donc être rejetées catégoriquement, comme l'a confirmé l'exemple d'autres États parties où l'existence de dispositions distinctes ou autonomes relatives à "l'intermédiation dans la corruption" a été jugée compatible avec les exigences de la Convention, voire a été considérée comme une bonne pratique et une mesure facilitant la lutte contre la corruption.

Portée du terme "avantage indu"

Dans la Convention, le terme "avantage" est censé s'appliquer aussi largement que possible et englober les cas où des biens incorporels ou des avantages non pécuniaires (tels que des postes ou des titres honorifiques, un traitement préférentiel ou des faveurs sexuelles) sont proposés, dans la mesure où ils créent ou sont susceptibles de créer un sentiment d'obligation du bénéficiaire envers le donateur. Dans de nombreux cas, les États parties utilisent des termes proches ou similaires, associés à de longues définitions ou donnant lieu à de larges interprétations (tels que "toute gratification", "tout don ou toute contrepartie" ou "don ou autre

avantage”), qui reflètent l’esprit de la Convention et ont été considérés comme de bonnes pratiques.

Exemples d'application

Dans un État partie, la législation relative à la corruption contient une définition très large du concept d’“avantage indu”, défini comme un “don ou autre avantage”, expression incluant l’argent, tout objet indépendamment de sa valeur, un droit ou un service accordé sans compensation ou autre contrepartie, qui crée ou est susceptible de créer un sentiment d’obligation du bénéficiaire envers le donateur. Il a été noté que même les plus petites sommes d’argent ou les plus petits objets pouvaient être considérés comme des dons et donc comme des éléments constitutifs de l’infraction pénale.

La définition ci-après a été fournie par un autre État partie: “Tout avantage – obtenu par le bénéficiaire ou la personne désignée par lui à cet effet, ou connu et accepté par lui – quelle que soit son appellation ou sa nature et qu’il soit pécuniaire ou non, doit être considéré comme une promesse ou un don.”

Cependant, cette exigence s’est avérée problématique dans un nombre considérable d’États parties. Dans certains de ces cas, la disposition relative à la corruption d’agents nationaux exige soit le versement de sommes en espèces soit le transfert de biens, ou encore un avantage économique ou matériel, ce qui a été interprété comme visant uniquement l’argent et les avantages sujets à une forme quelconque d’évaluation pécuniaire à l’exclusion d’autres avantages indus. Un problème similaire a été relevé dans des États où la jurisprudence nationale adopte une approche “fondée sur la valeur”; dans ces cas, la corruption n’est réprimée que lorsqu’elle concerne des avantages matériels tels que des espèces, des titres de valeurs, des avoirs matériels, des services normalement payants mais offerts gratuitement liés à des biens, et des privilèges liés à des biens. Dans certains autres pays, on ne savait pas très bien si l’expression “toute chose de valeur” inscrite dans le droit interne s’appliquait aussi aux biens incorporels et donc couvrirait de manière adéquate les avantages indus ou si la jurisprudence pourrait interpréter les termes “dons” et “avantage” ou “récompense” comme excluant les avantages non quantifiables. Enfin, on peut citer d’autres exemples d’ambiguïtés. Ainsi, dans un État partie, une terminologie mixte est employée, tandis que dans un autre, la signification du terme “pot-de-vin”, utilisé pour les infractions de corruption dans le secteur public, n’est pas claire et il est difficile de dire si elle correspond à l’expression “avantage illégal” utilisée dans le contexte des infractions de corruption dans le secteur privé. Dans tous les cas susmentionnés, des recommandations ont été formulées en vue d’élargir le champ des dispositions applicables ou de faire en sorte que la législation nationale soit interprétée de manière à prendre en compte les avantages non matériels. Une jurisprudence ambivalente et imprécise n’est pas jugée satisfaisante. Les États parties doivent s’efforcer d’élaborer des définitions précises, claires et uniformes dans les infractions de corruption et de résoudre les problèmes d’incohérence que leur interprétation pourrait poser sur le plan national, que ce soit au niveau de la législation ou de l’application des lois pénales.

Dans certains pays, le fait que les avantages découlant d’un acte de corruption dépassent une certaine valeur monétaire constitue une circonstance aggravante, bien que ce critère ne puisse pas toujours être considéré comme une indication de la gravité de l’infraction. À l’inverse, dans un État partie, la législation prévoit une exception *de minimis* selon laquelle seuls les avantages qui ne sont pas simplement mineurs sont incriminés. Dans un autre État partie, la loi contient une limitation spécifique pour tous les actes de corruption qui sont inférieurs à un certain montant; dans ce cas, l’auteur n’est sanctionné que si son acte entraîne “de graves conséquences” ou des infractions répétées. Bien que ces dispositions visent sans doute à

exclure les avantages “convenables” sur le plan social, comme on le verra ci-après, il convient de les traiter avec prudence, car elles laissent la possibilité de considérer toutes les propositions de petits avantages comme justifiées et acceptables, quelle qu’en soit la motivation. Interdire tous les avantages qui dépassent un certain seuil, de manière à laisser une certaine latitude pour les dons de valeur inférieure à cette limite, est une chose, mais autoriser tous les avantages inférieurs à un certain seuil en exigeant le respect de conditions supplémentaires pour qu’ils soient passibles de sanctions est une tout autre chose.

Avantages “convenables” sur le plan social

Relativement peu de pays font référence de manière explicite à la nature indue des avantages offerts, ou utilisent des expressions analogues pour les décrire (“injustifiés”, “illicites”, “illégaux”, “sans droit”, etc.). La plupart des États parties n’utilisent aucun attribut. Dans de nombreux cas, cependant, il a été confirmé lors de l’examen que, indépendamment de savoir si la loi emploie le mot “indu” ou non, les vrais cadeaux de valeur minime ou faible sont exonérés de toute responsabilité pénale.

S’il est vrai que dans un État, il a été proposé de supprimer cette exonération et d’interdire l’acceptation de tout cadeau ou témoignage de reconnaissance de manière à éviter des problèmes d’interprétation concernant les valeurs ou les montants acceptables, et bien que la loi d’un autre État interdise effectivement à un agent public de recevoir des cadeaux dans l’exercice de ses fonctions officielles et juge irrecevable l’argument selon lequel lesdites gratifications sont coutumières d’une profession, d’un métier ou d’un contexte social donnés, la distinction explicite ou implicite entre les cadeaux véritables et les avantages indus devrait être jugée conforme à la Convention. Dans la pratique, son application peut être facilitée par des règles et des directives administratives claires sur les biens qu’un agent public est habilité à recevoir sans que cela soit contraire à ses devoirs ou porte atteinte à l’autorité de sa fonction, par un système dans lequel les agents publics enregistrent tous les cadeaux reçus, ainsi que par des instructions claires sur les facteurs qui devraient être pris en considération par les procureurs pour déterminer, au cas par cas, si un cadeau est passible de sanctions et s’il convient ou non d’engager des poursuites pénales. À cet égard, les distinctions rigides établies par la loi en fonction de la valeur monétaire du cadeau appellent la prudence, et ce pour deux raisons: d’une part, parce qu’elles pourraient facilement être révisées pour tenir compte de l’évolution constante des réalités sociales en ce qui concerne la valeur jugée convenable dans un cas donné et, d’autre part, parce qu’elles pourraient avoir pour effet indésirable d’exclure du champ d’application des dispositions pénales les cadeaux représentant des avantages relativement modestes pour l’agent public mais offerts pour des actes officiels qui doivent assurément être jugés répréhensibles.

Exemples d’application

Dans un État partie, les agents publics peuvent recevoir un cadeau modeste d’une personne reconnaissante du traitement qu’elle a reçu ou s’attend à recevoir. Il n’existe pas de dispositions générales régissant la réception de cadeaux, bien que l’interdiction de tous les cadeaux d’une valeur supérieure à un certain seuil (environ 200 dollars des États-Unis) ait été recommandée.

Dans un autre État partie, la législation utilise le terme “indu” et en approfondit le sens en précisant que cette notion ne fait pas référence aux avantages qui sont autorisés par les règlements relatifs à l’exercice de fonctions officielles, ni aux avantages négligeables qui relèvent de la pratique sociale courante et ne présentent aucun risque de dépendance de l’agent public concerné ou d’influence inacceptable sur lui. On peut

Exemples d'application (suite)

citer, par exemple, les cadeaux de Noël tels que des calendriers ou des stylos, ou une invitation pour le cirque. En revanche, le “seuil de tolérance” de ce pays est bas: cinq invitations à manger et l’offre de plusieurs boissons sont considérées comme étant des avantages inacceptables socialement. De la même manière, si un conducteur propose une somme d’un montant négligeable à un fonctionnaire de police afin que ce dernier s’abstienne de verbaliser une infraction au Code de la route commise par ledit conducteur, cet acte est jugé inacceptable, car il a pour but d’encourager l’agent public à adopter un comportement qui constitue une violation de ses devoirs.

Les dispositions d’un autre pays concernant la corruption emploient l’épithète “indu”, mais non pour qualifier les avantages offerts pour l’accomplissement ou le non-accomplissement d’un acte officiel en violation des devoirs de l’agent, car ces avantages ne seraient jamais considérés comme “convenables” du point de vue social.

Lorsqu’ils visent à influencer l’activité d’un agent public sans que cela entraîne une violation des devoirs de sa charge, les avantages ci-après ne sont pas considérés comme “indus”:

- a) Les avantages dont l’acceptation est expressément autorisée par la loi, ou qui sont accordés dans le cadre d’événements auxquels l’agent assiste en raison d’un intérêt officiel ou objectif;
- b) Les avantages à des fins caritatives, sur l’utilisation desquels l’agent public n’exerce aucune influence;
- c) S’il n’existe pas de lois dans le sens de l’alinéa a, les avantages d’une valeur négligeable offerts conformément aux coutumes locales, sauf si l’acte est commis à l’échelle professionnelle.

Enfin, un État partie donne la définition ci-après de “cadeau occasionnel”:

Toute marque modeste et conventionnelle d’hospitalité ou tout cadeau spontané de faible valeur offerts à une personne en signe de reconnaissance ou d’appréciation des services rendus par cette personne, ou comme geste de bonne volonté à l’égard de cette personne, y compris tout cadeau de saison peu coûteux offert au personnel ou aux associés par des entités publiques ou privées ou des particuliers lors de fêtes ou d’autres occasions spéciales, et qui ne sont liés en aucune manière à l’exécution du devoir officiel d’une personne au point de constituer une infraction.

Il convient en outre de préciser qu’il ne faudrait pas mettre en œuvre l’exception des avantages “acceptables” sur le plan social par une règle explicite formulée de manière tellement générale qu’elle puisse constituer une faille permettant de justifier des cas de corruption graves.

Avantages procurés à un tiers

L’article 15 fait obligation aux États parties d’interdire l’octroi d’un don, d’une concession ou d’un autre avantage à une personne ou une entité, ou au profit d’une personne ou entité, autre que l’agent public, par exemple un parent ou une organisation politique. Ce tiers pourrait également voir sa responsabilité pénale engagée, s’il a été impliqué, par exemple, en tant que complice, dans la commission de l’infraction.

Succès et bonnes pratiques

Les dispositions relatives à la corruption dans un État partie établissent séparément la sanction de tout tiers qui obtient un quelconque avantage indu découlant de l'acte de corruption commis par l'auteur de l'infraction. On a considéré qu'il s'agissait là d'un outil utile pour lutter contre cette conduite.

Or, dans un nombre significatif de pays, des lacunes ont été constatées sur la question des avantages procurés à des tiers: dans certains États parties, les dispositions incriminant les actes de corruption commis pour obtenir l'accomplissement d'actes non contraires aux devoirs d'agents publics nationaux ne couvrent pas tous les cas d'avantages indus pour des tiers. Dans plusieurs autres cas, il était difficile de déterminer si l'expression "pour lui-même ou pour une autre personne" englobait toutes les autres entités, et notamment les partis politiques, comme il est énoncé dans la Convention. Enfin, et surtout, dans environ un tiers des États parties, la loi décrit l'acte de corruption active et/ou passive sans préciser davantage si la gratification est destinée à l'agent lui-même ou à une personne ou entité tierce. Dans certains de ces cas, en particulier dans les cas étayés par la jurisprudence nationale pertinente ou les travaux préparatoires de la législation pertinente, on pourrait faire valoir que les avantages à des tiers sont automatiquement pris en compte ou remplissent la même fonction que les avantages indus visant des fins personnelles, étant donné qu'il n'est fait aucune mention de l'objectif de l'acte de corruption. Quoi qu'il en soit, en particulier lorsque cet argument n'est pas étayé, il a été recommandé de lever toute ambiguïté et d'aligner toutes les dispositions pertinentes afin d'assurer la cohérence de leur application.

Ce besoin de cohérence a été mis en évidence, par exemple, lorsque la présence d'un tiers bénéficiaire n'est pas établie dans l'infraction de corruption, mais l'est dans d'autres parties de la législation (par exemple, pour l'infraction de trafic d'influence), de même que lorsqu'un tiers bénéficiaire est expressément mentionné dans la disposition relative à la corruption passive mais non dans la disposition relative à la corruption active. Dans ce dernier cas, les autorités nationales d'un État ont fait valoir que les dispositions se font pendant et, donc, que l'infraction de corruption active devrait être considérée comme contenant aussi implicitement la notion de tiers bénéficiaires. Toutefois, outre le fait important que la jurisprudence présentée n'était pas tout à fait claire à ce sujet, le raisonnement suivi par les autorités semblait autoriser, par analogie, la mise en œuvre, dans une affaire de corruption active, d'une autre disposition traitant de la corruption passive au détriment de l'accusé, ce qui semblait poser problème sur le plan juridique (*nulla poena sine lege*). De surcroît, une telle interprétation pourrait ne pas suffire en cas de procédures parallèles pour des affaires de corruption active et passive où la procédure pénale pour corruption passive est close (pour quelque raison que ce soit, comme le décès de l'accusé) alors que la procédure pénale pour corruption active suit son cours.

Il convient de se montrer prudent pour ce qui concerne la différence entre la corruption indirecte (qui met en cause des actes de corruption commis par le biais d'intermédiaires) et les avantages bénéficiant à des tiers (qui concernent des avantages indus proposés au bénéfice d'une personne ou entité tierce). La différence n'était pas toujours claire pour les examinateurs, ce qui prête à confusion et suscite une incertitude quant aux normes applicables en la matière.

Acte ou omission de la part du bénéficiaire

La Convention exige expressément que le comportement interdit vise non seulement des actions mais aussi des omissions de la part de l'agent public concerné. La plupart des États

parties ont suivi cette règle en ajoutant expressément des cas où l'agent public s'abstient d'accomplir un acte, ou en adoptant un libellé qui peut clairement être interprété dans le même sens (par exemple, "la manière dont l'agent public se comporte dans l'exercice de ses fonctions" ou "dans le but d'influencer un agent public"). Dans seuls des cas isolés, le fait qu'un agent public s'abstienne d'accomplir un acte n'est pas couvert. Dans un État, les dispositions relatives à la corruption active ne visent que le fait que l'agent public s'abstienne d'accomplir un acte et non celui qu'il accomplisse un acte.

Selon la Convention, la commission de l'infraction de corruption ne doit pas être subordonnée à la question de savoir si l'agent public a agi ou s'est abstenu d'agir comme prévu. Le simple fait d'offrir, de promettre, d'accepter, de recevoir, etc. des avantages doit suffire. De fait, la plupart des États parties, sinon tous, ont adhéré à ce principe. En outre, il est intéressant de noter que, dans un État partie, la loi prévoit une peine plus lourde pour l'agent public si celui-ci procède à l'exécution de l'acte envisagé. Toutefois, dans le même État, la notion d'infraction de corruption active ne fait aucune référence générale à un acte ou à une omission de la part du bénéficiaire, mais se limite aux cas où une personne offre un pot-de-vin pour "demander la commission d'une injustice, acheter un vote ou chercher, par voie de corruption, à parvenir à toute autre fin".

Paiement après commission de l'acte (paiement ex post facto)

Dans plusieurs pays, la loi incrimine le fait d'accorder ou d'accepter un avantage indu, même si cela se produit après que l'agent public a accompli (ou s'est abstenu d'accomplir) un acte, l'avantage indu constituant ainsi une récompense ou une marque de reconnaissance (récompenses postérieures ou corruption a posteriori). Cette incrimination va plus loin que les prescriptions de l'article 15, qui porte sur les avantages proposés pour inciter le bénéficiaire à accomplir ou ne pas accomplir un acte dans le futur ("afin que l'agent public accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte"), et peut faciliter les poursuites en cas d'infractions répétées ou lorsque les parties en cause sont convenues que le pot-de-vin serait versé après l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte officiel, mais que le ministère public rencontre des difficultés pour prouver l'existence d'un tel accord. En outre, il a été noté que le fait que, dans certains pays, il soit spécifiquement considéré comme une infraction pénale que des agents publics reçoivent une récompense à titre de compensation après l'accomplissement des obligations liées à leur fonction constitue une bonne pratique.

Dans le même ordre d'idées, la législation de deux États du Groupe des États d'Afrique ne punit pas les versements *ex post facto* en tant que tels, mais s'en sert pour établir une présomption de faits réfragable, en considérant que l'acceptation ou l'offre d'une contrepartie de valeur pour un acte officiel précédemment accompli prouve que l'acte de corruption avait eu lieu au préalable.

Dans l'exercice de fonctions officielles

La Convention fait référence aux actes ou omissions du bénéficiaire "dans l'exercice de ses fonctions officielles". La plupart des États parties utilisent les mêmes termes ou des expressions jugées équivalentes telles que "en rapport avec ses fonctions", "concernant les devoirs de sa charge" ou "inhérent à ses fonctions officielles". En outre, dans certains cas, la législation prévoit des infractions spéciales ou des dispositions distinctes (souvent assorties de peines aggravées) qui traitent de situations particulières, comme les actes de corruption visant à aider un tiers à entretenir des relations d'affaires avec l'État ou au contraire à l'en empêcher, les

actes de corruption liés à la promotion, l'administration, l'exécution ou la passation d'un contrat avec un organisme public, ou les actes de corruption qui nuisent à l'intégrité de systèmes de paris publics commerciaux en rapport avec le sport et d'autres événements et compétitions. L'une des limites possibles concerne les pays de *common law* qui fondent leurs infractions de corruption sur la relation mandant-mandataire et visent les actes ou omissions en rapport avec les affaires du mandant. Ce libellé n'a pas été jugé entièrement satisfaisant aux fins de la Convention, même si ses incidences pratiques précises restent à déterminer et nécessitent peut-être un examen plus poussé.

L'article 15 ne s'applique pas à l'offre ou à l'acceptation d'avantages aux fins de l'accomplissement, par le destinataire, d'un acte sortant du cadre général de ses activités officielles, à un titre autre que celui d'agent public (par exemple, la fourniture d'un avis d'expert à titre personnel). De fait, rares sont les pays (s'il en est) qui ont incriminé ce type de comportement. De même, la Convention n'oblige pas les États parties à inclure dans leurs dispositions anti-corruption les avantages destinés à inciter un agent public à accomplir un acte qui n'entre pas dans ses attributions mais que ses fonctions officielles lui permettent d'accomplir. Dans un cas, un avis différent a été exprimé et la question s'est posée de savoir si l'absence d'incrimination de tels actes était pleinement conforme aux dispositions de l'article 15, du fait que ce dernier exige l'incrimination des actes que l'agent public commet "dans l'exercice de ses fonctions officielles", indépendamment de savoir si ces actes relèvent ou non de la compétence de l'agent concerné. Cependant, la Convention ne se réfère pas de manière générale aux actes de corruption commis pendant que l'agent exerce ses fonctions, mais aux avantages destinés à amener l'agent à accomplir ou omettre d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions concrètes, c'est-à-dire des actes ou des omissions qui relèvent de la compétence de l'agent ou des attributions que lui reconnaît la loi.

Indépendamment de ce qui précède, il est certainement utile, pour favoriser le succès et l'efficacité des poursuites, d'établir une jurisprudence cohérente sur la question de savoir si les actes de l'agent public doivent entrer dans le champ de ses fonctions et pouvoirs, ou si il suffit que ces fonctions lui aient permis de mener à bien l'acte souhaité. En outre, lorsque le droit interne semblait régir ce dernier cas ou lorsque des mesures avaient été proposées à cet effet, on a souvent fait valoir que cela pouvait être considéré comme un succès ou une bonne pratique aux fins de la Convention. Cet avis est corroboré par le fait qu'une partie des comportements douteux peuvent être considérés comme tombant sous le coup des dispositions facultatives de l'article 18 de la Convention.

Succès et bonnes pratiques

Le Code pénal d'un État confère le caractère d'infraction pénale à la corruption active et passive pour toute action ou omission, légale ou illégale, d'un agent public dans le cadre de ses attributions. Cependant, les autorités nationales ont indiqué que le nouveau Code pénal conférerait explicitement le caractère d'infraction aux actions et aux omissions commises dans le cadre et en dehors du cadre des attributions d'un agent public. L'équipe d'examen a estimé que cela était de nature à garantir le respect de l'article 15 de la Convention.

Dans la jurisprudence d'un autre pays, une présomption de fait s'est développée, selon laquelle lorsqu'un agent public reçoit un avantage d'une personne avec laquelle il entretient une relation professionnelle ou possède un lien officiel, cet avantage serait considéré avoir été donné pour un acte ayant trait à sa fonction en qualité d'agent public.

Par ailleurs, il faut souligner que les dispositions législatives qui ne prennent en considération que les paiements visant à inciter un agent public à commettre des actes en dehors du cadre de ses attributions ne sont pas suffisantes au regard de la Convention. Dans l'exemple atypique d'un État partie, l'octroi d'un avantage ou le paiement d'une somme d'argent à un agent public aux fins de l'exécution d'actes qui relèvent de l'exercice de son mandat officiel ne sont pas considérés comme des actes de corruption; ces affaires sont actuellement classées sans suite par les autorités chargées des poursuites. Cette pratique contourne les actes visés par l'article 15 de la Convention et traite un ensemble de cas entièrement différent, passant ainsi entièrement à côté du problème des infractions de corruption. Par conséquent, il a été recommandé que les actes consistant à verser ou recevoir un pot-de-vin pour amener un agent public à exercer son devoir soient ajoutés à la législation applicable en la matière.

Dans un nombre significatif d'États parties, dont la plupart appartiennent à la famille romano-germanique, une distinction a été faite, de manière plus explicite dans certains cas que dans d'autres, entre la "gratification" (le fait d'accélérer ou de faciliter une procédure administrative par ailleurs licite – d'où l'utilisation courante de l'expression "paiements de facilitation", qui ne figure pas dans la Convention) et le pot-de-vin au sens strict (lorsque le but recherché est d'inciter l'agent à agir en violation de ses devoirs ou obligations), l'acceptation ou l'octroi de ce dernier étant passible d'une peine plus lourde. Certains experts gouvernementaux ont exprimé des réserves au sujet de cette distinction et ont même formulé des recommandations en vue de sa suppression, ou en vue de l'harmonisation des peines applicables, étant donné que ladite distinction n'est pas prévue par la Convention. D'un autre côté, dans la plupart des examens, aucune question de ce type n'a été soulevée et, dans deux cas, il a même été jugé problématique que le droit interne n'ait pas expressément traité à des actes contraires aux obligations de l'agent (outre les actes commis dans le cadre de l'exercice de ces devoirs) ou que le nouveau Code pénal, contrairement au précédent, ne fasse pas de distinction entre le fait de se laisser corrompre et celui de recevoir un avantage indu. En effet, le fait de considérer un acte de corruption visant à inciter à la violation d'un devoir comme une circonstance aggravante est un trait relativement courant du système de droit pénal dans les pays de tradition romanogermanique et devrait être jugé conforme à la Convention, pour autant qu'il n'implique pas, d'une manière ou d'une autre, une quelconque approbation des paiements de facilitation.

Le problème est tout autre si la législation interne ne s'applique qu'aux pots-de-vin et exonère les paiements de facilitation de toute responsabilité pénale, ou si la portée des dispositions relatives à la corruption visant à obtenir l'exécution d'actes non contraires aux devoirs de l'agent public est insuffisante (par exemple, si elles ne comprennent pas les avantages indus accordés au profit de tiers ou ne s'étendent pas aux actes accomplis par certaines catégories d'agents publics tels que les parlementaires ou les conseillers municipaux). La question est également différente si l'infraction est assortie de critères objectifs supplémentaires, comme le fait de porter atteinte aux intérêts de l'État et de la société ou aux droits et intérêts des citoyens, ou d'accomplir, de s'abstenir d'accomplir ou de tarder à accomplir "de manière répréhensible" une obligation dans l'exercice de ses fonctions, ce qui risque de limiter son application en l'absence de violation des devoirs. Dans de tels cas, il est évident que l'État partie ne satisfait pas aux prescriptions de la Convention.

La corruption en tant "qu'investissement pour l'avenir"

Certains États parties vont plus loin que les prescriptions minimales de la Convention en incriminant également (souvent avec des peines plus légères) les actes de corruption "aux fins d'investissement pour l'avenir", à savoir l'offre ou l'acceptation d'avantages en vertu de la position de l'agent public, sans que ceux-ci présentent un lien direct avec un acte ou une

omission concrets dans l'exercice illégal des fonctions officielles du bénéficiaire. De tels avantages – tout en représentant plus que de simples cadeaux de courtoisie et autres avantages “convenables” du point de vue social – ne concernent pas une faveur particulière accordée à un moment précis, mais sont proposés dans le but d'établir, d'entretenir ou d'améliorer les relations entre les parties à la transaction, en prévision de situations futures dans lesquelles une faveur pourrait être nécessaire. L'incrimination de ce type de comportement a été considérée comme une bonne pratique.

Succès et bonnes pratiques

Dans un cas donné, la législation va au-delà de ce qui est requis par la Convention, incriminant même la sollicitation ou l'acceptation d'un avantage qui ne nécessite pas que l'agent public accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles. Il suffit que le comportement de l'agent risque d'affaiblir la confiance du public dans l'impartialité de l'action des autorités.

Dans un autre État, la loi incrimine le fait d'offrir une quelconque gratification à un agent public dans un délai d'un an avant (ou après) tout contact avec le service qui emploie cet agent. Il a été jugé que cette mesure facilitait les poursuites visant des infractions de corruption.

Immunités et circonstances atténuantes en faveur des personnes qui communiquent des informations

Dans un nombre considérable d'États parties, notamment au sein du Groupe des États d'Europe orientale et du Groupe des États d'Asie et du Pacifique, la loi prévoit la possibilité d'accorder l'immunité de poursuites aux personnes qui se livrent à des actes de corruption (active ou passive) mais qui signalent volontairement ces actes soit le plus rapidement possible après leur commission, soit avant que les autorités en soient informées par d'autres sources, ou passent aux aveux avant que des poursuites pénales ne soient engagées à leur encontre (dans trois cas, l'ensemble ou une partie des biens utilisés dans la commission de l'infraction peuvent être restitués). Dans un certain nombre d'États parties, il est expressément prévu que le signalement ou l'aveu d'un acte de corruption est une circonstance atténuante, s'il intervient après qu'une action pénale a été engagée à l'encontre de la personne qui communique les informations et avant la fin de la procédure. Enfin, dans d'autres États, la loi prévoit spécifiquement une peine allégée chaque fois que l'auteur d'une infraction de corruption aide à la collecte de preuves décisives pour l'identification et l'arrestation d'autres personnes responsables. On mentionnera également les règles générales de détermination des peines qui prévoient l'atténuation de la responsabilité pénale des personnes qui coopèrent et qui sont communes à la législation de la plupart des États parties.

Bien que la Convention n'exclue pas d'adopter de telles mesures d'incitation pour favoriser la coopération avec les services de détection et de répression – au contraire, elle les encourage dans les paragraphes 2 et 3 de l'article 37 –, quelques examinateurs, en particulier lors des tout premiers examens, ont exprimé des réserves au sujet des pratiques qui consistent à accorder une immunité totale et ont formulé des recommandations pour que des sanctions appropriées soient imposées dans tous les cas de corruption. Par exemple, dans un cas, il a été jugé que la mesure de clémence examinée incitait à la commission d'actes de corruption active, en dépit du fait que: a) son application n'était pas obligatoire mais devait suivre un processus spécifique dans chaque cas, faisait l'objet d'un contrôle attentif de la part des

procureurs chargés du suivi et pouvait être contestée devant les tribunaux; et *b*) elle avait contribué dans une large mesure au nombre d'affaires de corruption passive portées devant les tribunaux.

D'un autre côté, d'autres examinateurs ont exprimé une opinion entièrement différente. Ils ont considéré que la possibilité d'exonérer de responsabilité pénale les personnes qui communiquent des informations était une bonne pratique, et ont noté que grâce aux dispositions pertinentes, les enquêtes sur les cas de corruption avaient été simplifiées et que des résultats importants avaient été obtenus. Ils ont également constaté que, dans la plupart des cas, les prévenus coopéraient avec les autorités chargées des enquêtes et les aidaient à détecter les actes délictueux parce qu'il était dans leur intérêt d'être exonérés de la responsabilité pénale.

Compte tenu des opinions divergentes susmentionnées, la question mérite un examen plus approfondi compte tenu des buts énoncés dans les paragraphes 2 et 3 de l'article 37. Comme il semble faire consensus dans les examens plus récents, et comme on le verra plus en détail ci-après dans les sections pertinentes, le législateur devrait envisager d'autoriser, en principe, les autorités nationales compétentes à fournir une forme quelconque d'incitation, dans les cas appropriés, aux personnes qui coopèrent. Il leur incomberait alors de décider, non pas automatiquement, mais au cas par cas et en pesant tous les facteurs pertinents, si la nature, l'importance, l'efficacité et l'impact de la contribution apportée par une personne à l'enquête menée sur une affaire de corruption justifieraient l'immunité de poursuites ou la prise en compte de circonstances atténuantes en sa faveur. Il faudrait tenir compte de ces facteurs lors de l'évaluation de dispositions (telles que les "aveux spontanés") qui pourraient s'appliquer automatiquement et qui n'exigent aucune évaluation du degré de coopération de l'auteur, en se fondant sur des considérations du type de celles décrites à l'article 37.

Immunités en faveur des victimes d'extorsion

Un petit nombre d'États parties, qui là encore appartiennent majoritairement au Groupe des États d'Europe orientale et du Groupe des États d'Asie et du Pacifique, accordent également l'immunité de poursuites aux personnes qui se livrent à des actes de corruption active sous l'effet d'une menace, incitation, contrainte, coercition ou intimidation exercée par un agent public, afin de prévenir des atteintes à leurs droits et leurs intérêts légitimes. Dans deux cas au moins, la loi prévoit en outre que l'argent ou les biens utilisés pour l'acte de corruption soient restitués à la personne considérée comme étant une victime.

Bien que cette pratique n'ait pas été commentée lors des examens, son utilisation et ses limites éventuelles (par exemple, quand l'exception est définie dans des termes si généraux qu'on pourrait considérer qu'elle englobe les cas de simple sollicitation de la part de l'agent public) méritent également d'être étudiées plus avant. En effet, l'importance de clarifier cette question est illustrée par le cas de deux pays du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes où l'infraction de corruption active ne s'applique qu'au fait d'accorder ou de promettre spontanément, sans demande ou sollicitation préalable de l'agent public. À l'inverse des exceptions susmentionnées relatives à l'extorsion, cette pratique a été jugée insatisfaisante aux fins de la Convention; il a par conséquent été recommandé que la législation pertinente soit modifiée et que la corruption active sollicitée soit établie en tant qu'infraction pénale.

Mens rea

La question de l'intention criminelle a fait l'objet d'une analyse limitée et ne s'est posée que dans le cadre d'un petit nombre d'examens. Cela indique que, dans la grande majorité des cas, les dispositions de la Convention concernant l'élément "subjectif" de l'infraction semblent

être satisfaites. Les actes commis intentionnellement sont passibles de sanctions en tant qu'infractions pénales, en vertu de quoi un lien subjectif clair doit être établi entre le fait de promettre, d'offrir, d'accorder, etc. un avantage et son influence sur la conduite du bénéficiaire concerné¹⁷. L'élément moral de l'infraction est rarement mentionné explicitement dans les dispositions relatives à l'acte de corruption, mais on peut le déduire des dispositions de la partie générale du Code pénal applicable. Il est intéressant de noter que, dans le cas de certains États ayant fait l'objet d'un examen, les dispositions relatives à la corruption passive mentionnent expressément qu'elles s'appliquent indépendamment de l'intention de l'agent public d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir effectivement l'acte en question dans l'exercice de ses fonctions.

En outre, dans quelques États, l'exigence d'un élément subjectif pour les actes de corruption passive semble être encore moins stricte que celle qui est énoncée dans la Convention. Normalement, l'agent public doit avoir connaissance à la fois du fait qu'un avantage est offert et qu'il est indu. Or un État partie a aussi érigé en infraction pénale les actes de négligence, en incluant les cas où l'agent public accepte un avantage illicite en sachant ou en ayant des motifs raisonnables de soupçonner que cet avantage est offert en vue de l'inciter à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, ou en raison d'un acte qu'il a accompli ou s'est abstenu d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions. Il s'ensuit que l'agent public sera également passible de sanctions s'il est établi qu'il aurait dû comprendre que l'avantage reçu avait une finalité particulière. De cette façon, l'action pénale peut être engagée en cas de "naïveté coupable" voire d'innocence fictive de la part de l'agent public. Un autre État va encore plus loin en disposant clairement qu'il n'importe aucunement que l'auteur de l'infraction sache ou croie que la sollicitation ou l'acceptation de l'avantage illicite est répréhensible. L'État partie en question adopte le strict point de vue selon lequel un agent public doit savoir ce qu'on attend de lui.

Suivant une ancienne tradition de la *common law*, plusieurs États parties exigent, dans la description des infractions de corruption, que l'auteur ait agi "par corruption" ("corruptly"). Cette expression fonctionne comme une sorte d'élément subjectif de l'acte délictueux ("intention de corruption") et est censée nuancer la description en limitant la combinaison de faits susceptible d'aboutir à une condamnation, et notamment en excluant les avantages "convenables" du point de vue social. La détermination de cet élément moral dans un cas concret peut être facilitée par l'existence d'une présomption réfragable de culpabilité une fois que les éléments objectifs essentiels de l'infraction ont été établis par le ministère public, comme on le verra ci-après à la sous-section 3 de la section F. Toutefois, le sens exact de l'expression "par corruption" et même sa nécessité restent sujets à controverse, et son interprétation diffère d'un pays à l'autre. Par conséquent, des inquiétudes ont été exprimées dans la plupart des cas quant à la manière dont elle est employée lors de l'application de la législation pertinente.

Efficacité

Bien que seuls quelques examens aient permis de conclure que les dispositions nationales correspondant à l'article 15 avaient été mises en œuvre avec succès dans la pratique, et que certains pays aient indiqué ne pas avoir évalué l'efficacité des dispositions érigeant la corruption d'agents publics nationaux en infraction pénale, la grande majorité des États parties ont présenté des données statistiques, voire des exemples concrets de l'application de la législation relative aux infractions de corruption d'agents nationaux. Cela dénote une application cohérente des dispositions en question et témoigne de leur rôle traditionnel et de leur position bien établie dans le droit pénal national.

¹⁷Voir *ibid.*, par. 198.

Difficultés

Les problèmes les plus fréquemment constatés dans l'application de l'article 15 concernent la portée de la définition du terme "agent public" aux fins de l'infraction de corruption, et en particulier son application aux parlementaires; l'inclusion, parmi les éléments constitutifs de l'infraction, de la promesse d'un avantage indu, en sus de l'offre ou de l'échange d'un tel avantage; l'inclusion de la corruption indirecte; la portée du terme "avantage indu", en particulier en ce qui concerne ses formes non matérielles; et l'application de l'infraction de corruption aux avantages accordés à des personnes ou entités tierces. Par conséquent, les États parties devraient veiller à ce que les sujets de l'infraction englobent toutes les catégories de personnes énumérées à l'article 2 de la Convention; définissent plus clairement les éléments des articles de la Convention, afin de s'assurer en particulier que toutes les modalités de la commission d'une infraction, ainsi que les tiers bénéficiaires et les actes indirects, soient couverts; et étendre, le cas échéant, les objets de l'infraction, en particulier pour ce qui est des avantages non matériels. Ils devraient également s'employer à aligner les exceptions ou les moyens de défense concernant les immunités, les actes inachevés et les actes commis en ayant une autorité légitime ou une justification raisonnable sur les exigences fixées par la Convention.

En ce qui concerne l'application pratique de l'infraction de corruption, dans certains pays, des problèmes se sont posés à propos de la collecte, de la consolidation et de l'accessibilité des données statistiques sur les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions connexes, y compris les peines et les amendes imposées. Cette situation s'explique par la nécessité de mettre en place des systèmes plus complets de planification des dossiers, qui non seulement faciliteraient une meilleure gestion des affaires, mais aideraient aussi à mettre en évidence les goulets d'étranglement qui retardent ou entravent les poursuites contre les auteurs d'infractions. Par exemple, dans un État, l'autorité nationale de lutte contre la corruption a été saluée pour avoir constamment suivi, sur plusieurs années, les cas de corruption qu'elle avait présentés en vue de poursuites, ce qui avait permis de constater qu'un nombre insuffisant d'affaires étaient prises en main par le service chargé des poursuites.

Hormis cela, les principales difficultés identifiées par certains pays sont le manque de praticiens spécialisés (enquêteurs, procureurs et juges) et le peu de ressources disponibles pour la mise en œuvre des dispositions relatives à la corruption. Les enquêtes sur les actes de corruption sont considérées comme étant particulièrement difficiles, en raison du caractère secret de l'infraction et des difficultés pour obtenir des témoignages ou d'autres éléments de preuve de l'une des parties concernées. Par conséquent, pour surmonter ces difficultés, on a souligné la nécessité de renforcer la "bonne pratique rationnelle" consistant à recourir aux techniques d'enquête spéciales telles que les opérations d'infiltration et les livraisons surveillées, ainsi qu'il est indiqué dans l'article 50 de la Convention.

2. Corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (article 16)

Contrairement à la situation concernant la corruption d'agents publics nationaux, relativement peu d'États parties ont adopté ou pris des mesures en vue d'incriminer la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques. Cela est principalement dû à la nouveauté de ces infractions, qui sont apparues pour la première fois dans des législations pénales nationales en 1977 et ne sont appliquées au niveau international que depuis 1996. Nombre d'États parties qui ont adopté des mesures spécifiques visant à ériger en

infraction pénale la corruption d'agents publics étrangers étaient déjà liés par des instruments internationaux préexistants contenant l'obligation en question (en particulier la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales) et ont déjà fait l'objet d'évaluations mutuelles sur l'application de ces instruments (par exemple, par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, le Groupe d'États contre la corruption relevant du Conseil de l'Europe, le Mécanisme de suivi de la mise en œuvre de la Convention interaméricaine contre la corruption de l'Organisation des États américains et le Réseau anti-corruption de l'OCDE pour l'Europe orientale et l'Asie centrale). En revanche, d'une manière générale, les États parties qui ont pour la première fois été obligés d'ériger la corruption d'agents étrangers ou de fonctionnaires internationaux en infraction pénale en vertu de la Convention contre la corruption n'ont pas encore procédé à tous les ajustements nécessaires. Par ailleurs, comme il est mentionné ci-dessus, quelques-uns ont incriminé la corruption d'agents publics étrangers, mais pas la corruption de fonctionnaires d'une organisation internationale publique.

Dans plus d'un tiers des États, en grande majorité du Groupe des États d'Asie et du Pacifique et du Groupe des États d'Afrique, le comportement en cause n'a pas été érigé en infraction pénale ou l'a été dans une mesure très limitée (par exemple, en ce qui concerne les fonctionnaires d'une organisation régionale particulière), même si une législation en la matière était en préparation dans environ 12 de ces États. Au niveau régional, il n'existe aucun instrument multilatéral de lutte contre la corruption d'agents étrangers pour la région Asie et Pacifique, tandis qu'en Afrique, le mécanisme de suivi de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption ne prévoit pas d'évaluations.

Pour être remplie, l'obligation d'incrimination énoncée à l'article 16 exige un élargissement conscient et irréfutable du champ protecteur de la législation pénale nationale, que les dispositions applicables en matière de lutte contre la corruption ou la jurisprudence nationale doivent refléter clairement. Cette exigence s'applique non seulement aux pays dans lesquels le libellé des infractions ne laisse aucun doute sur le fait que l'acte de corruption doit viser un agent public national, mais aussi aux pays ayant une définition du terme "agent public" qui, bien que silencieuse au sujet de la nationalité de l'administration publique concernée, n'a jamais été utilisée dans le contexte de la corruption d'agents étrangers. Dans de tels cas, l'intégration d'intérêts étrangers souverains ou supra-individuels dans le champ protecteur des dispositions pénales sur les infractions de corruption ne correspondra très probablement pas à l'histoire législative ou aux objectifs déclarés des dispositions en question. En conséquence, l'argument avancé par certains pays, selon lequel les notions génériques de "fonctionnaire" et "fonctionnaire public" employées pour les infractions de corruption traditionnelles pourraient être interprétées comme s'appliquant également aux agents publics étrangers et aux fonctionnaires d'organisations internationales publiques, ne saurait être recevable, compte tenu de l'absence de toute jurisprudence qui vienne l'étayer.

Un argument plus valable, selon lequel la corruption d'agents étrangers relève du droit interne, est avancé par les États parties dotés d'un système de *common law* où les dispositions relatives à la corruption se réfèrent, en des termes plus généraux, à un "agent" ou à "toute personne" bénéficiaire du pot-de-vin, et se veulent spécifiquement des mesures de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ou les atteintes à la confiance entre mandants et mandataires. Pour trois États pourvus de dispositions susceptibles d'être appliquées dans les affaires de corruption d'agents étrangers, les examinateurs ont rejeté les arguments formulés par les autorités publiques à ce sujet, considérant que ces dispositions posaient des problèmes d'incertitude juridique ou de manque de clarté étant donné qu'elles ne comprenaient pas de lien clair avec les fonctions d'agents publics étrangers – des recommandations ont donc été formulées afin

que la législation soit plus ciblée et spécifique à cet égard. Ces pays figurent parmi les plus d'un tiers d'États susmentionnés qui n'ont pas incriminé la conduite connexe. Néanmoins, au vu du principe énoncé au paragraphe 9 de l'article 30 de la Convention, et compte tenu du fait que, dans au moins autant d'États possédant une législation similaire, les examinateurs semblaient avoir un point de vue différent sur la question, les dispositions de ce type pourraient à terme être jugées suffisantes aux fins de la Convention, à condition qu'elles ne fixent implicitement aucune limite par leur finalité protectrice (par exemple, conséquences néfastes pour le marché intérieur) et que l'État en question ait exprimé sa volonté d'appliquer ces mesures dans le sens de l'article 16, dans l'idéal au moyen d'exemples d'enquêtes et de poursuites.

En ce qui concerne la méthode d'incrimination, certains des États parties qui se conforment à cette disposition ont mis en place des infractions distinctes et autonomes qui ne traitent que les actes de corruption d'agents publics et de fonctionnaires étrangers, tandis que le reste d'entre eux ont choisi d'appliquer le principe selon lequel les agents publics étrangers sont assimilés aux agents publics nationaux et de traiter tous les cas dans le cadre d'une seule et même infraction de corruption. En règle générale, la législation des pays qui ont érigé en infraction pénale la corruption internationale en tant qu'infraction distincte est de très bonne qualité et est conforme, pour l'essentiel, aux prescriptions de la Convention. Dans les États parties qui ont choisi la seconde méthode, l'incrimination de la corruption d'agents étrangers est plus susceptible de poser les mêmes problèmes et entraîne les mêmes conséquences que les infractions de corruption interne en ce qui concerne, par exemple, la promesse d'avantages indus, les avantages intangibles, les tiers bénéficiaires ou les immunités, les avantages pour l'accomplissement ou le non-accomplissement d'actes qui ne sont pas contraires aux devoirs de l'agent public concerné et les circonstances atténuantes pour les personnes qui communiquent des informations ou sont victimes d'extorsion. D'un autre côté, dans ce groupe de pays, les dispositions sur l'incrimination vont généralement plus loin que les prescriptions de l'article 16.

Outre les questions susmentionnées, un certain nombre de questions particulières – exposées ci-après – ont été soulevées en ce qui concerne la portée des infractions de corruption d'agents étrangers.

Incrimination de la corruption passive

Un nombre important (plus d'un quart) des pays qui ont incriminé la corruption d'agents publics étrangers ne l'ont fait qu'en ce qui concerne la corruption active. C'est notamment le cas d'au moins un pays, où l'on a relevé qu'une loi plus directe et explicite régissant le comportement en question était nécessaire. Dans l'un des cas où l'infraction de corruption passive n'est pas prévue, l'obligation d'incriminer la corruption d'agents étrangers a été jugée remplie par les dispositions "normales" relatives à la corruption passive, en conjonction avec les règles internes des pays d'où proviennent les agents concernés. Cette approche ne peut cependant être jugée valide, dans la mesure où, comme on l'a vu plus haut, la Convention exige clairement un élargissement des intérêts protégés par le droit pénal interne qui oblige à sortir du cadre des dispositions internes, voire à les étendre à la corruption passive de fonctionnaires d'organisations internationales publiques. L'absence de mesures correspondantes de la part d'un État partie n'est pas comblée par les dispositions internes d'autres pays qui répriment la corruption de leurs propres agents. S'il a été décidé d'accorder un caractère facultatif au paragraphe 2 de l'article 16, c'est uniquement parce que les éléments fondamentaux constitutifs sont déjà couverts par l'alinéa b de l'article 15¹⁸. Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas lieu

¹⁸Voir la note du Secrétariat intitulée "La question de la corruption de fonctionnaires d'organisations internationales publiques" (CAC/COSP/2006/8), par. 7.

d'envisager d'incriminer la corruption passive d'agents publics étrangers et, en particulier de fonctionnaires des organisations internationales, corruption qui n'est nullement traitée dans la disposition obligatoire de l'article 15¹⁹.

Certains pays ont fait valoir que, en raison du caractère non contraignant du paragraphe 2 de l'article 16, ils ont envisagé d'introduire l'infraction en question compte tenu de questions de principe et de problèmes de compétence, et choisi de ne pas le faire, car ils estiment que ce type d'infraction ne présente guère d'éléments de rattachement à leur territoire et que le pays de l'agent concerné serait mieux à même d'engager des poursuites contre l'intéressé (en vertu de l'infraction de corruption passive des agents nationaux). En d'autres termes, ils jugent bon que les États parties poursuivent la conduite de leurs agents dans leur propre pays où la majorité des éléments de preuve se trouvent probablement. D'autres possibilités existent. Ainsi, l'un de ces pays a indiqué qu'il communique volontiers des informations et des éléments de preuve relatifs aux cas de corruption au pays dont l'agent public étranger a la nationalité pour d'éventuelles enquêtes et poursuites internes, tandis que deux autres ont fait clairement savoir qu'ils peuvent poursuivre des agents étrangers corrompus – et l'ont déjà fait à plusieurs reprises – pour d'autres infractions telles que l'abus de confiance et le blanchiment d'argent, sur la base d'un acte de corruption en tant qu'infraction principale. Dans tous les cas décrits ci-dessus, les réponses apportées ont été jugées satisfaisantes.

Agents visés

L'une des principales questions examinées dans le cadre des examens de pays a été de savoir si les termes "agent public étranger" et "fonctionnaire d'une organisation internationale publique" sont définis par les États parties conformément aux alinéas b et c de l'article 2 de la Convention, et comprennent, entre autres, les agents de pays qui ne sont pas des États parties, les parlementaires étrangers et les personnes qui exercent une fonction publique pour un organisme ou une entreprise publics d'un pays étranger. Si certains pays ont établi de larges définitions autonomes de l'expression "agent public étranger" (suivant ainsi la méthode législative systématiquement recommandée par d'autres mécanismes de suivi, comme le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales), d'autres pays semblaient ne pas avoir besoin de définition explicite, sans que cela s'avère nuire aux fins de la Convention. Ainsi, dans certains cas, la loi établit de manière implicite un lien avec le concept équivalent et défini au sens large d'agent public national, alors que d'autres États parties, sans prévoir non plus de définition autonome, précisent dans les infractions de corruption que les avantages doivent viser une personne qui exerce une fonction publique ou est dépositaire de l'autorité publique, s'acquitte d'une mission de service public ou remplit un mandat électoral dans un État étranger, ou au sein d'une organisation internationale publique.

En effet, le fait d'établir un lien entre la définition d'un agent public étranger et celle d'un agent public national doit être jugé satisfaisant, dans la mesure où cette dernière englobe clairement toutes les catégories de personnes visées aux alinéas b et c de l'article 2, y compris les personnes qui exercent une fonction publique au sein d'entreprises contrôlées par l'État. En revanche, les expériences tirées d'autres mécanismes de suivi ont montré que l'établissement d'un lien strict entre l'infraction de corruption d'agents étrangers et la définition de l'agent public étranger utilisée dans l'État de ce dernier pose des problèmes de conformité avec les prescriptions relatives à l'incrimination, étant donné, entre autres, que la preuve de la définition dans la loi du pays de l'agent public étranger peut être difficile à obtenir. Par

¹⁹Voir la note du Secrétariat intitulée "Application de la résolution 1/7 de la Conférence des États parties à la Convention contre la corruption" (CAC/COSP/2008/7), par. 4.

conséquent, les États parties où la situation dans la jurisprudence nationale tend à évoluer dans ce sens devraient envisager de revoir leur politique et de formuler des définitions spécifiques pour les concepts d'“agent public étranger” et de “fonctionnaire d'une organisation internationale publique”.

Exemples d'application

La législation d'un État dispose simplement que les détenteurs des “pouvoirs appropriés” au sein d'institutions d'autres États, d'organisations publiques internationales ou d'institutions judiciaires internationales, y compris les candidats officiels à ces postes, sont considérés comme équivalant à des agents publics au sens du Code pénal. Cette formulation très générale est utilisée pour élargir le cercle des personnes qui entrent dans la catégorie des agents publics conformément aux différentes lois d'États étrangers, de manière à ne pas restreindre la portée de l'infraction applicable. En conséquence, tous pouvoirs détenus par une personne au sein d'une institution d'un autre État, d'une organisation internationale publique ou d'une institution judiciaire internationale feraient l'objet d'une évaluation au cas par cas (compte tenu des différences existant dans la législation des États étrangers quant aux relations de la fonction publique, etc.) de manière à déterminer si la personne détient les pouvoirs appropriés qui permettent de conclure qu'elle est un agent public étranger ou un fonctionnaire d'une organisation internationale publique au sens de la Convention. Malgré leurs craintes initiales, les examinateurs ont considéré que cette approche n'empêchait pas l'application effective de l'infraction de corruption d'agents étrangers.

Dans un autre pays, le champ d'application des dispositions relatives à la corruption s'étend à toutes les personnes exerçant des fonctions publiques dans un État étranger ou dans une organisation internationale. La définition d'une “personne exerçant des fonctions publiques” englobe les individus dont les droits et obligations dans le cadre de l'activité publique sont définis ou reconnus par une législation nationale ou par un accord international contraignant. Il a été souligné que ce lien avec les “fonctions publiques” des personnes concernées, telles que définies au niveau national, constituait une bonne pratique.

Une autre mesure a été jugée tout aussi concluante, à savoir l'introduction, dans un autre pays, d'une définition très large du terme “agent public étranger”, qui s'étend aux agents nommés conformément à la loi ou à la coutume étrangères, et notamment à toute personne remplissant les fonctions attachées à une charge ou un titre institués par une coutume ou une convention d'un pays étranger ou d'une partie d'un pays étranger.

Enfin, un quatrième État a opté pour une liste exhaustive des personnes considérées comme des agents publics étrangers. Il s'agit de:

- a) Toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un État étranger (à tous les niveaux, du niveau central au niveau local), qu'elle ait été nommée ou élue;
- b) Toute personne qui exerce une fonction publique pour un pays étranger et qui relève de l'une quelconque des catégories ci-après:
 - i) Personne qui traite des affaires publiques déléguées par un pays étranger;
 - ii) Personne qui exerce une fonction dans une organisation publique ou un organisme public créés par une loi ou autre texte législatif subsidiaire pour gérer des affaires publiques spécifiques;

iii) Cadre ou employé d'une entreprise dont un État étranger détient plus de 50 % du capital ou sur laquelle un État étranger exerce un contrôle de fait en ce qui concerne tous les aspects de sa gestion tels que la prise de décisions concernant les opérations commerciales importantes et la nomination et la révocation des cadres, à l'exclusion de toute entreprise qui mène des affaires dans les conditions habituelles du marché en concurrence avec des entités commerciales privées, sans bénéficier d'aucun privilège, telles que des subventions discriminatoires;

c) Toute personne qui agit pour une organisation internationale publique.

Bien que la plupart des pays respectent les principes énoncés ci-dessus, dans plusieurs cas, des lacunes ont été relevées dans la législation pertinente: dans certains États parties, la législation ne s'applique pas aux fonctionnaires d'organisations internationales publiques (à l'exception, dans un cas, des fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies qui exercent leurs fonctions sur le territoire du pays concerné) ou ne s'applique qu'aux personnes qui exercent une activité rémunérée. Dans au moins deux autres États du Groupe des États d'Europe orientale, la définition des agents étrangers a été jugée plus étroite que celle figurant à l'alinéa c de l'article 2 de la Convention, car elle visait seulement les fonctionnaires étrangers d'organisations ou assemblées publiques internationales dont l'État partie concerné est membre et de juridictions internationales dont il reconnaît la compétence. Il convient néanmoins de noter que ces mêmes restrictions dans d'autres États n'ont pas été jugées incompatibles avec les dispositions de la Convention.

En outre, dans deux États parties, la définition de l'expression "agent étranger" n'inclut pas expressément les personnes exerçant des fonctions publiques pour une entreprise publique, ce qui peut donner lieu à des incertitudes. Dans l'un de ces pays, les membres de parlements étrangers et les membres d'assemblées internationales ne sont visés que dans la mesure où le pot-de-vin a pour but de les inciter à commettre un acte en lien avec un vote parlementaire et non d'autres actes dans l'exercice des devoirs de leur mandat. Cela ne satisfait pas aux exigences de la Convention, qui ne fait pas de distinction entre les membres de parlements étrangers et d'autres agents publics étrangers. Aux termes de l'alinéa b de l'article 2, on entend par "agent public étranger", entre autres, toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue.

"Paiements de facilitation"

Une question particulièrement intéressante pour ce qui est de la corruption d'agents étrangers est l'étendue de l'obligation d'incriminer les "paiements de facilitation", c'est-à-dire des avantages indus destinés à accélérer ou garantir l'exécution d'actes officiels courants par des agents publics, des partis politiques ou des responsables de partis d'autres pays s'il n'existe pas de violation des devoirs. Si la plupart des pays incluent ces paiements dans les infractions pertinentes, dans la mesure où ils visent (d'une façon ou d'une autre) à influencer sur les actes officiels accomplis par celui qui les reçoit, dans au moins huit États parties, appartenant principalement au Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, les lois sur la corruption d'agents étrangers ou les travaux préparatoires pertinents prévoient une exception claire pour les "marques de gratification", les paiements de facilitation ou les avantages destinés à inciter l'agent à accomplir des actes qui ne sont pas contraires aux devoirs de sa charge et ne sont pas discrétionnaires. En revanche, les principales lois sur la corruption d'agents nationaux des pays considérés ne prévoient pas une telle exception.

Cette exception semble se fonder sur la mention à l'article 16 (et dans les dispositions correspondantes d'autres instruments internationaux) du pot-de-vin offert en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage "indu". S'inspirant de cet exemple, dans deux des États parties susmentionnés, la loi exclut les avantages destinés à obtenir ou conserver des avantages commerciaux qui sont "légitimement dus au bénéficiaire" de l'avantage en question. Dans un cas, il est en outre précisé que pour déterminer si un avantage commercial n'est pas légitimement dû, il convient de ne pas tenir compte: "a) du fait que l'avantage commercial peut être coutumier, ou perçu comme tel, dans la situation considérée; b) de la valeur de l'avantage commercial; et c) de toute tolérance officielle de l'avantage commercial". Enfin, fait même plus important encore, la loi d'un État non seulement prévoit comme élément à décharge le fait d'agir en vertu "d'une autorité légitime ou d'une excuse raisonnable", mais aussi juge acceptables les paiements versés dans le cadre d'activités professionnelles en vue d'accélérer l'accomplissement par un agent public étranger de tout acte courant faisant partie de ses devoirs ou de ses fonctions. Les législations de deux autres pays excluent du champ de leur infraction de corruption d'agents étrangers non seulement les cas où le paiement à un agent public est permis ou exigé en vertu d'une loi applicable de l'État auquel appartient l'agent public étranger, mais également les cas où une petite somme d'argent ou tout autre avantage est promis ou donné à un agent public étranger qui s'acquitte au quotidien d'actes courants, dans l'intention d'encourager l'agent à accomplir ses fonctions en toute impartialité.

La majorité des experts gouvernementaux qui ont mené les examens ont exprimé l'avis que de telles pratiques ne sauraient être tolérées, ont insisté sur les similitudes entre les infractions de corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques et sur le fait que le texte de la Convention ne prévoit aucune exception pour les paiements de facilitation. Ainsi, sans remettre directement en cause la compatibilité de la législation nationale avec les dispositions de la Convention, ils ont recommandé aux États parties d'examiner leurs politiques et leur approche à l'égard de tels paiements, afin de décourager leur utilisation et de lutter efficacement contre ce phénomène. Compte tenu de cela, ainsi que des critiques exprimées par d'autres mécanismes d'évaluation, et surtout par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, l'un des pays concernés a adopté des amendements prévoyant à l'avenir la suppression de l'exonération pour les paiements de facilitation. Dans un autre État, le procureur général a donné l'instruction à tous les agents de police et agents chargés des poursuites de considérer, comme une règle absolue, que de modestes paiements de facilitation étaient "indus" et constituaient par conséquent une forme d'infraction pénale de corruption, en dépit du commentaire initial qui accompagnait la législation pertinente, qui autorisait une interprétation différente.

En effet, il serait inacceptable de faire une exception pour les pots-de-vin visant à obtenir ou conserver des avantages commerciaux "légitimement dus au bénéficiaire" si celle-ci venait à être interprétée d'une manière qui permette aux auteurs d'échapper à toute responsabilité pénale en raison du fait qu'ils avaient droit à l'avantage obtenu par l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un agent public. Il suffirait alors aux corrupteurs de faire valoir, par exemple, qu'ils étaient les soumissionnaires les mieux qualifiés pour obtenir un marché public, ou qu'ils avaient satisfait à tous les critères pour se voir accorder des licences commerciales lucratives, des permis de construire des usines, ou des concessions d'exploitation minière, pétrolière ou gazière.

Toutefois, il convient de souligner que, selon une note interprétative concernant le paragraphe 1 de l'article 16 de la Convention, une loi qui "définissait l'infraction en visant les paiements 'en vue d'inciter à la violation d'une obligation de l'agent public' pourrait être

conforme à la norme énoncée dans chacun de ces paragraphes, à condition qu’il soit entendu que tout agent public avait le devoir d’exercer son jugement ou sa marge d’appréciation de manière impartiale et qu’il s’agissait là d’une définition ‘autonome’ n’exigeant pas la preuve de la législation ou de la réglementation du pays ou de l’organisation internationale de cet agent²⁰. Compte tenu de ce qui précède, et dans la mesure où la législation nationale et son interprétation par les tribunaux remplissent les conditions énoncées dans cette note interprétative – en particulier l’obligation de couvrir les avantages offerts d’une manière susceptible d’influencer l’exercice des pouvoirs discrétionnaires d’un agent public étranger au détriment d’un autre –, il doit être considéré que les États parties respectent la Convention. Cette question mérite un examen plus approfondi afin de bien préciser la fonction du terme “indu” dans le texte de l’article 16.

Un tel examen n’est pas nécessaire pour ce qui est des limites de l’infraction de corruption d’agents étrangers qui — bien qu’elle puisse également concerner l’exception des paiements de facilitation — ne repose pas sur le caractère courant des actes visés de l’agent public ou sur le fait que ces actes ne soient pas contraires aux devoirs officiels, mais simplement sur la valeur monétaire de l’avantage offert. Ainsi, dans un pays où la sanction est limitée aux pots-de-vin “d’un montant relativement important”, la législation a été jugée clairement inadaptée aux fins de la Convention.

Lien avec des activités de commerce international

L’infraction de corruption active internationale, telle que la prévoit la Convention, est liée à la conduite d’“activités de commerce international”, expression qui, selon une note interprétative, englobe la fourniture d’une aide internationale²¹. S’il est vrai que la question des paiements de facilitation, comme on l’a vu plus haut, demeure sujette à controverse, les experts gouvernementaux – dans la mesure où ils abordent le sujet – semblent approuver à l’unanimité dans son principe, voire considérer comme un succès et une bonne pratique, la décision de certains États parties de ne pas limiter l’infraction de corruption d’agents étrangers aux activités relevant du commerce international, allant ainsi au-delà des exigences minimales du paragraphe 1 de l’article 16 de la Convention.

Succès et bonnes pratiques

Dans un nombre significatif d’États parties, la législation sur la corruption d’agents étrangers va au-delà des exigences minimales de la Convention et couvre également les cas où la corruption ne vise pas à obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international.

Immunités en faveur des personnes qui communiquent des informations

Il est tout particulièrement intéressant de noter que certains États, notamment ceux qui assimilent les agents publics étrangers aux agents publics nationaux, appliquent aussi dans les cas de corruption active d’agents étrangers les immunités prévues en faveur des personnes qui signalent volontairement des actes de corruption avant que les organes chargés des enquêtes ne les détectent (comme on l’a vu précédemment dans la sous-section 1). Dans un État, on a

²⁰Travaux préparatoires des négociations en vue de l’élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, première partie, chap. III, art. 16, sect. C, par. 1 b (p. 186).

²¹Ibid., par. 1 c (p. 186).

fait valoir que l'article 16 ne vise pas la poursuite des agents publics étrangers en soi mais plutôt l'application générale de l'infraction de corruption d'agents étrangers et qu'il est donc légitime de se demander si les dispositions de droit interne qui prévoient des mesures de clémence en cas de dénonciation facilitent l'éradication de la corruption d'agents étrangers ou si elles devraient être jugées inapplicables dans de tels cas. Il est utile de souligner que cette position est également adoptée par d'autres mécanismes internationaux de suivi et, en particulier, le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, pour qui cette tactique risque de nuire à l'efficacité de la lutte contre le "côté offre" de la corruption d'agents étrangers. Le Groupe de travail estime que le moyen de défense fondé sur le "repentir réel" n'est pas utile dans les cas de corruption d'agents étrangers, car l'agent public concerné relève normalement d'un autre État et, même si l'État du corrupteur a mis en œuvre le paragraphe 2 de l'article 16 relativement à la corruption passive d'agents étrangers, les difficultés pratiques que pose l'application de cette infraction sont énormes. En conséquence, si un membre du Groupe de travail applique le moyen de défense fondé sur le "repentir réel" à la corruption d'agents étrangers, il est recommandé que ce moyen soit aboli ou que ses critères d'application soient limités de manière à ne pas nuire à l'efficacité de la répression du "côté offre" de la corruption d'agents publics étrangers.

D'un autre côté, on pourrait arguer qu'aucune disposition de la Convention n'interdit d'accorder l'immunité à une personne qui communique des informations. En revanche, le paragraphe 1 de l'article 37 énonce une obligation claire, et sans doute prépondérante, selon laquelle les États parties doivent prendre des mesures appropriées pour encourager les personnes qui participent ou ont participé à la commission d'une infraction de corruption, y compris de corruption d'agents étrangers, à fournir aux autorités des informations utiles à des fins d'enquête et de recherche de preuves, ainsi qu'une aide factuelle et concrète qui pourrait contribuer à priver les auteurs de l'infraction du produit du crime et à recouvrer ce produit. Le paragraphe 3 de l'article 37, en particulier, encourage les États parties à envisager d'accorder l'immunité à ces personnes si elles coopèrent. D'importantes considérations de politique générale peuvent également justifier une mesure de cette nature: permettre d'enquêter sur des infractions qui autrement pourraient passer inaperçues; permettre que des poursuites contre les agents publics étrangers corrompus soient engagées par l'État dont relèvent ces agents, voire (si l'État étranger n'est pas disposé à poursuivre) par l'État qui a accordé l'immunité (s'il a adopté une infraction équivalente à celle que prévoit le paragraphe 2 de l'article 16 de la Convention); engager des poursuites contre les fonctionnaires corrompus d'organisations internationales publiques et aider ces entités à prendre les mesures appropriées en la matière; et ouvrir la voie à des mesures annexes, comme le recouvrement du produit de l'acte de corruption, l'application de sanctions aux personnes morales impliquées, l'ouverture de procédures en vue de l'annulation d'un contrat ou du retrait de concessions ou le dédommagement des entités ou personnes qui ont subi un préjudice du fait de l'infraction. En outre, comme on le verra ci-après dans la sous-section 2 de la section A du chapitre III, l'application de l'immunité suppose souvent (comme elle le devrait) l'exercice d'un large pouvoir d'appréciation de la part des services chargés des poursuites et des tribunaux, et notamment exige que ces derniers évaluent dans quelle mesure les renseignements communiqués oralement ou par écrit par l'auteur de l'infraction le sont de manière volontaire et constituent le compte rendu véridique et complet de l'acte en question avant de prendre une décision concernant un éventuel traitement préférentiel à lui accorder.

Compte tenu de ce qui précède, la question mérite d'être examinée plus avant, afin de déterminer à quel point les mesures qui prévoient l'immunité en faveur des auteurs qui révèlent aux autorités les actes de corruption active d'agents publics étrangers sont compatibles avec les dispositions de la Convention. En substance, il convient de considérer que les mêmes principes que ceux vus ci-dessus et dans la sous-section 2 de la section A du chapitre III, ci-après,

concernant l'application automatique des dispositions relatives à l'immunité, s'appliquent également dans ces cas.

Efficacité

Dans la plupart des rapports d'examen des États parties qui ont mis en place les lois nécessaires, il a été noté que les services de détection et de répression n'avaient connaissance que d'un petit nombre de cas de corruption d'agents étrangers, voire n'en avaient jamais rencontrés, en raison des difficultés que pose la détection de cette infraction, et que seul un petit nombre de cas pertinents avaient été soumis au système de justice pénale. Bien que certains États parties aient confirmé l'existence d'enquêtes et de poursuites pour corruption d'agents étrangers et aient fourni quelques statistiques et/ou exemples concrets en la matière, seul un petit nombre de cas ayant débouché sur des décisions définitives et des condamnations ont été cités: la plupart des États parties ont fait état d'une à trois condamnations chacun. Même lorsqu'un nombre relativement élevé de condamnations a été signalé, il était difficile de dire combien d'entre elles étaient définitives et combien de dossiers étaient en cause. Dans un seul cas, l'examen a permis de constater et de saluer la grande efficacité de la répression. Fait significatif, l'État partie en question a souligné qu'il prenait le délit de corruption d'agents étrangers très au sérieux et que celui-ci constituait une priorité pour les autorités compétentes.

Difficultés

Le principal problème concernant l'application de l'article 16 est l'absence complète, dans de nombreux États, d'une disposition pénale incriminant la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques. Cette absence est constatée avant tout dans les pays du Groupe des États d'Asie et du Pacifique et du Groupe des États d'Afrique, où jusqu'à présent l'introduction d'une infraction correspondante n'a pas été jugée particulièrement prioritaire. Il convient de souligner que l'absence d'incrimination du "côté offre" de la corruption d'agents étrangers empêche aussi les États parties qui eux ont procédé à cette incrimination de réprimer efficacement l'infraction, car ils risquent de ne pas être en mesure d'exercer leur compétence extraterritoriale et d'obtenir une entraide judiciaire lorsque la double incrimination est exigée.

À l'intérêt relativement faible suscité par l'incrimination de la corruption d'agents étrangers s'ajoute encore la réticence générale des États parties à étendre la portée de leur législation pénale aux agents étrangers, comme en témoigne le nombre encore plus réduit de pays ayant adopté la disposition non impérative relative aux actes de corruption passive d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques. Cette situation est parfaitement illustrée par le cas d'un État partie qui, au même titre que d'autres pays, a dit ne pas avoir incorporé l'article 16 dans son système juridique interne en raison du risque de contradiction entre l'incrimination du comportement des agents publics étrangers et des fonctionnaires d'organisations internationales publiques et les immunités conférées aux agents de la fonction publique internationale par la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies. Il faut néanmoins bien souligner qu'une telle contradiction n'existe pas: les dispositions de l'article 16 sont juridiquement distinctes de la question des immunités conférées aux fonctionnaires d'organisations internationales publiques et elles n'ont pas et ne sont pas censées avoir d'incidence sur ces immunités²².

²²Voir également le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 211 et 275; le Rapport de la Conférence des États parties sur les travaux de sa première session (CAC/COSP/2006/12), par. 105 et 107; CAC/COSP/2008/7, par. 5; et le Rapport de la Conférence des États parties sur les travaux de sa deuxième session (CAC/COSP/2008/15), par. 116.

Hormis l'absence de mesures normatives, les difficultés courantes ont trait à la portée des expressions "agents publics étrangers" et "fonctionnaires d'organisations internationales publiques" aux fins de l'infraction, et en particulier à l'apparente inefficacité de la législation existante, qui court le risque d'être rabaissée au rang de texte remplissant une fonction purement symbolique. Les États parties devraient par conséquent prêter davantage attention à l'application. Comme pour l'absence d'incrimination, la question des immunités s'est de nouveau posée ici et a été invoquée par un État comme un facteur qui a empêché les services de détection et de répression d'enquêter et d'engager des poursuites efficaces concernant des cas de corruption d'agents étrangers. Quoiqu'il en soit, cette question (qui en tout état de cause ne touche que l'infraction de corruption passive) ne devrait représenter qu'une fraction du problème et peut être traitée dans la pratique lorsque des allégations pertinentes se font jour. Ainsi qu'il est indiqué dans les notes interprétatives se rapportant à la Convention, les États parties ont noté l'importance des immunités dans ce contexte et ont simplement encouragé les organisations internationales publiques à renoncer à ces immunités dans les cas appropriés²³. Les autorités nationales chargées des poursuites qui ne sont guère disposées à traiter des cas présumés de corruption de fonctionnaires d'organisations internationales ou s'abstiendraient de demander la levée de l'immunité devraient se voir fournir des directives précises sur l'étendue et les limites de ces privilèges et sur les procédures à suivre pour en demander la levée dans le respect des instruments juridiques internationaux applicables²⁴.

Afin de déterminer les facteurs qui font obstacle à la conduite des enquêtes sur la corruption d'agents étrangers et de mettre au point un moyen plus efficace de s'attaquer à de tels cas, un État a commandé une étude sur la répression de l'infraction nationale pertinente. Selon l'une des principales conclusions de l'analyse, pour parvenir à de meilleurs résultats dans la lutte contre la corruption d'agents étrangers, les divers organismes concernés doivent renforcer leur coopération. On a estimé que l'une des solutions efficaces consistait à mettre en place des équipes d'enquête multidisciplinaires, composées d'enquêteurs de différentes institutions dotés de compétences techniques dans le domaine des enquêtes politiquement sensibles et dans celui des enquêtes sur la criminalité financière. Il a été indiqué que ces équipes avaient déjà obtenu des résultats positifs.

B. Usage illicite de biens, trafic d'influence, abus de fonctions et enrichissement illicite

1. Soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public (article 17)

Tous les États parties ont conféré le caractère d'infraction pénale à la soustraction et au détournement de fonds publics. S'il n'existe pas d'approche commune aux différents États, mais plutôt une grande diversité de termes et de concepts recouvrant le comportement incriminé (par exemple, "vol", "soustraction", "malversation", "usurpation", "détournement", "mauvaise gestion", "abus de confiance criminel", "utilisation non autorisée de biens", "dilapidation de biens" ou "dépense de ressources budgétaires à mauvais escient"), les législations nationales visent en principe le vol de fonds remis à un agent public en raison de ses fonctions,

²³Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, première partie, chap. III, art. 16, sect. C, alinéa a (p. 186). Voir également CAC/COSP/2006/8, par. 7; et CAC/COSP/IRG/2013/12, par. 35.

²⁴Voir CAC/COSP/2008/7, par. 29 et 62.

ainsi que, plus généralement, l'usage abusif et la mauvaise administration de fonds et de ressources publics à des fins autres que celles auxquelles ils étaient destinés et au profit de l'agent public lui-même ou d'une autre personne ou entité. En conséquence, les résultats des examens ont été satisfaisants dans l'ensemble, et ce, malgré la diversité des termes employés, la fragmentation de la législation, voire la multitude d'incohérences et de chevauchements observés parmi les éléments factuels des infractions applicables. Dans seulement des cas isolés, les examinateurs ont insisté sur le remplacement de la législation existante par une disposition spécifique relative à la soustraction et au détournement dans le secteur public.

Il existe certaines exceptions notables, en particulier dans le Groupe des États d'Asie et du Pacifique, concernant la non-couverture du détournement ou de la soustraction, des États parties où l'usage illicite de biens n'est pas clairement établi en tant qu'infraction pénale distincte et un pays où ne sont utilisés que les termes "détournement" et "usurpation" mais pas "soustraction" et "usage illicite". Dans le second cas, les examinateurs ont estimé que le terme "usage illicite" était général et plus large que "usurpation" et avaient donc l'impression que l'acte en question n'était pas suffisamment couvert. En revanche, dans un autre État partie doté de dispositions identiques, aucun commentaire de cet ordre n'a été fait. En outre, il convient de signaler que, selon une note interprétative de la Convention, le terme "usage illicite", tel qu'il est utilisé dans l'article 17, pourrait être compris comme étant englobé par les termes "soustraction" et "détournement" ou comme étant synonyme de ces termes²⁵.

Dans plus d'un tiers des États concernés, la législation fondamentale relative aux comportements en question n'établit pas de distinction entre les actes commis dans le secteur public et les actes commis dans le secteur privé. Elle prévoit des infractions générales qui s'appliquent non seulement aux agents publics, mais aussi à toute personne à laquelle les biens d'autrui ont été confiés, notamment les administrateurs, dirigeants, employés ou mandataires de sociétés. Pour autant, dans nombre de ces pays, la soustraction ou le détournement de fonds publics par des agents publics peut constituer une circonstance aggravante, alors que dans d'autres États, si les infractions en question sont commises par un agent public, il semble possible d'appliquer simultanément des infractions supplémentaires telles que l'abus d'une fonction publique ou l'usage d'un poste public de mauvaise foi, et donc d'infliger des sanctions plus lourdes que celles prévues pour les citoyens ordinaires. Ces pratiques n'ont généralement pas rencontré d'objections, à l'exception de cinq cas dans lesquels les examinateurs ont préconisé la mise en place de dispositions spéciales pour l'incrimination des actes de soustraction, de détournement ou d'usage illicite de biens commis par un agent public. Cependant, dans la plupart des cas, cette recommandation ne constituait apparemment pas une objection fondamentale à l'application de la même infraction aux secteurs public et privé, mais était plutôt dictée par des considérations d'autre nature telles que la nécessité de garantir une différenciation adéquate entre les sanctions applicables ou par le fait que certains comportements visés à l'article 17 n'étaient pas incriminés par les dispositions nationales des pays en question. De même, aucune objection de fond n'a été soulevée dans un autre cas où il a seulement été recommandé que le détournement ou la soustraction par un agent public de biens qui lui ont été remis soient définis comme une circonstance aggravante spécifique dans l'infraction connexe.

Il est également intéressant de noter que la législation considère souvent comme une circonstance aggravante le fait pour l'auteur de s'approprier les biens en recourant au faux en écritures, à la saisie de fausses données dans les registres, livres comptables ou dossiers, à la falsification, la destruction ou l'altération de comptes, valeurs ou autres instruments et, en général, à tout acte visant à empêcher la découverte du détournement.

²⁵Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, première partie, chap. III, art. 17, sect. C, al. b (p. 191).

Objet de l'infraction

Un des principaux problèmes rencontrés est de déterminer les biens qui constituent l'“objet matériel” de l'infraction. L'article 17 s'applique à “tous biens, [...] tous fonds ou valeurs publics ou privés ou [...] toute autre chose de valeur”, étant entendu selon l'alinéa d de l'article 2 que le terme “biens” désigne “tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs”. De plus, le terme “tous les types d'avoirs” s'entend comme incluant les fonds et les droits sur des avoirs²⁶. Dans le même esprit, de nombreux États parties s'appuient sur des définitions larges du terme “biens” ou sur la jurisprudence ayant le même effet.

Exemple d'application

Le droit pénal d'un État partie ne prévoit pas de définition spécifique du terme “biens”. Cependant, selon un précédent juridique ancien, le terme reçoit une interprétation très large et englobe tout intérêt de valeur que possède un individu, autre que sa propre personne, sa vie et sa liberté, notamment des espèces et tout droit protégé par la loi pouvant être mesuré en termes pécuniaires, sous réserve que la loi confère au propriétaire les instruments juridiques à l'encontre de toute personne qui essaierait de l'empêcher d'utiliser ses biens.

Dans au moins neuf États parties, les avoirs immeubles n'entrent pas dans le champ des dispositions pénales correspondantes, puisqu'une personne ne pourrait soustraire que des biens dont elle a la possession. De même, dans au moins six autres États, la loi ne vise pas les biens intangibles ou incrimine la soustraction de biens meubles, d'espèces ou de titres de valeur ou encore d'espèces ou de valeurs et de marchandises, de documents, de lettres ou de registres officiels, mais ne semble pas englober toutes les formes de biens ou toute autre chose de valeur au sens de l'alinéa d de l'article 2 et de l'article 17 de la Convention. Dans la plupart des cas susmentionnés (mais pas dans la totalité), des recommandations ont été formulées pour que les États modifient leur loi de sorte que les biens immeubles ainsi que les biens intangibles soient inclus dans l'infraction de soustraction de biens, conformément aux définitions de la Convention. Deux États parties ont cependant fait valoir que l'agent public tenterait normalement de détourner ou d'utiliser illicitement des biens immeubles en contrefaisant un titre de propriété ou en falsifiant les données saisies dans un registre public. Un tel acte serait suffisamment couvert par les infractions relatives aux faux ou plus probablement à la fraude – un point qui a été jugé valide. Des infractions plus générales, telles que l'abus de fonctions, pouvaient également être applicables.

L'article 17 inclut comme objets matériels de l'infraction tous biens, fonds ou valeurs ou toute autre chose de valeur qui ont été remis à un agent public et qui appartiennent à l'État, à un particulier ou à une entité privée. À cet égard, des lacunes ont été décelées dans la législation d'au moins 10 États parties où seuls les avoirs ou les fonds publics alloués par l'État ou ses institutions en vue d'une utilisation dans des travaux et des activités d'intérêt public semblent visés et dans la législation nationale d'un autre pays qui ne couvre que les biens, les sommes d'argent ou les valeurs appartenant spécifiquement à l'État, à un organisme indépendant ou à un particulier, et qui exclut de ce fait les fonds appartenant à une organisation privée

²⁶Ibid., première partie, chap. I, art. 2, sect. C, al. e (p. 55).

telle qu'une fondation. Les autorités ont déclaré que, d'après la législation nationale, ces fonds ne sont en tout état de cause pas confiés à la garde d'agents publics, mais sont généralement transférés directement à l'État ou à un organisme public. Néanmoins, il a été estimé qu'une clarification de la législation pertinente était nécessaire pour faire en sorte que tous les types de fonds privés remis à un agent public soient visés.

La commission de l'infraction implique un abus de confiance de la part de l'agent public à qui on a remis les biens ou toute autre chose de valeur. Cela ne suppose pas un mandat spécifique de l'agent public pour gérer des fonds publics, comme dans le cas d'un pays, mais s'étend à toute forme de biens qui sont remis à un agent en raison de ses fonctions. Cela dit, il convient de noter que dans certains pays, les infractions de soustraction ou de détournement ne sont pas limitées aux cas où les biens ont été remis à un agent, mais englobent plus généralement l'appropriation de tous biens, avoirs ou toute autre chose de valeur qui sont entrés en possession de l'auteur de l'infraction, de quelque manière que ce soit. Hormis l'abus de confiance ci-dessus, l'article 17 ne prévoit pas de limites au contexte de la conduite en question. Par conséquent, une disposition nationale qui ne réprime le détournement par des agents publics que s'il est commis lorsque ses auteurs exercent des obligations relevant de leur fonction a été jugée insuffisante au regard des exigences de la Convention.

Enfin, tout comme pour les dispositions relatives à la corruption, dans certains États, l'infraction de soustraction de biens dont la valeur est inférieure à un certain seuil ne s'applique que si l'acte a de graves conséquences ou ne s'applique pas du tout et, dans ce cas, l'acte est traité administrativement. De telles conditions et limitations ne sont pas explicitement prévues dans la Convention et, dans certains pays, les examinateurs ont considéré qu'elles ne répondaient pas aux exigences de cette dernière. Cependant, il est vrai que d'après une note interprétative, l'article 17 n'a pas pour objet d'exiger la poursuite des infractions mineures²⁷.

Octroi d'avantages à des tiers

Dans de nombreux cas, des restrictions ou des divergences ont été constatées concernant l'octroi d'avantages à des tiers et des recommandations ont été formulées en conséquence. Si, dans certains pays, l'absence de référence explicite à l'acte accompli au profit d'une autre personne ou entité n'a pas été jugée problématique, dans d'autres cas, on a considéré qu'il était important de lever toute incertitude existante. Dans un des États parties concernés, les autorités ont fait valoir que l'absence de cette référence s'expliquait par le fait que l'utilisation que l'auteur faisait de ces fonds n'intervenait en rien, puisque les infractions mentionnées sont réputées consommées dès lors que les fonds sont détournés. Cette explication a été acceptée aux fins de l'application de cet article; il a toutefois été noté que l'octroi d'avantages à des tiers était explicitement exigé dans d'autres parties de la législation nationale, ce qui laissait supposer que l'absence d'une telle exigence dans d'autres dispositions n'était pas sans importance.

Mens rea

La faute intentionnelle est prise en compte dans tous les pays incriminant la soustraction de biens. Dans un cas, les examinateurs ont opposé une objection à l'absence de l'élément intentionnel dans le libellé de la loi considérée et ont souligné combien il importait que tous les éléments requis par la Convention apparaissent explicitement dans les dispositions concernées. Cependant, ces observations semblent quelque peu exagérées dans la mesure où, d'après les caractéristiques générales du système pénal en question, l'élément moral est implicitement

²⁷Ibid., première partie, chap. III, art. 17, sect. C, al. a (p. 191).

visé et où il est évident que la jurisprudence prend en compte l'élément intentionnel lorsqu'elle applique ces infractions.

Par ailleurs, dans deux États parties, la loi porte aussi spécifiquement sur les cas où l'infraction résulte d'actes de négligence commis par l'agent concerné, tandis que dans un autre, l'infraction de soustraction de biens pouvait, en soi, être constituée du fait d'une négligence ou d'une négligence grave (ou "manquement délibéré"). Cette dernière possibilité a été considérée comme une bonne pratique.

Efficacité

La soustraction de biens est une des infractions contre les biens les plus communes. De nombreux pays ont fourni des statistiques ou de la jurisprudence, souvent sans faire de distinction entre les secteurs public et privé, compte tenu de l'approche uniforme que nombre d'entre eux ont adoptée. Dans seulement des cas isolés, des problèmes potentiels d'application opérationnelle des dispositions nationales ont été mis en évidence, car aucun exemple de poursuites n'a été fourni par les États parties faisant l'objet de l'examen. Dans un État en particulier, il a été noté que la conduite connexe n'avait été incriminée que récemment, de sorte que les sanctions administratives demeuraient la peine la plus courante appliquée pour ces infractions.

2. Trafic d'influence (article 18)

Le trafic d'influence, qui fait l'objet d'une disposition non impérative de la Convention, a été érigé dans une certaine mesure en infraction pénale dans plus des deux tiers des États parties, et une législation en ce sens a été rédigée ou présentée dans plusieurs États. Cependant, il convient de noter que dans un grand nombre de ces États, les infractions applicables ne correspondent qu'en partie à la conduite décrite à l'article 18 ou présentent des écarts plus ou moins graves. Par exemple, dans un pays, l'infraction n'a pas été établie sur l'ensemble du territoire, tandis que dans plus de 12 pays, seul le trafic d'influence passif a été pleinement ou partiellement incriminé et certains de ces États avaient commencé à élaborer une législation en vue de couvrir tout le champ de l'infraction. En outre, dans certains pays, le trafic d'influence actif pourrait éventuellement être traité comme un acte de complicité de trafic d'influence passif ou d'incitation au trafic d'influence passif, puisque seule la forme passive de l'infraction est prévue par la loi. Dans seulement un tiers environ des États parties, les infractions connexes semblent pleinement satisfaire aux exigences de la Convention, les pays du Groupe des États d'Europe orientale étant les plus susceptibles de tomber dans cette catégorie.

Dans certains pays, appartenant principalement au Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, l'adoption d'une législation d'application a été envisagée, puis finalement rejetée. Ce rejet s'explique par le fait que le concept de trafic d'influence a finalement été jugé trop vague et dépourvu du niveau de clarté et de prévisibilité qu'exigeait le droit pénal, ou par le fait que le législateur, tenant également compte de la difficulté de distinguer le trafic d'influence des formes socialement acceptables de pression (notamment, le lobbying exercé par les représentants de groupes d'intérêts), a décidé de s'intéresser surtout aux actes les plus dangereux, en particulier ceux qui sapent la confiance dans l'administration publique, la justice et les autorités en général, et préféré suivre la voie de la prévention et établir des règles d'éthique professionnelle pour l'acte en question. La réticence d'un de ces pays à introduire des mesures de droit pénal a également été attribuée au fait que de nombreuses organisations non gouvernementales internationales opéraient et participaient à des activités de lobbying sur

son territoire. Des recommandations ont été formulées afin que la possibilité d'introduire une législation pénale adaptée soit réétudiée dans certains de ces pays.

Dans un autre ensemble d'États parties, dont presque tous sont des États de *common law* et appartiennent au Groupe des États d'Asie et du Pacifique et au Groupe des États d'Afrique, l'infraction semble avoir été (au moins partiellement) traitée dans le cadre de dispositions générales très vastes contre la corruption ou de diverses combinaisons, avec des dispositions spéciales contre les pratiques impliquant un trafic d'influence. Cependant, ces méthodes législatives ont suscité des réserves. Dans un cas, on a fait valoir que l'article 18 visait à encourager la création d'une infraction distincte et que l'accent n'était pas tellement mis sur la corruption, directe ou indirecte, mais plutôt sur l'influence personnelle dont disposait un agent public, ou toute autre personne, en raison de ses fonctions ou de sa situation. Dans d'autres États parties, faute d'informations et de jurisprudence plus détaillées, d'importantes incertitudes ont subsisté sur le champ de la responsabilité pénale, si bien que les examinateurs ont recommandé aux États en question d'envisager la possibilité d'inclure des dispositions spéciales en vue d'incriminer le trafic d'influence dans leur législation nationale. La question mérite d'être étudiée plus avant afin de déterminer si les États parties devraient être encouragés à modifier leurs méthodes d'incrimination pour les aligner sur le concept autonome de l'article 18, même lorsque l'acte en question semble être traité dans les dispositions internes générales en matière de corruption.

Certains examinateurs ont accepté l'idée selon laquelle il suffirait d'appliquer conjointement les dispositions fondamentales en matière de corruption et les dispositions sur la participation énoncées dans la partie générale du Code pénal pour viser dûment le trafic d'influence. Selon cette théorie, si un particulier promettait ou octroyait un avantage à un autre particulier (ou un agent public) pour exercer une influence sur un agent public, le premier particulier serait qualifié d'instigateur de corruption active et le second particulier (ou agent public) serait considéré comme le corrupteur dans le cadre de l'infraction de corruption. Néanmoins, l'exactitude de cette interprétation de la législation nationale est contestable, car elle suppose que l'agent public responsable de l'acte administratif souhaité ait participé, d'une manière ou d'une autre, aux activités de corruption et car elle ne tient pas compte de l'obligation d'établir la responsabilité pénale même si l'agent public n'a pas été sollicité en vue de subir une quelconque influence. Par conséquent, d'autres examinateurs ont rejeté les arguments similaires avancés par les autorités gouvernementales et ont conclu qu'il n'était pas possible d'imposer une sanction dans tous les cas de trafic d'influence en s'appuyant sur les dispositions en matière de corruption concernant la corruption active et passive (que ce soit à l'aide des dispositions sur la tentative ou en combinaison avec les dispositions sur la participation).

L'examen d'un autre pays dont les principes juridiques sont les mêmes que ceux décrits ci-dessus met plus précisément en évidence les différentes possibilités: l'infraction de corruption et les dispositions sur la participation sont applicables conjointement dans certains cas où l'agent public influencé prend part à l'acte de corruption ou l'accepte. Par exemple, en fonction du contenu de l'accord entre les différentes parties, le tiers pourrait être reconnu coupable de corruption active (ou d'incitation à la corruption active en vue d'exercer une influence sur un agent public), l'agent public de corruption passive et l'intermédiaire de corruption active (ou d'incitation ou de complicité). De plus, lorsque la personne promettant des avantages convient avec l'intermédiaire que ce dernier sera chargé de corrompre un agent directement, mais que l'intermédiaire ne s'en charge pas, cette situation peut constituer une "tentative d'incitation" à la corruption active, pour autant que ce concept existe dans la législation du pays en question. Hormis cela, les cas où aucun décisionnaire public n'est impliqué, ou ne l'est que de manière indirecte en tant que bénéficiaire final de l'avantage indu, restent exclus du champ d'application.

Par ailleurs, lorsqu'il existe une législation contre le trafic d'influence, il arrive qu'elle s'écarte du champ d'application de la Convention. La plupart des éléments fondamentaux constitutifs de l'infraction sont identiques à ceux prévus par l'article 15 (fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à une personne, directement ou indirectement, un avantage indu pour elle-même ou pour un tiers, et fait pour une personne de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour elle-même ou pour un tiers). En conséquence, dans certains cas, les examens ont concerné des problèmes similaires à ceux observés dans le cadre des infractions de corruption, notamment ceux portant sur l'inclusion du fait d'offrir ou d'accorder, de la sollicitation, des actes indirects, de la nature des avantages indu et des tiers bénéficiaires, ou sur des succès similaires, tels que les immunités accordées aux personnes qui communiquent des informations. Outre les questions susmentionnées, les aspects intéressants suivants ont été recensés.

“Trafic d'influence” par des agents publics

Un grave écart par rapport à l'esprit de la Convention concerne le fait que certains États parties, en particulier au sein du Groupe des États d'Asie et du Pacifique, n'incriminent que les actes commis par ou envers des agents publics, c'est-à-dire l'offre ou l'acceptation d'avantages visant à ce qu'un agent public abuse de son influence auprès d'un autre agent public.

Ce comportement constitue sans doute la forme la plus grave de trafic d'influence relevant du champ d'application de la Convention. Ce n'est pas un hasard si certains pays prévoient explicitement qu'il soit sanctionné dans le cadre des infractions de corruption principales, ou si, comme mentionné ci-dessus dans le cadre de l'article 15, certains États parties traitent partiellement ce comportement en incluant dans leurs dispositions relatives à la corruption les avantages destinés à inciter un agent à accomplir un acte qui est en rapport avec ses fonctions officielles mais qui ne relève pas des devoirs de sa charge. Il convient de considérer qu'un État qui n'inclut pas ces avantages dans ses infractions de corruption principales et qui, dans le même temps, n'estime pas qu'un agent puisse éventuellement se servir de son influence à des fins de trafic d'influence ne satisfait pas aux exigences de la Convention.

L'article 18 mentionne toutefois non seulement le trafic d'influence par des agents publics mais aussi la conduite de particuliers abusant de leur influence réelle ou supposée sur l'administration publique, un élément que les experts gouvernementaux chargés de réaliser les examens ont parfois négligé dans les cas où soit la version active de l'infraction soit ses deux versions semblent exclure le scénario d'une transaction entre particuliers. Cependant, l'obligation visée à l'article 18 étant d'"envisager" l'incrimination du trafic d'influence, ils ont conclu qu'une application incomplète satisfaisait néanmoins à ce niveau d'exigence de la Convention.

Trafic d'influence international

La Convention encourage les États parties à incriminer le trafic d'influence visant à l'obtention d'un avantage indu de la part de leurs propres administrations ou autorités publiques. Dans certains États parties, la législation va plus loin et incrimine également (dans une mesure plus ou moins grande) le trafic d'influence concernant les agents publics étrangers et internationaux, les membres élus des organisations internationales et les membres des instances judiciaires internationales.

Bien que, dans la grande majorité des cas, les experts gouvernementaux n'aient pas commenté la question du trafic d'influence international, ils ont parfois souligné que l'incrimination de ces pratiques constituait un succès. De plus, dans le cas d'un pays où la législation traitait déjà en partie la question puisqu'elle visait les agents des organisations et tribunaux internationaux, il a été observé que l'incrimination du trafic d'influence dans chaque pays était

un moyen important d'améliorer la transparence et l'impartialité du processus décisionnel public et d'éliminer le risque de corruption qui en découlait. Généralement, les personnes qui cherchent à corrompre des agents publics étrangers ont recours à des méthodes subtiles et à des intermédiaires, si bien qu'il est très difficile de prouver l'intention de l'agent public étranger d'accepter des pots-de-vin, puisque bien souvent, il est impossible de retracer les paiements en espèces. Par conséquent, l'attention des autorités nationales a été attirée sur l'importance de pouvoir utiliser l'infraction de trafic d'influence dans de telles situations et les États parties ont été encouragés à envisager d'élargir cette infraction pour inclure les agents publics étrangers et les membres des assemblées publiques étrangères.

Abus d'influence

L'article 18 fait référence à l'offre ou à la sollicitation d'avantages dans l'intention d'inciter le bénéficiaire ou le trafiquant d'influence à abuser de son influence. L'infraction inclut clairement les cas où la capacité du bénéficiaire à exercer une influence n'est pas réelle, et vise ainsi les cas où des allégations frauduleuses sont utilisées pour susciter l'offre d'un avantage indu. Dans plus de 12 États parties du Groupe des États d'Europe orientale et du Groupe des États d'Asie et du Pacifique, l'abus d'influence supposée ne semblait pas être incriminé; par conséquent, les infractions prévues par la loi n'étaient pas totalement conformes à la Convention. Il s'agit notamment d'un cas où l'infraction ne concernait que les trafiquants d'influence ayant un lien de parenté ou d'autres liens personnels étroits avec un agent public, donnant lieu à une intimité garantissant un libre accès à son bureau.

Les autorités nationales dans quatre de ces États ont déclaré que les questions se rapportant à l'influence supposée pourraient relever des dispositions relatives à la fraude dans le Code pénal. Les examinateurs ont en partie accepté cet argument. En effet, même les pays dont la loi inclut les allégations frauduleuses dans l'infraction de trafic d'influence appliquent parfois simultanément l'infraction de fraude, selon les différents intérêts juridiques protégés par chaque disposition. Cependant, en tant qu'infraction de nature économique, la fraude exige en règle générale que l'acte cause, ou puisse clairement causer, un préjudice économique direct – une condition restrictive qui risque d'exclure diverses situations relevant de l'article 18, par exemple lorsque l'avantage visé n'est pas de nature pécuniaire.

S'il doit y avoir un lien entre l'octroi, l'offre ou la promesse et l'incitation de l'agent ou de la personne à exercer son influence, l'infraction active est autonome et ne repose pas sur l'accord de la partie passive, et inversement. De plus, l'infraction ne porte pas sur l'abus d'influence proprement dit, mais s'étend aux situations où l'influence est seulement alléguée et n'a pas été exercée. Par conséquent, dans les États parties qui incriminent seulement l'exercice d'une influence par un fonctionnaire sur un autre en vue d'obtenir une décision favorable, la mesure législative pertinente a été jugée insuffisante.

Cependant, d'autres examinateurs ont exprimé une opinion fondamentalement différente: dans un État où l'infraction active visait également l'exercice d'une influence, plutôt que le trafic d'influence lui-même – sans qu'aucune référence ne soit faite au fait de promettre, d'accorder ou d'offrir un avantage indu au trafiquant d'influence – les examinateurs ont considéré que la législation nationale avait une portée plus large que l'infraction recommandée dans la Convention. Par conséquent, les arguments des autorités ont été acceptés, à savoir que le comportement en question était visé par les règles générales sur la participation (complicité, coopération nécessaire et, en particulier, concept d'"auteur médiateur" ou de "commission indirecte" existant dans certains systèmes de droit romano-germanique, selon lequel sont considérés comme auteurs de l'infraction non seulement celui qui exécute l'acte par lui-même (auteur direct) mais aussi celui qui se sert d'une autre personne comme d'un instrument pour

commettre l'infraction). D'après ces arguments, le cas prévu à l'alinéa a de l'article 18 de la Convention renverrait supposément au concept d'auteur médiateur, ce qui revient à incriminer pour l'essentiel l'exercice indirect d'une influence illicite sur une autorité ou un agent public par le fait de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage à une autre personne (l'auteur direct), qui utilise son influence sur ladite autorité ou ledit agent public. Toutefois, ces arguments ne répondent pas à la question de savoir que faire en l'absence d'auteur direct de l'influence illicite au sens susvisé, c'est-à-dire lorsque le trafiquant d'influence (la personne ayant une influence réelle ou supposée) n'est pas lui-même un agent public et n'exerce effectivement pas d'influence sur un agent, ou rejette la proposition de le faire. Comme pour les autres cas où les opinions des examinateurs divergent, la question devrait faire l'objet d'une analyse approfondie, afin de déterminer si le système national gagnerait au moins en sûreté juridique, si le trafic d'influence actif était incriminé en tant qu'infraction principale.

Un autre point de vue prête moins à controverse, à savoir le fait que l'incrimination du trafic d'influence dans certains pays du Groupe des États d'Europe orientale dans les cas où le bénéficiaire utilise "sa situation officielle, professionnelle ou sociale", en lieu et place ou en sus des cas classiques d'exercice d'une influence réelle ou supposée, a été qualifiée de bonne pratique. Il a été considéré que cette formulation élargissait le champ de l'infraction par rapport à l'article 18, bien que dans des pays dotés de la législation pertinente, aucun cas démontrant la valeur pratique de cette interprétation n'ait été recensé.

Obtention d'un avantage indu

Comme il a été mentionné précédemment, l'infraction de trafic d'influence n'exige pas que l'influence soit réellement exercée, ni que les résultats escomptés, à savoir obtenir d'une administration ou d'une autorité publique de l'État partie un avantage indu, soient obtenus. Compte tenu de cela, des dispositions nationales qui incorporent des éléments supplémentaires dans l'infraction connexe, tels que "le fait d'influencer par l'emploi d'un pouvoir", ou de demander à l'agent d'"accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un quelconque devoir dans le cadre de ses fonctions", ne sont pas jugées conformes à la Convention.

Exemple d'application

Dans un État partie, il a été noté que la législation applicable concernant le trafic d'influence couvrait tous les éléments matériels de l'infraction et, de plus, que ni le trafiquant d'influence ou l'intermédiaire ni la personne dont on sollicitait l'influence ne devaient être nécessairement des agents publics. Selon les dispositions, l'influence pouvait être réelle ou simplement supposée, et l'avantage indu pouvait être destiné à l'auteur de l'infraction ou à une autre personne. L'infraction semblait être consommée, que le résultat recherché soit obtenu ou non, et une infraction distincte était constituée si la personne dont l'influence a été sollicitée accomplissait l'acte demandé du fait de l'exercice de l'influence abusive.

De même, il n'est pas nécessaire que l'avantage recherché soit de nature particulière ou concerne un secteur administratif spécifique. En conséquence, il a été estimé que la législation exigeant que le trafic d'influence soit lié à l'obtention d'avantages de la part d'une entité publique, la promotion, l'exécution ou la passation d'un contrat avec un organisme public ou au jugement d'une affaire judiciaire ou administrative spécifique, ou encore à la création, directe ou indirecte, d'un avantage économique n'est pas pleinement conforme à la Convention.

D'autre part, et à condition que la loi concerne en principe tout avantage indu éventuel, des circonstances particulières telles que celles mentionnées ci-dessus, pourraient bien représenter des facteurs aggravants. Dans un État partie, par exemple, si la personne abuse de son influence sur un juge ou un procureur afin que le juge ou le procureur prononce, sursoie à prononcer ou s'abstienne de prononcer une décision ou une peine dans une affaire relevant de sa compétence, la sanction est renforcée et comprend la déchéance du droit d'exercer une fonction publique à vie. De même, dans deux autres États parties dont la tradition juridique est similaire, les sanctions sont plus sévères pour le trafic d'influence en vue d'obtenir une décision illicite que pour le trafic d'influence en vue d'obtenir une décision licite.

Efficacité

Relativement peu d'États ont fourni des données statistiques ou des exemples de cas et de condamnations pour trafic d'influence. Cela tient peut-être au fait que les infractions concernées sont bien souvent nouvelles et n'ont pas été testées, ce qui entrave pour le moment toute tentative d'évaluer leur efficacité de manière concluante.

Difficultés

La principale difficulté concernant l'article 18 semble être sa complexité intrinsèque, qui pose aux États parties des problèmes techniques et méthodologiques lors de la transposition dans leur législation nationale. Cela peut expliquer l'absence de dispositions incriminant la conduite concernée – en particulier dans sa forme active – dans plusieurs pays, ainsi que les cas où la possibilité de conférer au trafic d'influence le caractère d'infraction a été envisagée, puis finalement rejetée. Cela explique aussi les sérieuses difficultés d'interprétation qui sont apparues durant les examens et ont parfois conduit les examinateurs à des lectures contradictoires des textes nationaux, notamment en ce qui concerne l'application éventuelle des dispositions générales sur la participation ou l'adéquation des lois incriminant uniquement l'abus d'influence en vue d'obtenir une décision favorable. D'autres difficultés ont trait à l'incrimination du trafic d'influence par des particuliers, et pas seulement par des agents publics prétendant exercer une influence sur leurs collègues, et des cas où la capacité alléguée d'exercer une influence n'est pas réelle. Une manière de remédier aux difficultés susmentionnées pourrait être d'envisager d'adopter une infraction spécifique, distincte de la corruption, visant tous les éléments de l'article 18, en particulier l'abus recherché d'une influence réelle ou supposée. En effet, la description détaillée des différentes formes de trafic d'influence illicite dans une disposition distincte a été saluée comme étant une bonne pratique.

3. Abus de fonctions (article 19)

L'infraction d'abus de fonctions – telle que prévue par la disposition non impérative de l'article 19 – englobe un large éventail de fautes commises par des agents publics et joue un rôle auxiliaire par rapport à d'autres infractions de corruption plus étroitement définies. Cela a été confirmé dans un État partie où les autorités ont déclaré que la loi correspondante était utilisée dans certains cas comme une alternative à des poursuites pour corruption, s'il n'existait pas de preuves suffisantes visant tous les éléments nécessaires de cette infraction particulière. Comme il est indiqué dans la note interprétative concernant l'article 19, l'abus de fonctions "peut viser plusieurs types d'actes, tels que le fait pour un agent public de révéler indûment des informations confidentielles ou privilégiées"²⁸.

²⁸Ibid., première partie, chap. III, art. 19, sect. C (p. 205).

À quelques exceptions près, tous les États parties ont adopté des mesures pour incriminer l'abus de fonctions par des agents publics. Dans un État, seules des sanctions disciplinaires sont prévues, puisque le comportement en question est interdit en vertu des règlements de la fonction publique. Dans d'autres cas, une législation a été rédigée pour introduire l'infraction correspondante ou pour garantir la pleine application de la disposition faisant l'objet d'un examen.

Dans la plupart des États parties, la législation nationale (ou dans de rares cas la *common law*) contient une infraction générale qui comprend les principaux éléments constitutifs de l'article 19 – sous diverses appellations comme “abus de pouvoir ou d'autorité”, “abus d'autorité et manquement à l'exercice de ses fonctions officielles”, “abus d'une fonction publique”, “abus de confiance criminel”, “abus de fonction officielle” ou “faute dans l'exercice d'une fonction publique” – qui renvoient essentiellement au fait pour un agent public d'enfreindre la loi dans l'exercice de ses fonctions en accomplissant délibérément un acte ou en s'abstenant de remplir les devoirs de sa charge. Si dans quelques cas isolés, principalement au sein du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, le fait d'omettre d'accomplir un acte n'est pas inclus, dans d'autres cas, les dispositions concernées vont même un peu plus loin, en s'abstenant totalement de mentionner un acte ou une omission quelconque de l'agent pour s'appliquer à tout usage ou abus de ses fonctions ou de sa position dans le but d'obtenir un avantage quel qu'il soit.

Outre ces infractions générales, les États parties ont fait référence à un large éventail d'infractions particulières dans leur législation, qu'ils ont jugées utiles pour l'application de l'article 19, telles que le fait de refuser ou de retarder au-delà des délais légaux l'octroi d'une autorisation spéciale ou le traitement ou le règlement d'un dossier; le fait d'avoir, pour un agent, un intérêt personnel dans les contrats ou les transactions auxquels il participe en vertu de ses fonctions, et d'omettre de divulguer la nature de ces intérêts; le fait de prélever illégalement des impôts, frais, taxes ou autres avantages; la perception illégale de salaires; le non-respect de restrictions applicables après la cessation de service et le fait d'altérer, de détériorer ou de détruire des documents officiels, des données informatiques ou des logiciels.

Exemple d'application

Le Code pénal d'un État partie prévoit l'infraction spéciale de “transactions incompatibles”, selon laquelle:

Tout agent public qui, directement ou indirectement, prend un intérêt dans un contrat ou une transaction auxquels il participe en raison de ses fonctions, dans le but d'obtenir un avantage pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, sera puni d'une peine de prison comprise entre un et six ans et d'une déchéance spéciale du droit d'exercer une fonction publique à vie. Cette disposition s'applique aux arbitres, conciliateurs, experts, comptables, tuteurs, exécuteurs testamentaires, administrateurs judiciaires et liquidateurs.

L'incrimination de cette forme particulière d'abus de fonctions est réputée protéger les intérêts de la communauté, le prestige des agents publics et, surtout, la transparence du travail administratif, en garantissant l'impartialité de la fonction publique. La “prise d'intérêt” désigne le fait pour un agent de rechercher un avantage différent de celui prévu par la fonction publique, à savoir un avantage contraire à la bonne exécution des devoirs officiels de sa charge. La disposition en question n'exige pas que soient prouvés les dommages causés à l'État ni les gains personnels de l'auteur de l'infraction. L'intérêt de ce dernier suffit pour l'accuser d'abus de fonctions.

Certains États, en revanche, n'ont pas adopté d'infraction générale englobant les comportements principaux prévus par la Convention. Dans nombre d'États parties, en particulier au sein du Groupe des États d'Asie et du Pacifique, seuls certains cas spécifiques d'abus de fonctions ont été cités comme relevant des interdictions de la législation pénale applicable; ils concernaient notamment des actes de corruption, l'utilisation abusive d'informations confidentielles, la violation de droits ou d'intérêts privés, des actes accomplis malgré un conflit d'intérêts, le fait de faire ce qui n'est pas permis par la loi ou de faire plus que ce qui est permis par la loi ou de le faire plus tôt que prévu, la spéculation ou le pari sur la base d'actions ou d'informations officielles, le fait d'empêcher l'exécution d'ordres officiels ou l'application des lois de l'État, l'abus de pouvoir en vue de contraindre une personne à agir d'une certaine façon, la soustraction de fonds publics, ainsi que l'intimidation et les actes de violence. Dans un cas particulier, les autorités nationales ont fait valoir (à la satisfaction des examinateurs) que la définition des actes visés à l'article 19 était déjà largement couverte par les formes de corruption définies comme étant des infractions pénales passibles de sanction conformément à l'article 15. Selon ce point de vue, l'abus de fonctions concernera souvent des formes inachevées de corruption, par exemple la tentative de corruption passive et l'incitation à la corruption active. De plus, on a fait valoir que, dans certaines circonstances, le comportement douteux relevait du champ des infractions contre les biens telles que la soustraction et le vol. Toutefois, si ces infractions peuvent en effet viser, dans une certaine mesure, le comportement décrit à l'article 19, elles restent soumises à des restrictions importantes et ne peuvent pas être jugées pleinement satisfaisantes aux fins de la Convention, qui requiert une infraction beaucoup plus large pour protéger l'intégrité du service public.

En conséquence, dans la plupart des cas, il a été recommandé que les États parties susmentionnés envisagent de reproduire plus précisément l'infraction pénale visée à l'article 19 et adoptent une législation portant plus globalement sur l'abus de fonctions par des agents publics. En revanche, dans quelques États disposant de catalogues plus complets et apparemment plus exhaustifs d'infractions spéciales relevant de la catégorie des "abus de fonctions" (corruption, entrave à l'application d'une loi, détournement, prise illégale d'intérêts, favoritisme, non-respect de l'obligation de confidentialité, négligence ou refus d'agir dans un délai raisonnable), les examinateurs se sont dits assez satisfaits de la conformité de la législation nationale à la Convention, malgré l'absence d'une infraction générale suivant le concept de l'article 19.

Mens rea

L'abus d'autorité par des agents publics au détriment de l'intérêt général est normalement considéré comme une infraction pénale seulement lorsqu'il est commis intentionnellement. Il s'agit également du modèle préconisé dans l'article 19. Toutefois, dans certains cas, la loi étend la responsabilité pénale aux actes d'imprudence ou de négligence, et va donc plus loin que les normes minimales établies dans la Convention, ce que certaines équipes chargées de réaliser l'examen ont considéré comme un succès.

Obtention d'un avantage indu

Dans la plupart des États, la responsabilité pénale pour l'abus de fonctions présuppose que l'agent public agisse dans le but spécial d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou une autre personne – tel qu'énoncé dans la Convention – ou dans le but de nuire à une autre personne. Néanmoins, dans de nombreux États, l'agent public peut être tenu pour responsable, même s'il n'a pas cherché à obtenir un avantage indu ou ne recherchait aucun avantage. De plus, dans certains cas, la législation va même plus loin et l'auteur est considéré comme étant pénalement responsable, qu'il agisse ou non aux fins susmentionnées, dès lors qu'il agit de

façon arbitraire ou en violation des devoirs de sa charge. Le fait que l'infraction cause un préjudice à un individu ou au secteur public ou qu'elle débouche sur un avantage indu peut alors constituer une circonstance aggravante. Par ailleurs, si la législation considérait qu'obtenir un avantage constitue un élément objectif de l'infraction et non un élément renvoyant à l'objectif de l'auteur, alors les éléments de l'article 19 ne seraient pas pleinement réunis.

Exemples d'application

La législation d'un État comprend deux infractions distinctes d'abus de fonctions, qui exigent des éléments subjectifs différents. Ces infractions sont toutefois complémentaires. La première vise toute personne qui, étant employée dans le service public et abusant de l'autorité que lui confère sa fonction, accomplit ou ordonne à quelqu'un d'accomplir tout acte arbitraire préjudiciable aux droits d'autrui; et la seconde s'étend à tous les agents publics qui utilisent leur fonction ou position au sein d'un organisme public pour obtenir une contrepartie de valeur pour eux-mêmes ou pour toute autre personne.

Un autre État partie semble aller beaucoup plus loin et vise (là encore dans le cadre de deux infractions distinctes d'abus de fonctions) tout agent public qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet un acte illégal ou arbitraire, un acte de harcèlement ou de violence contre des personnes ou une atteinte à des biens; utilise des moyens illégaux ou inutiles pour exercer ses fonctions, ou permet à un tiers d'exercer ses fonctions; ou simplement omet, évite ou retarde tout acte relevant de ses fonctions.

Le terme "avantage indu" a le sens qui lui est donné dans d'autres infractions de corruption prévues dans la Convention, et comprend les avantages incorporels et non pécuniaires. Dans certains cas, la législation nationale utilise des termes tels que "le revenu ou les gains", qui ne semblent pas viser les avantages non matériels.

L'écart le plus important par rapport au texte de la Convention est observé dans un nombre considérable d'États où un certain degré d'atteinte, de dommage ou de préjudice (souvent "important" ou "considérable") doit être causé aux droits ou intérêts juridiques d'une personne physique ou morale, de la société ou de l'État pour que l'abus de fonctions soit considéré comme une infraction pénale. De plus, dans un de ces États, l'application des infractions pertinentes est soumise à un seuil, de sorte que les abus concernant des montants inférieurs à ce seuil ne sont pas incriminés, mais font l'objet d'une procédure administrative. Les dispositions qui conditionnent l'incrimination à la survenue d'un préjudice ou d'une perte appellent la prudence. La plupart – mais pas la totalité – des équipes d'examen ont émis des recommandations concernant l'élimination de ces exigences restrictives. Dans deux exemples, cependant, les examinateurs semblent avoir ignoré la condition préalable fixée par les dispositions nationales, selon laquelle l'acte arbitraire de l'agent public doit être préjudiciable aux intérêts ou porter atteinte aux droits d'autrui. Ils ont plutôt considéré que la loi élargissait le champ d'application de l'article 19, car elle n'exigeait pas que l'acte vise l'obtention d'un avantage indu, ou ont retenu l'argument des autorités nationales selon lequel une violation de la législation causera presque toujours un préjudice à l'État (à l'ordre juridique). Ils ont donc conclu que les lois en question étaient conformes à la Convention. Cela ne semble pas être justifié, dans la mesure où aucune explication n'est proposée pour écarter l'effet restrictif des exigences supplémentaires susmentionnées. En revanche, dans un État doté de dispositions similaires, les examinateurs ne sont parvenus au même constat qu'après avoir tenu compte de la

jurisprudence pertinente, qui a permis de conclure que tous les actes arbitraires d'un agent public causent un dommage aux citoyens, qu'il s'agisse d'un préjudice financier ou de la perte de leur droit à une décision éclairée.

Bénéficiaires

Dans un certain nombre de cas, les actes visant à obtenir un avantage indu pour des tiers ou pour des personnes morales sont exclus du champ d'application de la législation ou leur prise en compte par la loi reste incertaine. Dans un État, par exemple, le terme "dans son propre intérêt" a été jugé trop restrictif par rapport à la signification des termes employés dans l'article 19.

Un écart plus rare, mais plus grave, a été observé dans un autre pays où l'infraction concernée peut être commise au profit d'une autre personne, mais pas d'une autre entité ou, étonnamment, de l'agent lui-même. Si en pratique une partie de la conduite en question pourrait être sanctionnée au titre d'autres infractions de corruption existantes, il a été recommandé que l'incrimination de l'abus de fonctions soit élargie conformément aux exigences de la Convention.

Efficacité

Comme indiqué dans un examen, les dispositions relatives à l'abus de fonctions se rapportent à l'une des infractions les plus communes dans l'exercice des fonctions publiques. De manière significative, dans un pays du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, les infractions en question sont régulièrement constatées dans la pratique: près de 30 cas et entre 40 et 50 infractions sont signalés chaque année. Malgré cela, relativement peu d'États ont fourni des statistiques ou des informations sur la jurisprudence pertinente.

Difficultés

Il semble que la principale difficulté soit de reconnaître la nécessité d'introduire une infraction générale suffisamment large pour couvrir tous les comportements prévus par la Convention. Il est également nécessaire de remédier à l'importante restriction que suppose le fait de subordonner l'application de l'infraction à l'exigence objective qu'un dommage ait été causé à une personne ou à l'État.

4. Enrichissement illicite (article 20)

L'enrichissement illicite, une disposition non impérative, n'a pas été érigé en infraction pénale dans la plupart des États parties, bien qu'une législation soit en cours de préparation dans plusieurs cas. Les pays du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes semblent plus disposés à adopter une législation établissant cette infraction, tandis que les États parties appartenant au Groupe des États d'Europe occidentale et autres États sont plus enclins à la rejeter, comme l'atteste le fait qu'aucun pays n'a encore reconnu la notion d'enrichissement illicite. On notera que, dans deux États du Groupe des États d'Europe orientale qui ont incriminé le comportement en question, les examinateurs ont tenu à signaler cette incrimination et ont considéré qu'il s'agissait d'un succès et d'une bonne pratique. Dans certains cas où l'infraction a été introduite dans la législation nationale, l'incrimination découlait de l'application d'instruments régionaux de lutte contre la corruption tels que la Convention interaméricaine contre la corruption.

Dans au moins deux États disposant de législations quasi identiques, les examinateurs ont noté que les dispositions incriminant l'enrichissement illicite ne s'appliquaient pas de façon indépendante, mais dans le cadre d'enquêtes en cours contre des agents publics corrompus. En d'autres termes, les poursuites pour enrichissement illicite ne peuvent être engagées que dès lors qu'une enquête est en cours sur une autre infraction de corruption. Si, au cours de cette enquête, il y a des motifs raisonnables de penser qu'un agent public est en possession de biens dépassant ses émoluments présents ou passés, celui-ci doit justifier cet excédent ou sera jugé coupable d'une infraction distincte de l'enquête principale. Les examinateurs de l'un de ces États ont remarqué les limites de ce système et estimé que le pays en question devrait envisager l'élimination de cette exigence d'enquête préalable, qui semble restreindre le champ d'application de l'infraction prévue à l'article 20.

Il convient de noter que de nombreux États parties ont envisagé la possibilité d'adopter une infraction d'enrichissement illicite et ont entrepris de véritables efforts pour évaluer la compatibilité de son introduction avec leur système juridique national, mais ont conclu qu'elle ne serait pas adaptée ou ont émis des doutes sérieux quant à l'apparente violation des principes fondamentaux de justice qu'elle suppose, ainsi qu'aux limites constitutionnelles concernant essentiellement le droit d'être présumé innocent jusqu'à ce que la culpabilité soit légalement établie²⁹. La présomption d'innocence est invoquée parce que l'infraction d'enrichissement illicite repose sur la présomption selon laquelle les richesses accumulées sont acquises par corruption, sauf preuve contraire. Ce renversement apparent de la charge de la preuve dans une affaire pénale – qui devrait plutôt être décrit comme une présomption simple – n'est pas jugé compatible avec les principes fondamentaux du système juridique interne dans de nombreux États. Par ailleurs, on pense qu'il pourrait impliquer un risque considérable, à savoir celui de condamner des innocents dès lors qu'on ne croit pas en leur explication. C'est la raison pour laquelle les autorités de certains de ces pays ont très clairement indiqué qu'il n'était pas prévu d'inclure une telle infraction dans un futur texte révisé du Code pénal. Un État a même émis des réserves concernant l'article 20 lors de la ratification de la Convention, tandis que dans un autre pays, l'incrimination de l'enrichissement illicite a initialement été établie avant d'être abrogée au motif qu'elle était anticonstitutionnelle.

Compte tenu du caractère facultatif de l'exigence d'incrimination et du large pouvoir discrétionnaire dont les États parties bénéficient quant à son application, les examinateurs ont généralement accepté ces arguments et estimé que les pays concernés ont rempli l'obligation de l'article 20 prévoyant que chaque État envisage de conférer le caractère d'infraction pénale à l'enrichissement illicite³⁰. Dans le même temps, ils ont recommandé aux pays de continuer d'étudier d'autres évolutions législatives visant à tenir pour responsables les personnes qui ne parviennent pas à expliquer une augmentation substantielle et injustifiée de leur patrimoine. Dans quelques cas seulement, les examinateurs ont insisté sur le fait que, malgré ces explications, les États parties devraient poursuivre l'examen de l'incrimination de l'enrichissement illicite: dans l'un d'entre eux, les examinateurs ont cherché à remettre en question les arguments avancés par les autorités concernant la présomption d'innocence et sont même allés jusqu'à exprimer l'opinion selon laquelle, en cas d'obstacles constitutionnels à l'incrimination de l'enrichissement illicite, la Constitution devrait être modifiée ou qu'il faudrait adopter, au minimum, des dispositions sur la confiscation d'avoirs. De même, dans les cas où aucune raison impérieuse n'a été donnée pour la non-application des mesures, en dépit de certains

²⁹Voir les rapports du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de la reprise de sa troisième session, tenue à Vienne du 14 au 16 novembre 2012 (CAC/COSP/IRG/2012/6/Add.1), par. 31, et de la reprise de sa cinquième session, tenue à Vienne du 13 au 15 octobre 2014 (CAC/COSP/IRG/2014/11/Add.1), par. 26. Pour les questions relatives à l'incrimination de l'enrichissement illicite, voir Lindy Muzila *et al.*, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Stolen Asset Recovery (StAR) series. (Washington, Banque mondiale, 2012).

³⁰Voir aussi le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 297.

problèmes dans le cadre juridique national, les États parties en question ont été invités à étudier la possibilité de réexaminer s'il était opportun d'ériger en infraction pénale l'acte concerné.

Lorsque l'enrichissement illicite n'est pas incriminé, un effet similaire est recherché dans une certaine mesure par des interdictions faites aux agents publics d'accepter des dons qui leur seraient faits en leur qualité de fonctionnaires, par des dispositions pénales sur le blanchiment d'argent et le recel telles que prévues par les articles 23 et 24 de la Convention, par le renversement partiel de la charge de la preuve dans le cadre des avoirs appartenant à des personnes ayant participé aux activités d'une organisation criminelle ou l'ayant soutenue, ou à des personnes étrangères politiquement exposées provenant de pays dont les niveaux de corruption sont élevés, ainsi que par des dispositions spéciales sur la non-justification de ressources par des personnes liées à des délinquants ou à des victimes d'actes délictueux. De plus, la preuve de richesses inexplicables peut être, et est souvent, présentée lors d'un procès en tant que preuve indirecte à l'appui d'autres accusations de corruption dans le secteur public, de soustraction ou de blanchiment d'argent – en effet, certains pays de *common law* du Groupe des États d'Afrique et du Groupe des États d'Asie et du Pacifique ont introduit dans leur législation anticorruption ou antiblanchiment des dispositions explicites à cet effet. Mesure plus importante (et plus efficace), un certain nombre d'États ciblent l'enrichissement illicite au moyen d'une obligation de déclaration de patrimoine et de revenus, ainsi que de procédures de confiscation pénale élargie et de confiscation sans condamnation. Bien que toutes ces solutions ne répondent pas directement aux objectifs de l'article 20, celles du dernier groupe (à savoir la déclaration de patrimoine et de revenus et les procédures de confiscation pénale élargie et de confiscation sans condamnation) semblent constituer des solutions de remplacement viables qui méritent un examen plus approfondi et sont présentées brièvement ci-dessous.

Augmentation du patrimoine

L'élément principal de l'infraction est l'augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public par rapport aux revenus légitimes qu'il peut raisonnablement justifier, à savoir le fait que ses ressources financières ou ses biens se révèlent sans commune mesure avec ses sources de revenus ou son patrimoine actuels ou antérieurs, ou – comme l'expriment plus généralement un certain nombre de législations nationales – qu'il mène un train de vie supérieur à celui qui correspond à ses revenus actuels ou antérieurs connus. Il n'est pas nécessaire d'établir l'abus de fonctions ou l'accomplissement d'autres actes proscrits par l'agent public concerné comme un élément de l'enrichissement illicite — lorsque le droit interne l'exige, il conviendrait de considérer qu'il s'agit d'une restriction qui altère la nature de l'infraction et en réduit la portée. En outre, des limitations moindres ont été observées dans un État où il faut prouver que l'augmentation du patrimoine est survenue “en raison de l'emploi, du poste ou de la mission d'un individu dans la fonction publique”, ainsi que dans deux États où seules l'accumulation ou l'acquisition des biens par des moyens illicites au-delà d'un certain seuil (par exemple, un montant spécifique ou un pourcentage spécifique du revenu légitime) sont incriminées.

Normalement, il incombe au procureur d'établir l'enrichissement injustifié, à savoir la possession des biens dont l'origine est douteuse et les raisons pour lesquelles les sources de revenu du prévenu sont insuffisantes à leur acquisition. Une fois que des preuves suffisantes ont été recueillies pour démontrer que le patrimoine de l'accusé est supérieur à ce que peuvent justifier son salaire et ses autres revenus légitimes, il revient alors à l'accusé de prouver que ce patrimoine a été acquis légalement. Les éléments susmentionnés viennent appuyer la théorie selon laquelle l'infraction d'enrichissement illicite ne devrait pas être considérée comme un délit d'omission, mais comme une infraction “active”, centrée sur l'augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes.

En ce qui concerne la période prise en compte pour mesurer l'augmentation du patrimoine, dans la plupart des cas, la législation s'intéresse à toute la période qui suit le moment où la personne devient agent public. Néanmoins, dans certains cas, il est précisé que la période durant laquelle la situation financière d'une personne peut être contrôlée se termine quelques années (par exemple, deux ou cinq ans) après la cessation de ses fonctions et, dans un autre cas, il semblerait que seules les augmentations de richesses pendant la durée du mandat de l'agent public entrent dans le champ d'application de l'infraction.

Personnes visées

L'article 20 vise l'augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public, sans apporter plus de précisions sur la nature des personnes visées. Les législations nationales visant les infractions correspondantes ont tendance à être plus précises en ce qui concerne les personnes visées dont le patrimoine doit faire l'objet d'une surveillance.

Il convient d'abord de noter que tous les pays ne limitent pas l'application des infractions pertinentes à la possession d'un patrimoine anormalement élevé par des agents publics. Dans au moins 12 États parties, les dispositions applicables semblent également s'étendre à certains particuliers (par exemple, à ceux qui sont tenus de faire une déclaration sur l'honneur de leur patrimoine ou qui ont tiré un profit de contrats avec des entités publiques), voire à tous les particuliers lorsqu'il existe des motifs suffisants et raisonnables de croire qu'ils sont devenus propriétaires de biens meubles ou immeubles par le biais de moyens malhonnêtes et que les biens ne sont pas en adéquation avec leurs sources connues de revenus. De plus, la législation d'un État comprend une infraction spécifique concernant l'enrichissement illicite des employés de banque. Ces dispositions ont généralement été bien accueillies et il a été jugé utile, même pour les États qui en sont dépourvus, d'envisager la possibilité d'étendre leur législation pour enquêter sur l'enrichissement illicite dans le secteur privé.

En ce qui concerne les agents publics, l'infraction d'enrichissement illicite n'est pas limitée, en règle générale, aux personnes exerçant encore des fonctions officielles, mais inclut également les personnes qui ont précédemment assumé les fonctions d'agent public. De plus, certains États parties ont également incriminé la dissimulation d'un enrichissement illicite ou ont clairement fait savoir que toute personne qui aide un agent public à se soustraire à ses responsabilités en prétendant être le propriétaire légitime d'actifs douteux est également tenue d'expliquer l'origine d'une augmentation significative de son patrimoine. Ainsi, les "hommes de paille" comme les autres personnes qui tentent d'aider l'agent public corrompu sont sanctionnés, bien qu'il ait été noté que les États parties devraient veiller à ce que cette infraction ne serve pas à échapper à l'infraction plus grave de blanchiment d'argent.

Exemple d'application

Le droit pénal d'un État partie prévoit que:

Toute personne qui ne parvient pas à démontrer la provenance légitime d'une augmentation substantielle de son patrimoine, en son nom ou au nom d'un tiers aux fins de dissimulation, lorsque cette augmentation est intervenue après sa prise de fonctions et jusqu'à deux ans après la cessation de ses fonctions, sera punie de deux à six ans de prison, d'une amende égale à 50-100 % de l'enrichissement illicite et d'une interdiction absolue d'exercer une fonction publique à vie. L'enrichissement illicite comprend l'annulation de dettes et l'extinction d'obligations. Un tiers dissimulant l'enrichissement illicite sera sanctionné de la même manière que l'auteur de l'infraction.

Présomption de culpabilité simple

Comme l'énoncent clairement la plupart des législations nationales conférant à l'enrichissement illicite le caractère d'infraction, c'est à la personne faisant l'objet d'une enquête que revient de prouver la provenance légitime des fonds ou des biens en question. À moins qu'elle ne donne une explication satisfaisante au tribunal sur la façon dont elle a pu mener un tel train de vie, ou sur la façon dont elle a acquis certaines ressources financières ou certains biens, cette personne sera jugée coupable de l'infraction. Ainsi, il semble qu'une présomption simple de culpabilité soit établie: une fois que l'augmentation disproportionnée du patrimoine est démontrée, l'accusé peut alors présenter une explication raisonnable ou crédible pour éviter la sanction³¹. Cette présomption est explicitement énoncée dans la loi de certains États.

Exemple d'application

Dans un État partie, la loi dispose clairement que s'il est prouvé au cours du procès que l'accusé, en son nom, ou toute autre personne agissant en son nom, est devenu propriétaire ou est en possession de biens meubles ou immeubles qui ne correspondent pas aux sources connues de ses revenus, le tribunal doit alors présumer que l'accusé est coupable des accusations portées contre lui, et à moins que la personne réfute cette présomption, la sanction infligée sur la base de cette présomption ne sera pas jugée illégale.

S'agissant de la présomption d'innocence, il convient de noter que dans un État partie, les autorités défendent la légitimité du renversement de la charge de la preuve telle que décrite précédemment, en faisant valoir que personne n'est puni sur la base d'une présomption, mais sur la base de faits avérés et établis selon lesquels le patrimoine de l'agent public a augmenté durant ses fonctions lorsqu'il ne peut raisonnablement justifier cette augmentation par rapport à ses revenus légitimes. Les particularités de l'infraction d'enrichissement illicite sont justifiées par le fait que, bien que l'égalité de traitement soit garantie à tous les citoyens, les agents publics encourent une plus grande responsabilité du fait de leurs fonctions.

Certains États parties précisent que le renversement de la charge de la preuve ne concerne pas seulement les avoirs strictement en la possession de l'agent public, mais aussi les avoirs des personnes qui lui sont intimement liées, avoirs qu'on peut présumer être sous le contrôle de l'accusé. De plus, dans certains cas, les infractions existantes s'étendent explicitement aux avoirs des parents proches ou des personnes à charge d'un agent public.

Exemples d'application

Dans deux États parties dotés de dispositions identiques, lorsqu'un tribunal est convaincu, dans toute procédure pour enrichissement illicite, qu'il existe des raisons de penser qu'une personne, eu égard aux liens étroits qu'elle entretient avec l'accusé et à d'autres circonstances pertinentes, détient des ressources pécuniaires ou des biens en fiducie pour l'accusé ou en son nom, ou a reçu ces ressources à titre gratuit, en tant que prêt sans contrepartie suffisante de la part de l'accusé, ces ressources ou ces biens doivent, jusqu'à preuve du contraire, être considérés comme étant sous le contrôle ou en la possession de l'accusé.

³¹ Ibid.

Exemples d'application (suite)

Dans un autre État, le fait qu'un agent public ou toute personne à sa charge soit en possession de biens sans commune mesure avec ses sources connues de revenus, et sans qu'aucune explication raisonnable ne soit proposée par l'agent public, constitue une infraction pénalement répréhensible. La disposition pertinente comprend une explication du terme "personne à charge" qui englobe l'épouse, les enfants et les enfants par alliance, les parents, ainsi que les frères et sœurs mineurs qui résident avec l'agent et dépendent totalement de lui.

Fait inhabituel, une présomption de culpabilité supplémentaire concernant l'enrichissement illicite est établie dans un pays, dans les cas où un agent public n'autorise pas les autorités compétentes à enquêter sur ses dépôts ou opérations. Il a été considéré qu'il s'agissait là d'une violation du droit à ne pas s'incriminer et, par conséquent, il a été recommandé de supprimer cette présomption.

Utilisation des déclarations de patrimoine et de revenus au lieu de l'infraction d'enrichissement illicite

Dans nombre d'États où l'enrichissement illicite n'a pas été incriminé, on a fait valoir – argument qui a en partie été accepté – qu'un effet similaire – quoique pas tout à fait équivalent – pouvait être obtenu en mettant en place un système de contrôle rigoureux et opérationnel des revenus et du patrimoine des agents publics (par exemple, en rendant publics leur salaire et leur imposition), ce qui facilite la collecte d'informations et les activités de suivi et d'enquête. Un moyen encore plus efficace est d'établir une exigence juridique contraignante selon laquelle les agents publics soumettent des déclarations de patrimoine et de revenus pour eux-mêmes et pour leurs conjoints et enfants à charge (généralement avant de prendre leurs fonctions, puis chaque année). Les personnes qui doivent déposer une déclaration peuvent être priées de justifier toute augmentation des avoirs déclarés. Le défaut de déclaration et la soumission de fausses informations constituent, en fonction de l'État concerné, une faute disciplinaire, une infraction administrative, voire une infraction pénale. Ce système est conforme à l'obligation incombant aux États parties d'élaborer des politiques qui favorisent la transparence et la responsabilité, comme le prévoit le paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention. En effet, un État partie a indiqué qu'une loi sur la publication d'informations financières avait été adoptée (après de vives discussions au Parlement), plus particulièrement dans le cadre de la mise en œuvre de cet article.

Succès et bonnes pratiques

Un État partie a indiqué qu'il avait adopté un régime de déclaration du patrimoine, qui exigeait que tous les agents publics déclarent toutes les sources de revenus au moyen d'un formulaire prescrit. Les déclarations sont analysées et vérifiées et les informations concernant chaque agent sont conservées. Bien que les déclarations ne soient pas divulguées publiquement, la Constitution nationale prévoit que toutes les déclarations sont mises à la disposition de tout citoyen selon les modalités et les conditions prescrites par l'Assemblée nationale. Dans la pratique, il a été expliqué que les déclarations peuvent être consultées par le public moyennant le paiement d'une redevance à l'agence concernée.

Un autre pays va encore plus loin en rendant publiques toutes les déclarations d'impôts. Le public peut accéder en ligne aux informations concernant les revenus annuels, les

richesses et les déclarations fiscales des contribuables. De plus, des mesures telles que les règles de comptabilité et d'audit, ainsi que des règles sur la liberté de l'information contribuent à la prévention de l'enrichissement illicite et compliquent toute dissimulation d'éventuelles tentatives d'accumulation de gains illicites. Cette culture de la responsabilité et de la transparence a été bien accueillie par les examinateurs.

L'introduction de ce système s'est également avérée utile pour faciliter l'application de l'infraction d'enrichissement illicite dans les pays qui l'ont établie. L'infraction prévue à l'article 20 de la Convention peut fonctionner en tandem avec les infractions de défaut de déclaration de patrimoine ou de fausse déclaration. De plus, une procédure pour enrichissement illicite peut être engagée sur la base des données compilées après vérification des déclarations de patrimoine des personnes tenues de faire une déclaration. Parfois, la présentation d'une divulgation ou déclaration de patrimoine formelle pourrait même constituer un prérequis strict à une telle enquête. Ce n'est pas un hasard si dans de nombreux systèmes juridiques, toutes ces questions sont traitées dans le cadre de la même législation pénale spéciale sur la divulgation du patrimoine, de sorte que les personnes pouvant être tenues pénalement responsables d'enrichissement illicite ont également l'obligation de déclarer leur situation financière.

En raison de la nature non impérative de l'article 20, la valeur de cette autre solution a été reconnue et des recommandations ont été émises pour que les États parties envisagent d'établir des systèmes de déclaration de patrimoine (et pas seulement de déclaration d'intérêts), au moins pour les agents haut placés et les parlementaires, et en général de prendre des mesures destinées à améliorer l'efficacité des systèmes existants, à réduire les faiblesses opérationnelles et à prévoir des sanctions plus efficaces dans le traitement des déclarations inexactes. Par exemple, dans plusieurs États parties, il a été noté que dans la pratique, les formulaires de déclaration de patrimoine et de revenus étaient remplis et transmis, mais n'étaient pas vérifiés, parce qu'il n'existait aucun processus de vérification ou parce qu'il n'y avait pas de personnel adéquat. Ainsi, il a été recommandé que les pays examinés envisagent d'unifier et de rationaliser le processus de déclaration de revenus et de patrimoine, en chargeant une seule institution spécialisée dotée des ressources matérielles et humaines adéquates de vérifier les informations reçues. Les États pourraient recourir à un système de contrôle par sondage de certaines déclarations (par exemple, en se concentrant notamment sur les catégories d'agents publics les plus exposées) ou à un mécanisme de rotation permettant de contrôler chaque année une administration différente. On pourrait également envisager d'introduire des systèmes de déclaration électronique des avoirs et de renforcer l'accès du public aux déclarations de revenus et de patrimoine de certaines catégories d'agents pour permettre au public de formuler des observations quant à leur véracité. Dans un cas particulier, il a été recommandé d'introduire des sanctions plus strictes, comme la confiscation des biens non déclarés, en cas de falsification délibérée d'une déclaration de patrimoine et de revenus ou de soumission délibérée de fausses informations sur une telle déclaration. Enfin, dans certains États parties, il a été recommandé que la réglementation sur les déclarations de patrimoine soit étendue à d'autres catégories, voire à tous les agents publics, et pas seulement aux détenteurs des plus hauts postes politiques ou judiciaires, tandis que, dans un autre cas, il a été recommandé que les membres de la famille des personnes obligées soient également visés³².

³²Voir le Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de la reprise de sa troisième session (CAC/COSP/IRG/2012/6/Add.1), par. 31, dans lequel est soulignée l'importance de viser les hauts responsables tels que les parlementaires et les membres du système judiciaire, et de mettre en place des mécanismes efficaces de suivi. Concernant l'élaboration de systèmes efficaces de déclaration de revenus et de patrimoine pour les agents publics, voir Banque mondiale et ONUDC, *Public Office, Private Interests: Accountability through Income and Asset Disclosure*, Stolen Asset Recovery (StAR) series (Washington, Banque mondiale, 2012); et Ruxandra Burdescu *et al.*, *Income and Asset Declarations: Tools and Trade-Offs*, Stolen Asset Recovery (StAR) series (Washington, Banque mondiale, 2012).

Utilisation de pouvoirs élargis de confiscation ou de la confiscation sans condamnation au lieu de l'infraction d'enrichissement illicite

Certains pays ont eu recours à d'autres moyens pour obtenir un effet similaire à celui prévu par l'article 20. Ces moyens sont liés au régime de la confiscation prévu par l'article 31 – même s'il faut bien préciser que les principes de confiscation et d'enrichissement illicite sont conceptuellement différents et ont des objectifs fondamentalement différents, comme le montre également le fait qu'ils figurent dans des dispositions distinctes de la Convention (à savoir l'article 20 et le paragraphe 7 de l'article 31). Tout d'abord, dans un contexte plus général, l'acquisition de gains illicites à la suite d'actes criminels liés à la corruption peut donner lieu à des sanctions relatives aux biens, notamment la saisie et la confiscation du produit du crime ou des biens provenant de ces actes délictueux ou utilisés dans leur perpétration. Certains États parties ont encore développé ce concept et introduit une législation selon laquelle les richesses inexplicables peuvent faire l'objet de mesures conservatoires et d'une confiscation: *a)* sans que le tribunal pénal ne doive prouver qu'elles proviennent de l'infraction particulière pour laquelle le propriétaire a été condamné (pouvoirs élargis de confiscation); ou *b)* dans les procédures civiles (confiscation civile sans condamnation). Ces deux possibilités sont expliquées de façon plus détaillée ci-dessous.

En vertu des pouvoirs de confiscation élargis, si un tribunal reconnaît une personne coupable d'une infraction pénale grave, il peut (ou dans certains cas un tribunal civil saisi par le procureur), dans les cas prévus par la loi, confisquer une partie ou la totalité des avoirs de l'auteur de l'infraction s'ils appartiennent à l'auteur au moment du jugement, et si la nature de l'infraction pénale, le revenu légitime, l'écart entre la situation financière et le train de vie de la personne ou une autre raison laissent présumer que la personne a acquis les avoirs par le biais d'autres activités criminelles. La décision d'appliquer la confiscation élargie est fondée sur la preuve que les biens proviennent d'une activité criminelle, en l'absence de preuve contraire. En d'autres termes, la confiscation n'est pas appliquée aux avoirs dont l'acquisition par des fonds légaux a été prouvée.

La confiscation sans condamnation tient son origine de la tradition de *common law*, mais a également été adoptée dans un certain nombre de pays de droit romano-germanique au cours des dernières années. Tandis que dans le cas de la confiscation élargie, une condamnation pénale doit être obtenue pour au moins une infraction, dans le cas de la confiscation sans condamnation, aucune accusation d'infraction pénale n'est portée. Lorsqu'il existe des motifs de soupçonner que les richesses totales d'une personne dépassent la valeur des richesses légalement acquises, un tribunal civil ou les autorités menant des enquêtes financières préliminaires avant que l'affaire ne soit portée devant les tribunaux peuvent obliger cette personne à prouver que ces richesses ne sont pas le produit d'une infraction. Dans les procédures civiles en question, un standard moins strict que la preuve "hors de tout doute raisonnable" est appliqué. Si les autorités établissent – sur la base de l'hypothèse la plus probable et des preuves prépondérantes – que les avoirs proviennent d'activités criminelles et que la personne concernée ne peut pas démontrer leur origine légale, le tribunal peut ordonner la confiscation des avoirs ou ordonner à la personne de payer une partie correspondant à leur valeur.

Cette approche novatrice visant à répondre par des voies non pénales aux préoccupations liées aux richesses inexplicables et à l'enrichissement illicite a été bien accueillie. Notamment, dans un cas où les dispositions pertinentes sont associées à des garanties considérables offertes à l'accusé, on a fait observer que l'efficacité de ces mesures présenterait un intérêt lors des examens futurs et pourrait constituer une alternative sérieuse pour répondre au problème de l'enrichissement illicite. Toutefois, les États parties devraient veiller à l'efficacité des procédures applicables. Ainsi, dans un cas où la confiscation a été rendue presque impossible en

raison de l'obligation de prouver que la valeur des richesses inexplicées correspondait au moins à 1 500 fois le salaire minimum, il a été recommandé d'éliminer l'obstacle que représente ce seuil.

Mesures procédurales

Même dans les cas où aucune loi pénale générale ni aucune mesure punitive équivalente n'ont été adoptées pour répondre au problème de l'enrichissement illicite des agents publics, des mesures procédurales pratiques peuvent être adoptées pour lutter efficacement contre ce comportement. Par exemple, dans un cas, un mécanisme détaillé facilitant les enquêtes sur les cas de richesses illicites présumées a été cité comme étant une bonne pratique contribuant aux objectifs de la Convention.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, le directeur des poursuites pénales a le pouvoir de demander à un juge un mandat d'enquête s'il prouve: *a*) qu'une personne mène un train de vie supérieur à celui qui correspond à ses sources de revenus ou à son patrimoine actuels ou antérieurs connus; ou *b*) que la personne contrôle ou possède des ressources financières ou des biens sans commune mesure avec ses sources de revenus ou son patrimoine actuels ou antérieurs connus; et *c*) qu'elle mène ce train de vie en commettant des actes de corruption ou des actes illicites; et *d*) qu'une telle enquête a de fortes chances de révéler des informations importantes concernant des activités illicites. Le directeur peut alors convoquer le suspect ou toute autre personne mentionnée dans le mandat d'enquête, afin qu'il ou elle réponde à des questions ou fournisse des preuves. Ces informations peuvent être utilisées pour saisir et confisquer des biens ou conduire à des enquêtes pénales complémentaires. Bien que cette procédure n'ait pas encore été appliquée, des directives étaient en cours d'élaboration pour en faciliter l'application.

Efficacité

Même dans les États reconnaissant la notion d'enrichissement illicite, les dispositions pertinentes font parfois encore débat parmi les spécialistes et dans les milieux judiciaires. Par exemple, dans un État partie, la Cour suprême a été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de l'infraction d'enrichissement illicite, tandis que les autorités ont déclaré avoir tenté d'appliquer et d'interpréter les termes de cette infraction dans le respect des droits de l'homme et conformément aux principes fondamentaux de leur système juridique national. Cette controverse en cours peut, dans une certaine mesure, expliquer l'application limitée de l'infraction. Certains États parties ont admis que les dispositions pertinentes n'avaient jamais été appliquées ou exprimé des craintes concernant le respect du principe de légalité dans son application future. Seuls relativement peu d'États parties ont fourni des statistiques ou fait état de succès, ou du moins d'affaires en instance devant les tribunaux lors des examens effectués.

L'application limitée de cette infraction en pratique semble être en partie imputable à des carences opérationnelles et à des difficultés procédurales. Par exemple, un État partie a indiqué qu'il était difficile d'intenter des actions, en raison des problèmes rencontrés en matière de profilage financier, d'analyse de la valeur nette et de localisation et de saisie des avoirs. Dans un autre État, des charges d'enrichissement illicite ne pourraient être retenues qu'après

que le tribunal supérieur d'audit a émis un rapport. Cet État a donc été instamment prié d'envisager la possibilité de permettre au ministère public de commencer à enquêter sur la base de ses propres éléments de preuve, sans avoir à attendre ce rapport. De même, dans un autre cas, il a été noté que la législation actuelle sur l'enrichissement illicite ne donne pas de résultats satisfaisants, en raison de la complexité de la procédure préjudiciaire applicable aux infractions pertinentes, qui prévoit que l'organe chargé de la vérification des déclarations de patrimoine n'a pas l'autorité de demander les informations bancaires d'un agent directement aux entités financières et bancaires mais doit d'abord obtenir une décision de la Cour suprême de justice en formation plénière. Il a par conséquent été recommandé que la législation applicable soit modifiée.

Difficultés

Outre les carences opérationnelles qui expliquent que l'infraction ne soit appliquée dans la pratique que dans quelques cas, les problèmes les plus importants concernant l'application de l'article 20 ont trait aux raisons susmentionnées qui sont à l'origine de la non-incrimination de l'enrichissement illicite à l'échelle nationale, en particulier aux limites constitutionnelles et autres restrictions équivalentes liées au principe de la présomption d'innocence et à la charge de la preuve en matière pénale. D'autres difficultés ont été recensées concernant les lacunes des systèmes de déclaration du patrimoine et des revenus, et l'application de lois existantes telles que la législation fiscale et la législation contre le blanchiment d'argent, aux cas d'enrichissement illicite avec les risques de chevauchement que cela suppose.

C. Infractions dans le secteur privé

1. Corruption dans le secteur privé (article 21)

L'article 21 de la Convention est une disposition non impérative qui souligne combien il importe d'exiger l'intégrité et l'honnêteté dans les activités économiques, financières et commerciales³³. Il s'inscrit également dans un contexte qui voit se développer l'externalisation ou la privatisation de secteurs d'activité, notamment de services d'utilité publique, habituellement gérés par les États ou les organismes publics, de même que le recours aux partenariats entre secteur public et secteur privé. Dans ces conditions, il peut être particulièrement difficile de dresser un tableau permettant d'identifier les agents ou les employés d'un organisme public. Il est donc important que le secteur privé ne bénéficie pas d'un traitement trop différent de celui du secteur public aux fins des politiques anticorruption.

Au moment des examens, près des deux tiers des États parties avaient adopté des mesures pour incriminer la corruption dans le secteur privé, en partie du fait d'instruments régionaux antérieurs tels que la Convention pénale sur la corruption et la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Europe et du Conseil de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé. Dans un État partie à structure fédérale, malgré l'absence d'une loi fédérale en matière de corruption commerciale, la corruption dans le secteur privé a donné lieu à des poursuites en vertu de lois connexes et a en outre été incriminée dans une large mesure au niveau des États. Dans d'autres cas, seule la corruption active est incriminée, tandis qu'il existe aussi des pays où l'on observe la situation inverse (incrimination de la seule corruption passive), auquel cas la corruption active pourrait être poursuivie en tant que participation à l'acte commis par le bénéficiaire du pot-de-vin. Par ailleurs, dans quelques cas, les actes

³³ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 298.

de corruption passive dans le secteur privé pourraient répondre aux critères exigés pour relever de la catégorie des infractions générales concernant l'abus de confiance ou l'acquisition de biens par des voies illicites. Dans plusieurs cas, une législation relative à l'incrimination de la corruption dans le secteur privé a été introduite, et la nécessité d'adopter une législation similaire dans un autre État partie a été considérée comme une priorité.

Les groupes régionaux dont les membres sont le moins susceptibles d'avoir adopté l'infraction de corruption dans le secteur privé sont le Groupe des États d'Asie et du Pacifique et le Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes. Certains États de tradition romano-germanique appartenant à ce dernier groupe ont fait valoir (ou étudié) la possibilité de poursuivre le comportement en question comme un type d'acte frauduleux en vertu des dispositions pertinentes de leur code pénal. Toutefois, une telle possibilité doit être envisagée avec des réserves, car il est peu probable que les infractions de fraude applicables, qui comprennent, en règle générale, les éléments restrictifs de tromperie et de préjudice économique, puissent couvrir les situations envisagées à l'article 21. Il en va de même des infractions relatives à la divulgation de secrets ou d'informations ayant trait à l'activité professionnelle d'un employé dans le secteur privé.

Quant à la méthode d'incrimination, de nombreux pays ont choisi d'utiliser les mêmes dispositions que celles appliquées à la corruption d'agents publics, ne faisant aucune distinction fondamentale entre la corruption dans les secteurs public et privé. Cette approche a été considérée comme une bonne pratique et un atout dans la lutte contre la corruption, en ce qu'elle a l'avantage de réduire les risques de lacunes lorsqu'il s'agit de déterminer les dispositions applicables, par exemple à des entités du secteur privé qui fournissent un service public ou aux partenariats public-privé.

Les éléments fondamentaux des infractions facultatives de corruption active et de corruption passive sont identiques à ceux figurant dans l'article 15 (le fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à une personne, directement ou indirectement, un avantage indu pour elle-même ou pour un tiers et le fait pour une personne de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu pour elle-même ou pour un tiers). Les infractions visent les avantages corporels et incorporels, qu'ils soient pécuniaires ou non pécuniaires, tout comme les cas où aucun don ni autre avantage n'est effectivement offert. Des problèmes de même nature que ceux constatés dans l'application de l'article 15 se posent parfois au niveau des dispositions législatives nationales, par exemple au sujet des notions de "promesse" et d'"offre", de la sollicitation, de la corruption indirecte, des avantages accordés à des tiers ou de la portée des avantages indus. Toutefois, ils semblent moins fréquents et sont moins graves que ceux rencontrés dans l'application de l'article 15. De plus, dans certains cas, la législation nationale va plus loin que la Convention en prévoyant des dispositions analogues à celles décrites en rapport avec l'article 15, en visant par exemple les paiements *ex post facto* ou encore les cas dans lesquels un lien évident entre le bénéfice illicite et un acte ou une omission du bénéficiaire ne peut être établi.

Catégories de particuliers visés

Selon l'article 21, peut bénéficier d'un avantage illégal toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, indépendamment de ses fonctions. Sont donc visés les dirigeants et les employés à tous les niveaux hiérarchiques des entités du secteur privé, ainsi que les mandataires et les consultants de sociétés, les membres de professions libérales et les entrepreneurs individuels, et même les entités juridiques ou fondations à but non lucratif, les organisations de volontaires ou les organisations sportives (dans la mesure où, cela va de soi, elles se livrent à des activités économiques,

financières ou commerciales). Plus de 12 États parties dont la législation prévoit des dispositions pénales contre la corruption dans le secteur privé, et qui appartiennent en particulier au Groupe des États d'Europe orientale, se sont heurtés à des problèmes concernant les catégories de particuliers visés. Dans ces pays, la législation nationale régit une gamme incomplète d'entités juridiques (par exemple, uniquement les sociétés ou les institutions financières), réglemente la conduite de certaines catégories seulement de bénéficiaires potentiels de pots-de-vin (par exemple, les courtiers, les intermédiaires, les fiduciaires ou les avocats) ou utilise des définitions plus restreintes pour les personnes concernées (par exemple, les personnes qui administrent les affaires d'un tiers ou dirigent une personne morale de droit privé, agissent au nom de cette personne ou au nom d'une autre personne physique, et qui s'acquittent de fonctions d'administration, de supervision ou d'encadrement ou de fonctions relatives à l'organisation des mouvements d'avoirs), ce qui revient à viser principalement les personnes occupant des postes de direction. En conséquence, des recommandations ont été jugées nécessaires afin que la législation de ces pays mette pleinement en œuvre l'article 21.

Une approche inverse a été adoptée dans un autre État, où il apparaît clairement que l'infraction de corruption s'applique à toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, même si sa fonction ou son activité est sans rapport avec le pays ou est exercée en dehors du pays, ce qui permet de viser tous les employés du secteur privé quels que soient leur pays d'emploi, la nationalité de leur employeur ou les effets de leurs actes sur la concurrence interne ou le cours des activités au sein de l'État concerné. Une telle approche est propice à la réalisation des objectifs de la Convention. De même, dans un autre État, le terme utilisé pour décrire le bénéficiaire potentiel du pot-de-vin est interprété d'une manière à inclure toute personne accomplissant une tâche au service d'une personne physique ou morale, que cette personne soit titulaire ou non d'un contrat de travail. Il suffit que la personne en question se soit vu confier une tâche, rémunérée ou non, au service de la personne morale.

La question controversée s'est posée de savoir si la solution consistant à employer le terme "mandataire" et à fonder l'infraction de corruption dans le secteur privé sur la relation mandant-mandataire – concept qui, comme on l'a vu plus haut, est relativement répandu dans les pays de *common law* – permet de satisfaire aux exigences de l'article 21. Certes, dans la plupart des cas, les examinateurs ont semblé exprimer des réserves au sujet de cette méthode, car il était apparemment difficile de dire si les règles s'appliquaient aux administrateurs et au personnel de direction (exclusivement, ou à l'inverse pas du tout), si bien qu'ils ont recommandé aux États en question d'envisager d'élargir la portée de l'incrimination de façon à inclure les transactions réalisées en dehors de ce contexte et couvrir l'ensemble des comportements prévus par l'article 21 de la Convention. En revanche, dans au moins trois États dotés de dispositions presque identiques, il a été confirmé que le terme "mandataire", tel que défini dans les pays de *common law*, désigne toute personne employée par un tiers ou agissant pour un tiers, y compris les directeurs généraux ainsi que les administrateurs de personnes morales, et sont parvenus à la conclusion que l'article 21 était intégralement appliqué. Dans un de ces pays, il a même été souligné que la définition large du terme "mandataire" constituait une bonne pratique. La question mérite donc un examen plus approfondi, compte tenu du nombre important de pays concernés et du caractère non impératif de cet article.

Violation des devoirs

En ce qui concerne le comportement de la personne corrompue visé par la Convention, l'article 21 est interprété en principe comme une infraction d'abus de confiance, dans les cas où les bénéficiaires d'avantages illégaux sont amenés à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte en violation de leurs devoirs, et comme un moyen de préserver avant tout la relation de

confiance entre l'employeur et l'employé. En effet, la plupart des États ont adopté ce critère pour définir le champ d'application de leurs infractions, ou appliquent des normes en grande partie équivalentes telles que la dissimulation de l'avantage illicite à l'employeur ou au mandant en violation des exigences de la bonne foi, ou l'absence de connaissance et d'autorisation ou de consentement de la personne responsable des activités de l'employé. Sont concernés ici un certain nombre de pays de *common law* dans lesquels l'infraction de corruption dans le secteur privé s'applique à toute transaction par laquelle un mandataire (c'est-à-dire une personne employée par un tiers ou agissant pour un tiers) se voit offrir ou promettre, ou encore accepte, etc., "par corruption" un don ou une contrepartie comme incitation ou récompense en vue d'accomplir ou s'abstenir d'accomplir, ou pour avoir accompli ou s'être abstenu d'accomplir, tout acte en relation avec les affaires ou activités commerciales de son mandant, ou pour favoriser ou désavantager, ou s'abstenir de favoriser ou de désavantager, toute personne en relation avec les affaires ou activités commerciales de son mandant. L'expression "par corruption", telle qu'elle est interprétée dans ce contexte, indique que la transaction doit avoir lieu en secret, en violation des obligations du mandataire en question.

Étant donné que les devoirs de la personne qui reçoit le pot-de-vin sont définis, pour la plupart, par référence aux instructions et à l'accord de son employeur, ces autres normes devraient également être jugées, pour l'essentiel, conformes à l'esprit de la Convention. Cela dit, il convient de noter que les examinateurs ont généralement recommandé de les supprimer ou ont accueilli avec satisfaction les projets législatifs visant à les remplacer et à se concentrer sur le comportement contraire au devoir du bénéficiaire de l'avantage indu, afin d'aligner davantage les dispositions nationales sur les termes de l'article 21.

Exemples d'application

Les codes pénaux de deux États parties contiennent des dispositions spéciales identiques sur la corruption dans le secteur privé, qui s'appliquent à tous les comportements impliquant des personnes qui, sans être des agents publics, détiennent ou occupent, dans le cadre de leurs activités professionnelles ou sociales, une fonction de direction ou un autre emploi pour toute personne, qu'elle soit physique ou morale, ou tout autre organisme, lorsque ces comportements visent à obtenir de ces personnes qu'elles accomplissent ou s'abstiennent d'accomplir tout acte dans le cadre de leur fonction ou emploi ou tout acte facilité par leur fonction ou emploi, en violation de leurs obligations juridiques, contractuelles ou professionnelles.

Dans un autre État, l'élément central de l'incrimination de la corruption dans le secteur privé n'est pas la violation des devoirs en tant que telle, mais la dissimulation du don ou de la promesse à l'employeur en violation des exigences de la bonne foi. Le facteur déterminant est de savoir si l'employé était obligé de déclarer le don ou la promesse conformément à des critères objectifs, qui doivent être déterminés et évalués d'un point de vue externe. Cela signifie également que l'employé, lorsqu'il ne sait pas s'il doit ou non déclarer un don particulier, est tenu d'informer ou, du moins, de consulter son employeur. Seuls les avantages qui peuvent être considérés comme des cadeaux d'entreprise coutumiers, sur la base de normes sociales objectives, y compris les pratiques commerciales reconnues, n'ont pas à être déclarés. Il s'ensuit que les dons soumis à déclaration sont, par nature, généralement déjà discutables, ou, en tout cas, visent à exercer une influence supérieure à la moyenne. L'auteur de l'acte de corruption active dans le secteur privé reste passible de sanctions, même si l'employé bénéficiaire de l'avantage, contre ses attentes, déclare le don à son employeur.

Par ailleurs, dans certains cas, des États parties ont adopté des dispositions supplémentaires qui traitent des situations particulières dans lesquelles l'employé corrompu ne s'acquitte pas de ses obligations envers son employeur, comme les actes de corruption visant à obtenir le retrait d'une offre ou à empêcher la soumission d'une offre pour un marché, la corruption des participants et des organisateurs de compétitions ou manifestations sportives professionnelles et commerciales, ou des pots-de-vin dans le but d'obtenir un prêt, une avance, une garantie ou toute autre facilité de crédit auprès d'un directeur, cadre, agent ou employé d'une banque.

Lorsque la législation nationale n'exige pas une violation des devoirs en tant qu'élément constitutif de l'infraction, comme c'est souvent le cas, par exemple lorsque les États parties utilisent une définition commune de la corruption dans les secteurs public et privé, ce type de disposition va au-delà des exigences de la Convention et confère de fait un poids égal, voire supérieur, à la protection de la libre concurrence. Il en va probablement de même pour les lois qui exigent que l'avantage illicite vise à obtenir des employés qu'ils accomplissent ou s'abstiennent d'accomplir un acte dans l'intérêt du donateur, dans la mesure où il est clair qu'aucune incitation à la violation des devoirs ne peut sortir du champ d'application de la disposition correspondante. Au contraire, la législation nationale qui fait référence à des formes spécifiques de conséquences de l'acte (par exemple, qui exige que l'acte de la personne corrompue cause un dommage ou un préjudice à ceux qu'elle représente ou soit commis dans ce but; qu'il constitue un acte de concurrence déloyale ou un acte inadmissible de préférence en faveur d'un acheteur ou d'un bénéficiaire de biens ou services ou d'autres actions; qu'il entraîne une distorsion de la libre concurrence; ou qu'il perturbe le système de production du pays) ajoute un autre élément constitutif à la description de l'infraction, qui restreint son champ d'application, ce qui constitue un écart par rapport aux dispositions de la Convention.

Dans le cadre d'activités économiques, financières ou commerciales

Dans certains pays, la loi dispose qu'il y a corruption dans le secteur privé uniquement lorsque l'acte a été commis dans le cadre d'activités économiques ou commerciales, suivant ainsi le concept de base de l'article 21. L'interprétation au sens large du terme "activités commerciales" par un État, qui inclut aussi le bénévolat ou le travail pour des organisations non gouvernementales, a été considérée comme une bonne pratique. La même observation devrait être jugée encore plus pertinente pour la pratique de la majorité des États parties consistant à supprimer complètement toute exigence de lien économique ou commercial et à appliquer des infractions plus générales, sans référence aucune à la nature des activités concernées.

D'un autre côté, dans certains pays, la loi limite la corruption dans le secteur privé à une violation des obligations lors de l'achat ou de la vente de biens ou de la passation de contrats pour des services professionnels ou au fait d'obtenir ou de conserver un contrat ou autre avantage. Une telle disposition risque de s'avérer trop restrictive, comme peut l'être aussi le fait dans d'autres États parties de subordonner l'engagement de poursuites au dépôt d'une plainte préalable par les personnes ayant qualité pour agir au civil, notamment les concurrents et les autorités de l'État.

Efficacité

Seuls quelques pays ont fourni des exemples d'application ou des statistiques sur les poursuites judiciaires et les condamnations. Plusieurs États parties ont fait savoir qu'il n'y avait eu aucune condamnation ou poursuite se rapportant à l'infraction susmentionnée ou ont indiqué que, dans la pratique, très peu d'affaires requérant l'application des dispositions concernées étaient signalées et faisaient l'objet d'une enquête. Dans un seul cas, les examinateurs ont noté

un renforcement de l'application des lois au cours des dernières années, et ce en raison de l'interdiction de la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales. En revanche, la corruption interne dans le secteur privé ne semble pas avoir suscité la même attention que la corruption dans le secteur public.

Difficultés

Dans de nombreux pays, l'application de l'article 21 se heurte à une difficulté majeure, à savoir surmonter le souci évident de protéger le secteur public. Dans un certain nombre de cas, la corruption dans le secteur privé n'est incriminée que dans la mesure où l'entreprise ou la société appartient en partie à l'État. Comme les autorités nationales d'un pays l'ont fait observer, divers secteurs ont le sentiment que l'incrimination générale d'un tel comportement pourrait avoir des conséquences négatives. Cela montre qu'il est nécessaire d'engager des consultations entre toutes les parties prenantes intéressées (société civile, milieux d'affaires, pouvoir exécutif et législateur) pour s'acheminer vers l'application de la disposition considérée et faire en sorte en particulier que toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, à quelque titre que ce soit, soit visée comme possible bénéficiaire d'un pot-de-vin. L'incrimination de la corruption dans le secteur privé peut nécessiter un changement fondamental d'attitude, notamment dans les pays du Groupe des États d'Asie et du Pacifique et du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, qui semblent avoir le plus de réserves au sujet de cette infraction particulière.

2. Soustraction de biens dans le secteur privé (article 22)

À l'exception notable de quelques pays, tous les États parties ont adopté des mesures pour incriminer la soustraction de biens dans le secteur privé, une infraction non impérative, bien que de manière partielle ou fragmentée pour nombre d'entre eux. Dans trois cas, des doutes subsistaient quant à la pertinence de la législation citée et la mesure dans laquelle les faits en cause étaient incriminés, tandis que dans un certain nombre d'autres cas, il a été indiqué que des mesures visant à une meilleure application de l'article étaient à l'étude ou en cours de discussion au moment des examens des pays. En outre, un État partie doté d'une structure fédérale ne disposait pas de loi fédérale interdisant la soustraction de biens dans le secteur privé en toutes circonstances. Pour autant, diverses lois fédérales pouvaient être appliquées à de nombreuses situations apparentées, et la soustraction de biens d'une entité du secteur privé était principalement incriminée par la législation des États.

Comme pour la soustraction de biens dans le secteur public, un large éventail de termes et de concepts sont utilisés pour tenir les personnes pour pénalement responsables du comportement en cause ou de certains de ses aspects, par exemple "fraude commise par les employés d'une société", "vol", "appropriation illégale", "détournement de biens", "abus de confiance", "violation des obligations fiduciaires" et "abus de fonctions", "abus d'autorisations" ou "abus de confiance". Les observations formulées à propos de l'article 17 étaient plus ou moins analogues à celles émises au sujet de l'article 22, en termes de degré d'alignement des diverses dispositions nationales sur les exigences de la Convention, et concernaient notamment l'existence de nombreuses incohérences ou de nombreux chevauchements dans les éléments factuels des infractions applicables. Si dans nombre de cas, certains aspects de la conduite connexe ne sont pas visés, dans d'autres pays, les infractions applicables (par exemple, "vol de biens" dans un pays) ont été jugées trop larges en cela qu'elles ne précisent pas quels actes sont assimilables à la soustraction dans le secteur privé. Par conséquent, dans plusieurs cas, il a été recommandé aux États parties d'envisager d'adopter des dispositions distinctes qui

reprennent de manière plus précise le type d'infraction visée à l'article 22 ou d'envisager de regrouper les textes de lois épars en une seule disposition, afin d'augmenter la valeur opérationnelle de la loi. Néanmoins, et peut-être contrairement à l'impression donnée par certains examens menés dans le Groupe des États d'Afrique, il devrait être clair que l'infraction en question a une portée plus limitée que celle qui figure à l'article 17, car elle vise la soustraction et non le "détournement ou autre usage illicite" de biens par un particulier, et ne précise pas que l'auteur a comme objectif que la conduite soit commise "à son profit ou au profit d'une autre personne ou entité".

Catégories de particuliers visés

Comme il a été noté dans le cadre de l'article 17, de nombreux pays n'établissent pas de distinction entre les secteurs privé et public, mais les mêmes infractions de soustraction et de détournement de biens s'appliquent aux deux secteurs. Dans l'un de ces cas, les infractions générales de soustraction de biens s'appliquent uniquement aux particuliers qui administrent des fonds ou avoirs du secteur public, des biens privés qui leur sont confiés suite à une décision de placement sous administration judiciaire, de saisie ou de mise sous séquestre, ou des avoirs de sociétés privées dont l'État est actionnaire. Ces dispositions ne satisfont pas aux exigences de la Convention.

Parmi les pays ayant des dispositions distinctes pour le secteur privé, certains États semblent avoir limité les infractions de soustraction aux administrateurs et cadres de sociétés ou d'entreprises, aux personnes qui constituent en société ou gèrent une entreprise ou aux employés d'institutions ou entités particulières (par exemple, institutions "financières", entreprises où l'État "détient une participation", organisations non gouvernementales, fondations, coopératives ou entités "de l'économie populaire ou solidaire"). De telles dispositions devraient permettre de couvrir la grande majorité des cas. Toutefois, la Convention fait référence, en utilisant les mêmes termes que l'article 21, à toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, y compris les employés subalternes et les personnes travaillant pour des membres de professions libérales et des entrepreneurs individuels. En conséquence, il a été recommandé aux pays en question d'envisager d'élargir la portée des dispositions applicables, ou du moins de contrôler l'application des infractions pertinentes, afin de déterminer s'il existe d'éventuelles lacunes et d'y remédier le cas échéant. Cela dit, il convient de noter que certains États qui respectent les exigences de la Convention ont également établi d'autres infractions, visant spécifiquement la soustraction ou le détournement par des administrateurs, des cadres ou des employés d'entreprises.

Objet de l'infraction

Certains des problèmes examinés à propos de l'article 17 qui apparaissent également ici sont les actes entraînant des dommages minimes et l'application des dispositions à toutes les formes de biens, en particulier les biens immeubles. Ce dernier point constitue un défi même dans les États ayant prévu des infractions distinctes de soustraction de biens dans le secteur privé, en particulier dans les pays appartenant au Groupe des États d'Asie et du Pacifique. Si dans certains pays, comme c'était également le cas avec l'article 17, les examinateurs ont accepté que la soustraction de biens immeubles puisse être incriminée au titre de dispositions générales sur la fraude, la falsification ou la tromperie, dans d'autres cas, ils ont recommandé aux pays concernés d'étudier la possibilité de modifier leur législation et notamment d'adopter les mesures nécessaires pour étendre les définitions existantes, qui couvrent actuellement

les biens meubles, à tous biens, tous fonds ou valeurs privés ou toute autre chose de valeur. De même, il a été proposé d'aligner davantage la législation nationale sur l'esprit de la Convention dans un État où la législation ne vise que les biens reçus en prêt, sous forme d'emprunt, en location ou sous contrat.

Abus de confiance

L'article 22 fait référence aux biens, aux fonds ou valeurs privés ou à toute autre chose de valeur remis à une personne dans une entité du secteur privé en raison de ses fonctions, renvoyant ainsi à une notion de violation des obligations fiduciaires de confiance et de diligence. Certains examinateurs ont considéré qu'il fallait que les États parties adaptent la législation à cet élément distinctif de la soustraction en sanctionnant spécifiquement la personne à qui des avoirs, fonds ou autres biens privés ont été remis en raison de sa fonction. Il ne peut toutefois pas être exclu, comme on l'a déjà indiqué pour l'article 17, que des infractions où cette référence n'apparaît pas, et qui visent tous les biens appartenant à un tiers, quelle que soit la manière dont ils sont entrés en possession de l'auteur, soient également conformes aux exigences de la Convention. On a mentionné comme un succès la pratique, dans certains États, qui consiste à prendre en compte la qualité exacte en vertu de laquelle l'auteur d'une infraction a reçu les avoirs soustraits (par exemple, en tant que curateur ou séquestre judiciaire) afin de déterminer s'il y a lieu d'appliquer une version aggravée de l'infraction.

Succès et bonnes pratiques

Dans deux États ayant une tradition juridique commune, les peines encourues en cas de soustraction de biens seraient alourdies en fonction de la valeur du bien soustrait, et davantage encore si l'auteur de l'infraction a reçu le bien en dépôt conformément à une obligation légale, en raison de ses fonctions, de son emploi ou de sa profession, ou en qualité de tuteur, fiduciaire ou séquestre désigné par un tribunal.

Dans le cadre des activités économiques, financières ou commerciales

Un autre point qui mérite d'être noté en ce qui concerne l'article 22 réside dans le fait que de nombreuses dispositions nationales qui incriminent la soustraction de biens dans le secteur privé ont une portée plus large que la Convention, dans la mesure où elles ne concernent pas seulement les actes commis dans le cadre d'activités économiques, financières ou commerciales. Par ailleurs, comme pour insister sur le fait que ces activités sont le principal domaine intéressant les dispositions connexes, au moins un pays a introduit une infraction supplémentaire distincte de soustraction dans le secteur bancaire et financier.

Efficacité

Enfin, en ce qui concerne l'application concrète de l'infraction, seuls quelques pays ont fourni des données statistiques. Toutefois, il ne faut pas nécessairement considérer cela comme un signe d'inefficacité, car, par exemple, dans un État, on a observé que la majorité des poursuites judiciaires pour soustraction de biens concernent la soustraction de biens dans le secteur privé. Néanmoins, pour accroître l'efficacité dans un pays où la poursuite de la soustraction dans le secteur privé n'est possible que si la victime porte plainte en l'absence de circonstances aggravantes, il a été recommandé que la suppression de cette condition soit envisagée.

D. Blanchiment d'argent et actes connexes

1. Blanchiment du produit du crime (article 23)

L'incrimination du blanchiment d'argent est d'une uniformité remarquable d'un État partie à l'autre, en dépit du vaste champ d'application de cette infraction particulière, de sa complexité et des nombreuses controverses qu'elle a suscitées depuis qu'elle a été portée à l'attention de l'opinion publique internationale. Comme il en est ressorti des examens des pays, les dispositions nationales pour lutter contre le blanchiment d'argent ont en grande partie été élaborées sur la base des principes énoncés dans une série de conventions et d'instruments internationaux, notamment – hormis la présente Convention, qui s'appuie sur des initiatives antérieures tout en les renforçant – la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (signée à Palerme (Italie), en 2000). Les évaluations périodiques ciblées qui sont réalisées par des mécanismes comme le Groupe d'action financière et des organismes régionaux similaires jouent aussi de façon indéniable un rôle important dans la détermination et l'harmonisation du contenu de la législation pertinente³⁴. De nombreux pays ont bénéficié d'une assistance technique et de recommandations émanant de ces groupes spécialisés.

En conséquence, presque tous les États parties ont pris des mesures pour conférer le caractère d'infraction pénale au blanchiment d'argent. La plupart des pays, dont tous ceux du Groupe des États d'Afrique, l'ont fait en adoptant des lois spéciales sur la lutte contre le blanchiment d'argent. D'autres pays, notamment dans la grande majorité des pays du Groupe des États d'Europe orientale et du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, ont établi cette incrimination dans leur code pénal. Dans un cas inhabituel où il existait des infractions redondantes à la fois dans une loi spéciale et dans le Code pénal, il a été suggéré que l'infraction la plus restrictive, inscrite dans le Code pénal, soit supprimée, ou du moins que son libellé soit pleinement harmonisé avec l'infraction plus large correspondante.

Les examinateurs gouvernementaux ont parfois trouvé que les législateurs ont établi des régimes forts, solides et robustes visant à décourager et détecter le blanchiment d'argent. Ils ont néanmoins relevé des insuffisances techniques ou même des lacunes importantes dans les lois d'application dans un certain nombre de cas, en particulier en ce qui concerne le comportement visé aux alinéas a ii et b i du paragraphe 1 de l'article 23, ainsi que dans certaines parties des alinéas a à c du paragraphe 2. En outre, dans un grand nombre d'États parties, les infractions établies conformément à la Convention ne sont pas toutes considérées comme des infractions principales aux fins du blanchiment d'argent, tandis que dans un autre État, l'infraction de blanchiment d'argent ne porte que sur les opérations bancaires, financières et autres opérations économiques, qui en dépit de l'interprétation large dont elles font l'objet n'englobent pas tous les domaines dans lesquels le produit du crime pourrait être blanchi. En raison des lacunes ci-dessus et bien que, dans certains cas, une législation visant à appliquer pleinement cet article ait été introduite, des recommandations appropriées et, dans un cas au moins, urgentes ont été formulées à l'intention des pays concernés afin qu'ils adoptent les mesures législatives nécessaires. Des informations plus spécifiques sont fournies ci-après.

³⁴Ces organismes comprennent le Comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme du Conseil de l'Europe, le Groupe Asie/Pacifique sur le blanchiment de capitaux, le Groupe antiblanchiment de l'Afrique orientale et australe, le Groupe d'action financière d'Amérique latine contre le blanchiment de capitaux (connu sous son acronyme espagnol GAFILAT, auparavant GAFISUD), le Groupe Eurasie de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, le Groupe d'action financière des Caraïbes, le Groupe intergouvernemental d'action contre le blanchiment d'argent en Afrique de l'Ouest et le Groupe d'action financière pour le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord.

Conversion ou transfert

Tout d'abord, l'alinéa a i du paragraphe 1 de l'article 23 exige que la conversion ou le transfert de biens soit une infraction lorsque l'accusé sait que les biens en question sont le produit du crime et convertit ou transfère ceux-ci aux fins de l'un des deux objectifs ci-après: a) dissimuler ou déguiser l'origine illicite desdits biens (par exemple, en aidant à empêcher leur découverte); ou b) aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes. L'expression "conversion ou transfert" vise notamment les cas où des avoirs financiers d'une certaine forme ou d'un certain type sont convertis en une autre forme ou un autre type, par exemple par l'utilisation d'argent liquide obtenu illicitement pour acheter des métaux précieux ou des biens immobiliers, ou la vente de biens immobiliers acquis illicitement, et les cas où les mêmes avoirs sont transférés d'un endroit ou d'un État à un autre ou d'un compte bancaire à un autre³⁵. Les États parties respectent généralement cette prescription fondamentale, à quelques exceptions notables près, grâce à différentes versions de dispositions ayant pour objet de lutter contre les actes en cause.

Exemple d'application

Dans un État partie, le blanchiment d'argent est défini de manière large pour englober le fait de donner "une forme légale" (par exemple, par le biais de l'emploi, l'acquisition, la possession, la conversion, le transfert ou toute autre action) aux biens illicites ou simplement non accompagnés de pièces justificatives dans le but d'en dissimuler l'origine illicite et/ou de cacher l'absence de pièces justificatives ou d'aider toute personne à échapper aux conséquences juridiques de ses actes. L'expression "biens non accompagnés de pièces justificatives" permet d'étendre l'infraction aux biens soupçonnés de provenir d'activités criminelles.

Les actes de conversion ou de transfert de biens dans le but d'aider une personne impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes sont parfois régis par les dispositions générales relatives à la complicité après la perpétration d'une infraction pénale. En outre, un certain nombre d'États incriminent tous les cas où l'auteur de l'infraction convertit ou transfère des biens tout en sachant ou en ayant des motifs raisonnables de croire, ou tout en soupçonnant ou en ayant des motifs raisonnables de soupçonner, que les biens sont le produit du crime, sans exiger un objectif supplémentaire de dissimulation de leur origine illicite ou d'aide à une autre personne pour qu'elle échappe aux conséquences juridiques de ses actes, si bien que ces dispositions vont plus loin que la Convention. Dans les cas où les États n'exigent pas un objectif supplémentaire ou la capacité de l'acte à produire un résultat connexe, ils devraient veiller à éviter un libellé qui limiterait excessivement la portée de l'infraction. Par exemple, dans un pays où la disposition pertinente fait référence à la conduite d'une personne qui accomplit des actions susceptibles de faire entrave à l'établissement de l'origine criminelle des avoirs ou biens et à leur détection, leur saisie ou l'examen de leur confiscation ou de considérablement gêner ces opérations, les examinateurs ont noté la condition restrictive concernant le fait de "considérablement gêner" l'établissement de l'origine criminelle du produit et recommandé la suppression du mot "considérablement".

³⁵ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 231.

Un débat très intéressant, qui a des répercussions sur l'application de la Convention dans son intégralité, s'est déroulé au cours de l'examen d'un pays au sujet de la mesure dans laquelle les États parties sont tenus d'utiliser les termes exacts de la Convention. La législation nationale du pays en question n'a repris que l'un des deux objectifs susmentionnés parmi les éléments subjectifs de l'infraction, à savoir celui de donner au bien l'apparence d'un bien provenant d'une source légitime, c'est-à-dire uniquement dissimuler son origine illicite, au lieu des deux options énumérées à l'alinéa a i du paragraphe 1 de l'article 23. D'autres pays semblent avoir également suivi ce modèle.

Les autorités nationales ont fait valoir que cette loi était suffisante pour couvrir le comportement décrit à l'alinéa a i du paragraphe 1 de l'article 23, sans suivre exactement les termes employés dans la Convention. À cet égard, elles ont évoqué le principe d'équivalence fonctionnelle, qui permet à un État de couvrir le comportement qui doit être incriminé, mais en utilisant des termes mieux adaptés à ses traditions et au système juridique national. Cette approche est conforme au paragraphe 16 du *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, dans lequel ceux qui élaborent des réformes juridiques sont encouragés à mettre en œuvre l'esprit et le sens des dispositions de la Convention. Compte tenu de ce qui précède, les autorités ont souligné que, s'agissant de l'infraction de blanchiment d'argent en question, celle-ci est rédigée de telle manière que le but de la conversion ou du transfert n'entre pas en ligne de compte, puisqu'il suffit que l'acte soit accompli avec pour conséquence possible de donner aux biens l'apparence de la légalité. Dès lors, chaque fois que la conversion ou le transfert peut donner une apparence de légalité aux biens, l'acte délictueux a été commis, indépendamment du but visé. Par conséquent, les autorités ont estimé que la loi non seulement satisfait aux prescriptions de l'alinéa a i du paragraphe 1 de l'article 23, mais en fait incrimine également le blanchiment d'argent de manière encore plus complète que les normes établies par la Convention.

En outre, l'État examiné a souligné qu'en tout état de cause, sa législation qui pénalise la dissimulation couvre spécifiquement les actes d'une personne qui aide une autre personne à échapper aux enquêtes des autorités ou aide l'auteur ou le complice à préserver le produit du crime.

De leur côté, les examinateurs, tout en admettant que les autorités nationales avaient soulevé un point pertinent concernant la double finalité de l'alinéa a i du paragraphe 1 de l'article 23, ont noté que dans d'autres mécanismes internationaux chargés de l'évaluation de ce même article, c'est-à-dire le Groupe d'action financière et les organismes régionaux analogues, une interprétation plus stricte, exigeant que la législation nationale inclue les deux objets de ce paragraphe ou n'en inclue aucun, avait été adoptée. Ils ont par ailleurs fait remarquer que le paragraphe 233 du *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* fait aussi spécifiquement mention du fait que la conversion ou le transfert doit concerner l'un ou l'autre des objectifs. Enfin, ils ont constaté que les dispositions nationales sur la dissimulation, qui comprennent le deuxième objet de l'infraction de conversion ou transfert, correspondent à l'infraction de dissimulation ou de déguisement prévue à l'alinéa a ii du paragraphe 1 de l'article 23, c'est-à-dire à une infraction différente d'un point de vue technique de celle de conversion ou transfert prévue à l'alinéa a i du paragraphe 1 de l'article 23. Compte tenu de ce qui précède, les examinateurs ont conclu que la législation de l'État examiné présentait une lacune technique, car elle ne mentionnait pas l'un des deux objectifs de l'acte de conversion ou transfert, constitutif de l'infraction.

Toutefois, indépendamment de cette conclusion, le sujet soulève un certain nombre de questions importantes d'interprétation et de méthodologie, qui se posaient déjà en partie au titre des articles précédents, questions qui peuvent mériter un examen plus approfondi: la

mesure dans laquelle un pays est tenu d'adopter le texte de la Convention et sa structure; l'application de la notion d'équivalence fonctionnelle; le rôle du paragraphe 9 de l'article 30; et l'autorité que revêtent ou non les évaluations et interprétations adoptées par d'autres mécanismes d'examen. Il y a lieu de noter à cet égard que l'alinéa j du paragraphe 3 des termes de référence du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption spécifie que le mécanisme est destiné à "compléter les mécanismes d'examen internationaux et régionaux existants pour permettre à la Conférence, selon qu'il conviendra, de coopérer avec ces mécanismes et d'éviter les chevauchements". Toutefois, cela n'exclut pas nécessairement l'adoption de normes et de techniques d'interprétation qui s'écartent de celles suivies par d'autres mécanismes d'évaluation (par exemple, en ce qui concerne la gamme d'options des États parties, ou la possibilité d'utiliser des termes équivalents au lieu de la formulation exacte du texte de la Convention, ou encore la nécessité d'introduire des dispositions spéciales plutôt que des infractions génériques) lorsque cela est jugé approprié et plus conforme à la nature de la Convention et aux priorités des États parties.

Dissimulation ou déguisement

Un certain nombre de problèmes relativement plus graves ont été observés en ce qui concerne l'application de l'alinéa a ii du paragraphe 1 de l'article 23, qui se rapporte à l'infraction plus large de dissimulation ou de déguisement de biens. Par exemple, dans plusieurs cas, cet élément particulier de l'infraction de blanchiment d'argent ne figurait pas dans la législation nationale, tandis que dans un autre, il s'est avéré qu'il faisait référence uniquement au produit de l'acte délictueux antérieur de l'auteur lui-même et (quelque peu singulièrement) semblait se limiter uniquement aux cas d'autoblanchiment. C'est la raison pour laquelle il a été recommandé aux États concernés de modifier la disposition en question et d'élargir également le champ d'application de l'acte de blanchiment d'argent au produit du crime commis par d'autres personnes.

Dans d'autres cas, la législation nationale n'a pas été jugée suffisamment précise, car elle ne mentionnait que la dissimulation des biens proprement dits, et non la dissimulation de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs ou faisait seulement référence à la dissimulation de l'origine et de l'emplacement, mais non de la nature véritable, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens.

Enfin, dans un État partie, la loi prévoit une exonération de la responsabilité pénale lorsque l'infraction de dissimulation est perpétrée en faveur d'"un conjoint, d'un parent dont le lien ne dépasse pas le quatrième degré de consanguinité ou le deuxième degré d'affinité, d'un ami intime ou d'une personne à laquelle est due une reconnaissance particulière". L'exonération ne s'applique pas lorsque l'infraction est commise pour préserver le produit de l'infraction, comme c'est souvent le cas, ou lorsque l'acte a été accompli dans un but lucratif. Les autorités du pays en question ont expliqué que, dans la pratique, une telle disposition ne concerne qu'une petite catégorie de personnes. Néanmoins, cette disposition a été considérée comme une lacune qui pourrait affaiblir l'efficacité globale du régime de lutte contre le blanchiment d'argent. En tout état de cause, le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* renvoie à l'idée selon laquelle les rédacteurs nationaux doivent également envisager la dissimulation à d'autres fins ou, dans les cas où aucun objectif n'est établi, la considérer comme incluse dans le champ d'application de l'infraction³⁶.

³⁶Ibid., par. 237.

Acquisition, détention et utilisation

L'alinéa b i du paragraphe 1 de l'article 23 énonce en tant qu'infraction à caractère impératif l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens dont celui qui les acquiert, les détient ou les utilise sait, au moment où il les reçoit, qu'ils sont le produit du crime. Dans plusieurs États, en particulier au sein du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, un ou plusieurs de ces actes (en particulier la simple détention, mais également l'acquisition ou l'utilisation du produit du crime) sont absents des dispositions applicables ou y figurent seulement en partie (sous certaines conditions restrictives, par exemple si la personne concernée a agi de façon à éviter l'identification de l'origine des biens, leur saisie ou confiscation) ou sont au mieux implicitement visés, au moyen de concepts connexes comme la "réception" ou l'"affectation".

Toutefois, il y a lieu de noter que les conditions restrictives auxquelles sont soumises les formes susmentionnées de comportement illicite ne sont pas toutes réputées constituer une violation de la Convention. Il ne faut pas oublier que l'exigence d'incrimination examinée est subordonnée aux concepts fondamentaux du système juridique de l'État partie en question.

Exemple d'application

Dans un État partie, la loi prévoit, en règle générale, qu'une personne vivant dans le même foyer que l'auteur de l'infraction et qui a seulement utilisé ou consommé des biens obtenus par l'auteur de l'infraction pour les besoins ordinaires du foyer commun ne peut être condamnée pour blanchiment d'argent. Cette exonération n'est pas prévue par la Convention. Toutefois, les autorités nationales ont expliqué, à la satisfaction des examinateurs, que cette disposition avait été insérée dans la loi pour prévoir un principe d'équité, et était, par conséquent, conforme aux principes fondamentaux de la justice. Si une personne commet une infraction, par exemple, vend de la drogue ou vole des biens, et qu'elle utilise le produit du crime pour payer le loyer ou acheter de la nourriture, il est jugé inéquitable de punir toute personne vivant dans son foyer pour avoir continué d'utiliser la résidence ou de manger la nourriture mise sur la table. En outre, dans de tels cas mineurs, il serait souvent difficile de prouver que cette autre personne savait que cet argent était le produit du crime. Il a été précisé que l'exonération ci-dessus était utilisée de façon restrictive, lorsque les montants en jeu sont effectivement faibles. Dans la pratique, une personne peut continuer à vivre dans l'appartement et manger la nourriture sans commettre une infraction, mais une personne faisant, par exemple, un voyage coûteux vers une destination exotique sera réputée avoir commis l'infraction en question.

Participation et tentative

L'alinéa b ii du paragraphe 1 de l'article 23 exige l'incrimination, sous réserve des concepts fondamentaux des systèmes juridiques des États parties, de la participation à l'une des infractions établies conformément à l'article ou de toute association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission. La participation et les actes connexes, ainsi que la tentative, sont habituellement régis par les dispositions générales des codes pénaux des États ou par une législation générale comparable (par exemple, les lois sur les complices par assistance et par instigation ou les lois d'interprétation), ce qui vaut également pour l'application de l'article 27 de la Convention, et moins fréquemment par des dispositions complémentaires concernant spécifiquement la lutte contre le blanchiment

d'argent. Dans certains cas, des informations insuffisantes ont été fournies au sujet de l'existence de dispositions portant sur la participation, la complicité ou l'entente, tandis que dans d'autres cas, singulièrement, la tentative de blanchiment d'argent n'est pas passible de sanctions, ou est punissable uniquement pour des actes qui sont jugés "graves", mais cette lacune serait apparemment comblée par une réforme législative en cours au moment de l'examen.

Exemple d'application

Dans un État, l'acte de blanchiment d'argent lui-même est en partie décrit comme un acte de complicité ("celui qui se rend complice de la préservation du produit du crime pour une autre personne"), auquel cas la complicité inclut de plein droit la collecte, l'entreposage, la dissimulation, le transport, l'envoi, le transfert, la conversion, la disposition, la mise en gage ou sous hypothèque, ou l'investissement du produit du crime.

Les peines dont sont passibles les complices et les participants à des actes de blanchiment d'argent sont souvent moins sévères que celles prévues pour les auteurs de ces actes. Les experts chargés de l'examen dans un État partie ont formulé une objection à cette pratique et ont recommandé d'envisager une modification de la loi de telle sorte que les dispositions pertinentes soient plus conformes à la Convention. Une telle recommandation ne doit toutefois pas être considérée comme valable pour tous les États parties dotés d'une législation similaire, compte tenu de la latitude dont ils jouissent en principe dans la manière de formuler leur régime de sanctions et les caractéristiques particulières qui régissent chaque système de justice pénale³⁷.

Une question plus importante s'est posée dans certains pays en ce qui concerne la répression de l'"entente" – un concept qui ne fait pas partie de la tradition de droit romano-germanique de nombreux pays et qui renvoie à une étape préparatoire plus éloignée de l'infraction complète que la tentative. Le concept désigne le fait pour deux personnes ou plus de s'entendre en vue de commettre une infraction et, bien souvent en outre (mais pas toujours), le fait pour au moins un des conspirateurs de poser des actes concrets en vue de l'exécution de l'entreprise criminelle. Les États parties sont seulement tenus d'incriminer les divers actes de participation et tentatives, y compris les ententes, sous réserve des concepts fondamentaux de leur système juridique. L'étendue de leur obligation est donc fonction de leur reconnaissance ou non-reconnaissance de l'entente en tant que comportement passible de sanctions pénales. Néanmoins, ce principe ne paraît pas toujours être mis en pratique dans le cadre de l'application de l'article 23. Par exemple, dans au moins deux pays du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, il a été noté que le concept d'entente ne s'appliquait pas aux infractions de blanchiment d'argent, en dépit du fait qu'il est reconnu et appliqué pour les autres catégories d'infractions (par exemple, relatives à la sécurité de l'État). À l'inverse, il a été recommandé à d'autres États, au sein du Groupe des États d'Europe orientale et au Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, d'incriminer l'entente à des fins de blanchiment d'argent et, dans un cas, les autorités ont indiqué qu'une modification législative était en cours pour traiter cette question – même si l'entente ne semble pas être un concept bien connu des systèmes juridiques en question.

En revanche, certains pays appartenant aux groupes d'États susmentionnés ont adopté et appliquent le principe de l'entente, plus particulièrement en ce qui concerne certaines

³⁷Voir également la section A du chapitre II, ci-dessous.

infractions de blanchiment d'argent, bien que dans ces systèmes juridiques particuliers, on considère que l'utilisation de ce concept est tout à fait inhabituelle et que de tels comportements, en règle générale, restent impunis. On notera que, dans l'un de ces cas, la disposition pertinente a été spécifiquement introduite de façon à satisfaire aux exigences de l'alinéa b ii du paragraphe 1 de l'article 23 de la Convention.

Produit du crime

L'article 23 porte sur la conversion, le transfert, etc. du produit du crime, que les biens en question soient corporels ou incorporels. Le terme "biens", quant à lui, soulève des problèmes similaires à ceux rencontrés à propos des articles 17 et 22. Par exemple, dans au moins deux cas, la législation semblait se limiter à certains objets du blanchiment ou distinguer différents types de biens; et dans deux autres cas, la législation nationale ne contenait pas de définitions claires et cohérentes du terme "biens", mais un texte visant à régler la question était en préparation. Toutefois, dans l'ensemble, la législation des États parties contre le blanchiment d'argent semble contenir des définitions plus complètes que celles applicables aux autres infractions.

Le terme "produit du crime" est défini à l'alinéa e de l'article 2 de la Convention comme étant "tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la commettant". La plupart des États ont adopté des définitions similaires ou équivalentes.

Exemples d'application

Selon une loi nationale contre le blanchiment d'argent, on entend par "produit du crime" tout argent ou autre bien qui est en totalité ou en partie tiré ou obtenu par toute personne, directement ou indirectement, de la commission d'une infraction contre une loi de l'État, ses territoires ou un pays étranger, lorsque cette infraction peut être traitée comme une infraction pénale grave.

Dans un autre État partie, le "produit d'activités illégales" désigne tout bien ou service, avantage, bénéfice ou récompense qui est obtenu, reçu ou conservé, directement ou indirectement, dans l'État ou ailleurs, dans le cadre ou au terme d'une activité illégale menée par toute personne. Le terme englobe également tout bien représentant les biens dérivés des activités illicites.

Enfin, selon la définition encore plus simple d'une troisième loi contre le blanchiment d'argent, le "produit du crime" désigne tout bien, bénéfice ou avantage, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État, obtenu ou tiré, directement ou indirectement, d'activités illégales.

Dans un État partie, une question a été soulevée à propos de l'application de la législation nationale au produit indirect du crime du fait que celle-ci ne contient pas le mot "indirectement". Les autorités ont fait valoir que le libellé général de la loi examinée ("les choses ou biens provenant d'une infraction" et "les produits ou bénéfices de l'infraction") était suffisant pour englober les produits indirects et se sont référées à la jurisprudence en la matière. Toutefois, l'État partie concerné a été de nouveau invité à adhérer à l'interprétation plus stricte des autres mécanismes comme le Groupe d'action financière et à adopter une formulation plus clairement conforme à l'alinéa e de l'article 2.

Infractions principales

Il existe quatre méthodes distinctes pour déterminer les infractions principales de blanchiment d'argent. Certaines de ces méthodes ne répondent pas aux prescriptions de la Convention. Plus d'un tiers des États parties ont adopté une approche "générique ou globalisante" qui ne limite pas l'application de l'infraction de blanchiment d'argent à des infractions principales ou catégories d'infractions principales spécifiques. En d'autres termes, l'infraction de blanchiment d'argent s'applique à tous les actes qui sont incriminés dans la législation nationale pertinente et génèrent un produit sous une forme ou une autre, notamment aux infractions de corruption établies conformément à la Convention. Cette méthode est naturellement celle qui répond le mieux aux objectifs des alinéas a et b du paragraphe 2 de l'article 23, c'est-à-dire appliquer les dispositions sur le blanchiment d'argent au plus large éventail d'infractions principales et inclure au minimum un éventail complet d'infractions pénales établies conformément à la Convention, sous réserve que les États parties se soient pleinement acquittés de leurs obligations en matière d'incrimination (ce qui n'est pas toujours le cas, par exemple en ce qui concerne la corruption d'agents publics étrangers et la corruption dans le secteur privé ou la soustraction de biens).

Exemple d'application

Fait intéressant, la législation de trois États parties appartenant au Groupe des États d'Europe orientale semble aller encore plus loin que l'approche "générique ou globalisante" et porte sur toutes les transgressions, non seulement pénales mais également de nature administrative, quelle que soit leur gravité. Certains examinateurs ont jugé qu'il s'agissait là d'une bonne pratique.

Dans les cas où les obligations des États parties en matière d'incrimination ne sont pas pleinement satisfaites, ce qui influe sur la portée de l'infraction de blanchiment d'argent, des recommandations appropriées ont été formulées sur l'établissement des infractions pertinentes. Étonnamment, une telle recommandation a également été faite dans un État concernant la fraude fiscale, qui dans certaines circonstances n'est pas incriminée et ne constitue pas une infraction principale.

D'autres pays appliquent un critère de seuil à la définition des infractions principales aux fins de blanchiment d'argent, c'est-à-dire qu'ils appliquent la loi uniquement aux "infractions graves", "actes illicites socialement dangereux" ou aux "crimes", définis comme tels lorsqu'ils sont passibles de peines supérieures à un seuil donné, les seuils applicables en l'occurrence variant selon les caractéristiques du système juridique en question. À cet égard, bien qu'il existe des cas où le seuil retenu (par exemple, une peine d'au moins six ou douze mois, voire trois ou quatre ans d'emprisonnement) semble suffisant pour couvrir les infractions établies conformément à la Convention, il reste trop élevé dans certains États (par exemple, une peine de cinq ans d'emprisonnement), ce qui a donné lieu à des recommandations en vue de l'adoption de nouvelles lois visant à étendre le champ d'application des infractions principales en abaissant le seuil applicable (par exemple, de cinq ans à un an) ou même en augmentant les peines applicables.

Un troisième groupe d'États parties ne définit pas les infractions principales en fonction de la sévérité de la peine applicable, mais utilise une liste exhaustive énumérant les infractions jugées essentielles. Là encore, les législations nationales se sont parfois révélées insuffisantes, ce qui a conduit à recommander aux États parties d'étendre la liste afin d'y inclure au moins

toutes les infractions obligatoires visées par la Convention et, dans un cas, à étudier la possibilité d'y inclure les infractions relatives à la corruption et soustraction de biens dans le secteur privé, tout en reconnaissant le caractère facultatif des dispositions en question. Un facteur qui doit aussi être pris en compte dans l'évaluation de l'utilité de l'approche énumérative est la facilité avec laquelle la liste pertinente peut être modifiée pour tenir compte des nouvelles formes de criminalité (par exemple, loi du parlement, journal officiel ou arrêté ministériel). Il est intéressant de noter que certains États semblent avoir intégré les infractions visées par la Convention (ou du moins les infractions à caractère impératif) en faisant figurer dans la liste, par définition, toutes celles qui sont énoncées dans les conventions internationales auxquelles les États adhèrent, y compris, bien entendu, la Convention contre la corruption.

Enfin, un certain nombre de pays – le plus faible de tous – adoptent une approche mixte combinant une liste plus ou moins exhaustive d'infractions spécifiques avec un seuil applicable à toutes les infractions qui ne figurent pas sur la liste. Une fois de plus, dans quelques cas, il n'était pas certain que toutes les infractions liées à la corruption aient été prises en compte, tandis que dans deux autres cas, le seuil a été définitivement jugé trop élevé ou la liste incomplète, car certaines infractions, comme le trafic d'influence ou la corruption dans le secteur privé, restaient en dehors du champ d'application de la disposition nationale, ce qui a abouti à des recommandations visant à remédier à cette situation.

S'agissant du traitement des infractions principales elles-mêmes, une note interprétative de la Convention précise que "les infractions de blanchiment d'argent établies conformément au présent article sont réputées être des infractions indépendantes et autonomes et qu'une condamnation préalable pour l'infraction principale n'est pas nécessaire pour établir la nature ou l'origine illicites des avoirs blanchis. La nature ou l'origine illicites des avoirs et, conformément à l'article 28, toute connaissance, intention ou motivation peuvent être établies pendant les poursuites du chef de blanchiment d'argent et peuvent être déduites de circonstances factuelles objectives"³⁸. La plupart des États examinés ont confirmé que tel est effectivement le cas dans leur système juridique et qu'il s'agit de la pratique suivie par leurs tribunaux.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État, le fait qu'il suffit, pour prononcer une condamnation pour blanchiment d'argent, d'établir la nature criminelle du produit sans qu'il soit nécessaire de déterminer l'infraction principale, a été considéré par les examinateurs comme un élément positif favorisant les poursuites dans les affaires de blanchiment d'argent.

De même, la Cour suprême d'un autre État a conclu qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les fonds ou biens sont le produit d'une infraction pénale spécifique, mais qu'il est suffisant d'établir que les objets proviennent très certainement d'activités criminelles. En conséquence, dans un cas, la condamnation pour blanchiment d'argent a été confirmée attendu que l'existence et l'origine de l'argent devaient rester dissimulées et qu'il était donc peu probable que l'argent ait été obtenu légalement, de telle sorte qu'on pouvait supposer qu'il provenait d'une activité criminelle. Cette cour a également précisé qu'il n'est pas nécessaire de montrer que la totalité des fonds ou biens provient d'une activité criminelle. Les fonds ou avoirs qui ne représentent qu'en partie le produit du crime et proviennent partiellement de sources licites sont considérés comme le produit du crime dans leur intégralité.

³⁸Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, première partie, chap. III, art. 23, sect. C (p. 237).

Infractions principales commises à l'étranger

Concernant les infractions principales commises à l'extérieur d'un État partie, dans la plupart des cas, la législation nationale contenait des règles semblables à celles qui sont énumérées à l'alinéa c du paragraphe 2 de l'article 23, prévoyant l'application des infractions de blanchiment d'argent, à condition que l'acte en cause soit également punissable par le droit interne de l'État où il a été commis (double incrimination). En d'autres termes, il suffit que l'infraction soit punissable dans le lieu où elle a été commise et qu'elle constitue une infraction principale pour que le blanchiment des avoirs provenant de l'acte soit sanctionné. Un État a signalé que, dans la pratique, un acte d'accusation à l'étranger était utile pour considérer l'infraction correspondante commise à l'étranger comme une infraction principale.

Dans de nombreux cas, les législations nationales semblent aller un peu plus loin, en dérogeant à la condition de la double incrimination et en ne faisant aucune distinction quant aux infractions principales qui ne relèvent pas de leur compétence, mais qui auraient constitué des infractions si elles avaient été commises sur leur territoire. Dans un cas, les examinateurs semblent avoir exprimé de fortes réserves quant à cette pratique, considérant en particulier qu'il est injuste d'engager des poursuites sur le fondement d'actes qui n'auraient pas constitué une infraction dans le lieu où ils ont été commis. De même, dans un autre État, il a été recommandé que la possibilité, inscrite en droit interne, de lever le principe de double incrimination par traité, soit abolie afin d'accroître la sécurité juridique. D'un autre côté, rien dans la Convention ne semble justifier d'exclure cette possibilité. Au contraire, l'article 23 lui-même fait obligation aux États de chercher à appliquer l'infraction de blanchiment d'argent à l'éventail le plus large d'infractions principales. De surcroît, le fait d'exiger uniquement que l'acte soit qualifié d'infraction principale s'il avait été commis sur le territoire national est conforme aux normes acceptées par l'interprétation d'autres instruments internationaux, comme les Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération du Groupe d'action financière.

Néanmoins, dans plusieurs cas, des problèmes concernant la prise en compte des infractions principales commises à l'étranger ont été constatés. Par exemple, dans de nombreux cas, l'inclusion de ces actes était, au mieux, implicite puisque la loi ne permettait pas de déterminer si les infractions principales commises à l'étranger étaient visées s'agissant du produit blanchi sur le territoire national, et aucune jurisprudence n'a été présentée pour démontrer que ces cas étaient couverts dans la pratique. Par ailleurs, dans plusieurs cas, les infractions commises en dehors de l'État partie n'étaient de toute évidence pas considérées comme des infractions principales, ou ne l'étaient que sous certaines conditions limitées, même si des dispositions visant à régler la question étaient en préparation. Il convient également de noter que la question des infractions principales commises à l'étranger est parfois confondue avec la question plus générale de l'exercice de la compétence pour les actes de blanchiment d'argent commis à l'étranger, qui relève du champ d'application de l'article 42 de la Convention.

Autoblanchiment

L'exception prévue à l'alinéa e du paragraphe 2 de l'article 23 ne s'applique pas dans la législation de plus des deux tiers des États parties, de sorte qu'une personne peut être condamnée à la fois pour une infraction de blanchiment d'argent et pour la ou les infractions principales sous-jacentes ("autoblanchiment"). Ce point a parfois été considéré comme une bonne pratique. Fait notable, un État du Groupe des États d'Europe orientale a fourni des données statistiques qui montrent qu'environ la moitié des personnes condamnées pour blanchiment d'argent au cours de ces dernières années avaient été accusées d'autoblanchiment.

Une autre option consiste à recourir à la possibilité prévue par la disposition ci-dessus et à exclure les cas d'autoblanchiment. Par exemple, certains États considèrent que le fait de punir l'auteur à la fois pour l'infraction principale et pour le blanchiment du produit découlant de ladite infraction irait à l'encontre du principe interdisant la double appréciation des faits; en conséquence, l'utilisation ou le transfert de l'objet provenant d'activités criminelles seraient appréciés uniquement en tant que "comportements postérieurs à l'infraction" ou "actes cosanctionnés", et l'auteur ne serait pas tenu pour responsable s'il a été reconnu coupable de l'infraction principale. En pareilles circonstances, l'acte d'autoblanchiment serait au plus pris en compte dans la peine prononcée pour l'infraction principale. Il a été noté que cette approche n'est pas incompatible avec les dispositions de la Convention, même s'il serait préférable que les pays qui suivent des principes similaires reconsidèrent l'application de la disposition sur l'autoblanchiment à l'avenir. Il en va de même dans certains pays où le principe de l'autorité de la chose jugée (*non bis in idem*) interdit aux autorités d'engager des poursuites à la fois pour l'infraction principale et pour l'infraction de blanchiment, en particulier dans l'hypothèse où l'auteur de l'infraction prend simplement possession du produit du crime.

Néanmoins, des problèmes d'application ont également été mis en évidence: outre des lois insuffisamment claires quant à la possibilité de punir l'autoblanchiment, certains États n'ont mentionné ni fourni aucun élément attestant d'un principe fondamental de droit interne interdisant l'incrimination de ce comportement, alors que d'autres autorités ont fait savoir qu'un tel principe existe, et ont même insisté sur le fait que l'incrimination de l'autoblanchiment semble aller à l'encontre du bon sens, en dépit des divergences d'opinions exprimées au cours des visites sur place. Un texte de loi est en cours de préparation ou d'étude dans nombre de ces États.

Mens rea

S'agissant de l'élément subjectif de l'infraction de blanchiment d'argent, certains États prévoient que l'infraction (ou une partie de celle-ci) peut être punie lorsqu'elle est commise aussi bien à des fins criminelles que par imprudence ou négligence grave. Une telle disposition va au-delà des exigences minimales de l'article 23 et a été reconnue comme un succès par certains experts gouvernementaux.

De même, dans d'autres cas, les examinateurs ont qualifié de bonne pratique le fait d'incriminer le blanchiment du produit du crime non seulement lorsque l'auteur présumé de l'infraction avait effectivement connaissance, mais aussi lorsqu'il aurait raisonnablement dû savoir, que les avoirs blanchis résultaient d'une infraction ou lorsqu'il a agi sur la base d'une obligation de connaissance, d'une supposition raisonnable ou d'une ignorance inexcusable des faits en cause. Plusieurs États appliquent des règles semblables dans leur législation nationale.

Fourniture d'une copie des lois sur le blanchiment d'argent

Bien que l'obligation découlant de l'alinéa d du paragraphe 2 de l'article 23 soit simple et représente une charge relativement mineure, la grande majorité des États parties n'avaient pas remis de copies de leurs lois contre le blanchiment d'argent au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment des examens. En conséquence, les examinateurs ont fait observer qu'ils s'attendaient à ce que les versions officielles de la législation pertinente soient rapidement communiquées, ou ont formulé des recommandations directement à l'intention des États parties afin que ces derniers s'acquittent de cette obligation et fassent en sorte que les modifications ultérieures soient adressées au Secrétaire général. Certains pays ont fourni leur législation au cours des examens.

Efficacité

Bien que, dans certains cas, l'absence de statistiques complètes sur les cas de blanchiment d'argent ait été constatée et que certains pays ayant récemment adopté une nouvelle législation contre le blanchiment d'argent aient confirmé que les poursuites judiciaires engagées jusqu'à présent étaient rares, voire inexistantes, un grand nombre de pays ont fourni des données statistiques (parfois considérables) et des exemples détaillés de cas de poursuites pour blanchiment d'argent, ce qui laisse supposer que les dispositions en question sont assez largement appliquées. Dans au moins deux États parties, l'efficacité concrète de la législation pénale en la matière, illustrée par le nombre inhabituellement élevé de poursuites et condamnations pour blanchiment du produit du crime (plus d'un millier de condamnations prononcées au cours de la période allant de 2003 à 2009), a été recensée comme une bonne pratique. Une coopération étroite entre les organismes chargés de la lutte contre le blanchiment d'argent a été jugée indispensable pour que le système soit efficace et efficient. Cette coopération devrait s'effectuer au niveau politique ainsi qu'au niveau opérationnel et reposer sur des mécanismes permettant de coordonner les politiques et d'enquêter sur les affaires conjointement (par exemple, par l'échange d'informations).

Concernant les enseignements tirés de cette expérience pratique, un État a exposé, au titre de l'examen, les modes opératoires les plus couramment employés pour le blanchiment d'argent, d'après les informations recueillies par les autorités chargées des enquêtes et des poursuites: utilisation de faux documents dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite du produit; le fait de mêler le produit du crime à des activités légales; l'utilisation de sociétés fictives et offshore, de dirigeants et représentants fictifs; la fourniture aux organes compétents de fausses informations à propos du commerce des marchandises; et le recours à des entreprises particulières pour justifier les mouvements de fonds illicites.

Difficultés

La difficulté la plus courante concernant l'article 23 est la non-inclusion comme infractions principales de toutes les infractions établies conformément à la Convention, qu'elles soient commises sous la compétence de l'État partie ou au-delà. En outre, un grand nombre de pays ne visent pas toutes les modalités de la commission de l'infraction de blanchiment d'argent et présentent des écarts ou des lacunes techniques dans leurs lois d'application. Les États examinés sont encouragés à s'attaquer à ces questions et également à clarifier l'interprétation et le champ d'application des différentes sections des dispositions relatives au blanchiment d'argent, en particulier pour ce qui est des critères régissant l'application de sanctions différentes.

Outre ce qui précède, les principales difficultés semblent être de nature opérationnelle. Même dans les pays où l'efficacité de la législation contre le blanchiment d'argent a été démontrée dans la pratique, comme décrit ci-dessus, il reste difficile d'accorder la priorité aux enquêtes et poursuites visant le blanchiment d'argent et les aspects financiers de l'activité criminelle, en particulier dans les affaires de corruption. En outre, dans plusieurs pays, il est nécessaire de renforcer les capacités pratiques des autorités compétentes et d'améliorer les niveaux d'application des dispositions pertinentes, notamment, en réglant des problèmes du chevauchement des compétences et de l'insuffisance de la coordination entre les autorités compétentes. Par exemple, dans un certain nombre de pays, il a été confirmé que le nombre de poursuites pour blanchiment d'argent était relativement faible, que les services de détection et de répression ne connaissaient pas vraiment l'infraction et que les enquêteurs et les procureurs avaient besoin de disposer de plus grands pouvoirs discrétionnaires pour collecter des informations et d'une meilleure formation sur la méthode consistant à "suivre l'argent à la trace";

il fallait également promouvoir le recours à la législation contre le blanchiment d'argent. Ces difficultés étaient particulièrement manifestes dans un cas où il n'existait pas de cellule de renseignement financier opérationnelle.

2. Recel (article 24)

Ainsi qu'il est indiqué dans le texte de l'article 24, l'incrimination des actes consistant pour une personne à dissimuler ou retenir des biens de façon continue, sans qu'il y ait eu participation à l'infraction lorsque cette personne sait que lesdits biens proviennent de cette infraction, est une disposition non impérative complétant les infractions de blanchiment d'argent établies conformément à l'article 23. Ce n'est pas un hasard si dans au moins un État partie, le blanchiment d'argent est parfois appelé "recel étendu". Dans la plupart des systèmes juridiques, on n'a observé aucun problème particulier d'application. Un acte de cette nature est incriminé soit dans des infractions distinctes, souvent sous la forme de dispositions du Code pénal plus traditionnelles visant le recel du produit du crime ou le recel de chose volée, soit dans le cadre d'une nouvelle législation contre le blanchiment d'argent formulée en termes très généraux, et parfois aggravé par l'abus ou la violation des fonctions inhérentes au service public. En cas d'entente préalable, la personne qui a dissimulé les biens pourrait également être poursuivie en tant que complice de l'infraction originale.

De nombreux États déclarent avoir établi l'infraction de recel par le biais de la disposition de leur législation nationale applicable au blanchiment d'argent, où ne figure aucune différenciation claire, en particulier de ses éléments de dissimulation ou de déguisement de la nature véritable ou de l'emplacement de biens constituant le produit du crime. Cette pratique n'a pas été remise en question dans la plupart des examens, bien que dans au moins un cas, il a été recommandé à l'État d'envisager la possibilité de donner une description plus précise de la conduite délictueuse de dissimulation et de ce qui la distingue le cas échéant de l'infraction de blanchiment d'argent. Cela semble en effet nécessaire, en particulier pour ce qui est de l'incrimination de la rétention continue de biens si la personne concernée a connaissance après les avoir reçus que ces biens proviennent d'une infraction liée à la corruption.

Exemple d'application

Un pays examiné prévoit dans sa législation nationale une disposition qui incrimine l'acte ou les actes d'une personne qui acquiert, entrepose ou vend les biens d'une autre personne, lorsqu'elle sait que les biens proviennent d'une infraction pénale.

Dans un État partie, le simple soupçon que les biens constituent ou représentent le bénéfice tiré d'un comportement criminel est aussi visé par la loi, ce qui va donc au-delà des exigences de la Convention. Toutefois, il convient de noter que l'infraction n'est pas reconnue par tous les États parties et qu'un certain nombre de pays ne définissent pas clairement le concept concerné ou n'ont pas fourni suffisamment d'informations pour permettre une évaluation complète de l'application de l'article 24. En outre, dans plusieurs États parties qui ont érigé le recel en infraction pénale, la liste des infractions "principales" du recel et, en particulier, comme indiqué précédemment, l'infraction de rétention continue de biens résultant d'une infraction établie conformément à la Convention posent des problèmes. Par exemple, dans un État, le recel est une infraction expressément limitée aux biens acquis par une autre personne

au moyen d'un acte illicite classique commis contre ces biens. Les obligations de l'article 24 ne sont donc pas pleinement satisfaites, puisque la plupart des infractions établies conformément à la Convention ne sont pas des atteintes aux biens. Une législation a été rédigée ou adoptée dans certains États en vue d'appliquer pleinement cette disposition.

E. Entrave au bon fonctionnement de la justice (article 25)

Presque tous les États parties ont conféré le caractère d'infraction pénale à l'entrave au bon fonctionnement de la justice, avec toutefois plus ou moins de succès. Dans plus d'un tiers des cas, de sérieuses limites ont été observées, et plus notablement dans deux pays où la conduite connexe est sanctionnable seulement dans le contexte d'infractions particulières (par exemple, blanchiment d'argent ou activité criminelle organisée). À l'exception de quelques États qui ne prévoient qu'une seule infraction large d'entrave au bon fonctionnement de la justice, dont un pays qui n'établit que l'infraction de *common law* de tentative d'entrave au cours de la justice, la tendance au sein des États parties n'est pas de définir une infraction générale englobant toutes les formes de comportements illicites, comme prescrit à l'article 25 de la Convention, mais de chercher à atteindre le résultat (impératif) escompté en associant de multiples dispositions qui se chevauchent en partie.

Exemples d'application

Le droit pénal d'un État prévoit pas moins de 13 infractions distinctes visant les diverses formes pénales d'entrave au bon fonctionnement de la justice, à savoir l'intimidation de témoins, etc., la corruption de témoins, l'incitation au faux témoignage, le fait de tromper des témoins, la destruction de preuves, le fait d'empêcher des témoins de se présenter devant le tribunal, l'entente délictueuse en vue de porter une fausse accusation, l'entente délictueuse en vue d'entraver la justice, la tentative d'entraver la justice, les demandes injustifiées d'un agent public, le fait de porter préjudice à un agent public, etc., le fait de menacer de porter préjudice à un agent public, etc., et l'entrave au travail d'agents publics.

À l'inverse, le droit d'un autre État ne comprend qu'une seule infraction d'entrave au bon fonctionnement de la justice qui s'applique à tout individu qui, par la violence, les menaces, le préjudice ou tout autre comportement illégal à l'encontre d'une personne qui participe à l'administration de la justice ou de l'un de ses proches, agit d'une manière propre à influencer cette personne pour qu'elle effectue ou omette d'effectuer un acte, une tâche ou un service dans le cadre d'une affaire pénale ou civile, ou qui exerce des représailles en réaction à tout acte, tâche ou service que cette personne a effectué en rapport avec une affaire pénale ou civile. Les "personnes qui participent à l'administration de la justice" sont notamment les témoins, les experts et les autres personnes qui apportent un témoignage ou des éléments de preuve dans une procédure pénale, ainsi que toute personne qui travaille pour la police, l'autorité chargée des poursuites, les tribunaux ou les services pénitentiaires, ou leur fournit des services.

Trois séries d'actes relèvent de l'"entrave au bon fonctionnement de la justice" en rapport avec la commission d'infractions établies conformément à la Convention, à savoir le fait de recourir à la coercition pour empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve dans une procédure, à la corruption aux mêmes fins et à la coercition pour empêcher un agent de la justice ou un agent des services de détection et de répression d'exercer les devoirs de sa charge.

Recours à la coercition pour empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve

En vertu de l'alinéa a de l'article 25, le recours à la coercition (c'est-à-dire la force physique, les menaces ou l'intimidation) pour influencer des témoins potentiels et d'autres personnes à même de fournir aux autorités des éléments de preuve ou un témoignage pertinents, dans une procédure en rapport avec la commission d'infractions établies conformément à la Convention, doit être incriminé. Le terme "procédure" doit être interprété au sens large comme visant toutes les procédures publiques officielles relatives aux enquêtes sur des infractions de corruption et au jugement de telles infractions, y compris la phase précédant le procès³⁹. Ainsi, dans deux cas où les dispositions nationales applicables étaient limitées au fait d'empêcher un témoignage devant un organe judiciaire, il a été recommandé d'étendre ces dispositions de sorte à inclure également les procédures avant le procès et les enquêtes criminelles menées par la police.

L'infraction ne se limite pas à des auteurs particuliers: tout le monde peut être potentiellement tenu pour auteur de l'infraction. Ainsi, les législations nationales qui limitent la responsabilité potentielle, par exemple aux procureurs ou aux personnes qui mènent l'enquête avant le procès, devraient être jugées inadéquates aux fins de la Convention. De même, le fait que l'acte d'intimidation se déroule ou non en présence de la victime ou que la victime soit directement intimidée ou par l'intermédiaire d'un tiers est sans importance. Il en va de même du fait que l'auteur obtienne ou non le résultat escompté (c'est-à-dire obtenir un faux témoignage ou empêcher le témoignage ou la présentation d'éléments de preuve). Le fait que le droit national incrimine le seul acte de l'auteur "principal", qui fournit le faux témoignage, fait disparaître des preuves, détruit des documents pour empêcher qu'ils soient présentés comme éléments de preuve, etc. ou ne punisse l'incitation à faire un faux témoignage que si l'auteur obtient le résultat attendu n'est donc pas suffisant. Dans trois pays où c'était plus ou moins le cas, des recommandations sur ce point ont été formulées.

Dans le même ordre d'idées, les examinateurs ont en majorité émis des réserves évidentes sur les allégations ou les déclarations de certaines autorités nationales selon lesquelles les cas d'incitation au faux témoignage pourraient être punis comme une incitation ou une instigation à commettre l'infraction principale de parjure ou à faire un faux témoignage, y compris dans les cas où l'incitation est restée vaine et où aucun parjure n'a effectivement été commis ou aucun faux témoignage n'a été fait. Cette question fait débat – vu qu'un certain nombre d'examineurs semblent être d'un autre avis – mais il paraît plus vraisemblable que l'auteur ne serait puni en tant que complice de la fausse déclaration que si l'incitation réussit. Ce problème est réglé si le pays en question fait partie de ceux où, comme décrit à la sous-section 2 de la section F, ci-après, il est également possible de sanctionner la tentative d'instigation (ou d'incitation) à commettre une infraction, y compris le parjure. Quoiqu'il en soit, une telle approche ne suffit toutefois pas à viser le fait d'empêcher le témoignage ou la présentation d'éléments de preuve autrement que par l'incitation au faux témoignage et entraîne également en général une sanction plus faible que la commission de l'infraction consommée.

En fait, plusieurs États semblent prévoir principalement des dispositions générales applicables à la menace, l'intimidation criminelle, la tentative de coercition ou la contrainte pour viser le comportement en question, punissant le fait de recourir aux menaces pour effrayer ou intimider une ou plusieurs personnes, indépendamment d'un lien avec le témoignage, la présentation d'éléments de preuve ou la conduite de procédures pénales. L'existence d'un tel lien, par exemple si l'acte vise des personnes ayant le statut de victimes ou de témoins, pourrait constituer une circonstance aggravante.

³⁹ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 257.

Exemple d'application

En vertu du Code pénal de trois États appartenant au Groupe des États d'Asie et du Pacifique: "Quiconque menace un individu de porter atteinte à sa personne, à sa réputation ou à ses biens, ou à la personne, à la réputation ou aux biens d'un tiers auquel cet individu porte un intérêt, dans l'intention de l'effrayer, ou de l'inciter à commettre tout acte qu'il n'est pas légalement tenu d'accomplir, ou à s'abstenir de tout acte qu'il est légalement autorisé à accomplir, dans le but d'éviter la mise à exécution de ces menaces, commet un acte d'intimidation criminelle."

Certains examinateurs ont exprimé leur préférence pour des dispositions législatives plus ciblées et spécifiques, mais la pratique ci-dessus peut être considérée dans le principe comme conforme à la Convention, dès lors qu'il est fait en sorte que tous les moyens coercitifs énoncés à l'article 25 entrent dans le champ des dispositions applicables. En outre, l'intimidation criminelle ne devrait pas être associée à des conditions restrictives telles que l'intention de nuire à la personne contrainte, ni limitée comme dans l'exemple ci-dessus au fait de menacer autrui de porter atteinte à sa personne, à sa réputation ou à ses biens, ou à la personne, à la réputation, ou aux biens d'un tiers présentant un intérêt pour lui. La Convention ne subordonne pas l'application de l'infraction au fait que les menaces visent ou non des intérêts ou des individus spécifiques. Ce point a été souligné dans l'examen d'un État, mais pas dans celui d'un autre pays doté de dispositions identiques.

Un bien plus grand groupe d'États fait appel – parfois conjointement à l'infraction générale d'intimidation criminelle susmentionnée – à une série d'infractions spéciales visant spécifiquement divers aspects du comportement prévu par la Convention, en particulier l'impact envisagé de l'acte sur la conduite des procédures pénales. Ces infractions sont notamment l'intimidation de témoins, les tentatives d'incitation au faux témoignage, la subornation de témoin, les tentatives de détruire des preuves, le fait d'empêcher des témoins de se présenter devant le tribunal et l'entente délictueuse en vue d'entraver la justice et le fait d'empêcher un témoignage, ainsi que les infractions plus larges de tentative d'entraver le cours de la justice et d'intimidation criminelle en vue d'entraver le cours de la justice. En général, aucune disposition aggravée ne s'applique lorsque les témoins sont des agents de la justice ou des services de détection et de répression, mais l'établissement d'infractions pénales particulières à cet égard n'est pas exigé au titre de la Convention, dès lors que le fait d'empêcher l'exercice des devoirs de leur charge conformément à la disposition générale de l'alinéa b de l'article 25 est traité par ailleurs.

Exemples d'application

Les lois identiques de deux États englobent, sous les infractions d'entente délictueuse en vue d'entraver la justice et de pression sur les témoins, le comportement de toute personne qui, dans le but d'entraver le bon fonctionnement de la justice, dissuade ou empêche, ou s'emploie à dissuader ou empêcher toute personne légalement tenue de se présenter devant le tribunal et d'apporter des éléments de preuve en qualité de témoin de comparaître et de témoigner, ou entrave, gêne d'une manière quelconque ou empêche sciemment le déroulement d'une procédure judiciaire, civile ou pénale.

Exemples d'application (suite)

Fait intéressant, la législation d'un autre État cible spécialement les actes commis par l'intermédiaire des médias, en établissant comme infraction pénale la publication, en cours de procédure, de commentaires visant à influencer les déclarations des témoins ou la décision d'un tribunal d'enquête ou d'une cour de justice.

Il convient de noter que, dans de nombreux cas, des questions ont été soulevées concernant le champ d'application des infractions en question, par exemple s'agissant du recours non seulement aux menaces et à l'intimidation, mais aussi à la force physique, de l'intimidation de témoins en vue de les inciter à un faux témoignage (plutôt que de les empêcher de témoigner), de l'intimidation d'autres personnes que des agents publics et, en particulier, du comportement visant à empêcher non seulement un témoignage, mais aussi la production d'éléments de preuve non verbaux (tels qu'un document ou l'avis d'un expert) par des personnes participant aux procédures pénales. Un tel comportement pourrait parfois relever de l'infraction générale d'intimidation criminelle, mais cette dernière s'accompagne généralement d'une sanction plus légère, créant ainsi des écarts dans les sanctions applicables à des situations similaires. En général, le recours à la coercition afin d'empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve était essentiellement couvert par le droit interne des pays examinés, mais il existait aussi de tels exemples comme le cas d'un État où les examinateurs ont rejeté l'assertion des autorités nationales selon laquelle le terme "corruption" englobait également les actes de violence, de menaces et d'intimidation.

Recours à la corruption pour empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve

Les États parties doivent incriminer non seulement le recours à la coercition, mais aussi le recours à la corruption (c'est-à-dire le fait de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage indu) pour empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve. Là encore, le fait que l'auteur soit parvenu ou non au résultat escompté (c'est-à-dire empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve) est sans importance et les observations formulées plus haut valent également ici.

La plupart des pays s'acquittent de cette obligation au moyen de dispositions spéciales visant la corruption d'un témoin ou d'un expert, la tentative d'incitation au faux témoignage ou la présentation d'un faux rapport d'expert, la tentative d'incitation à une fausse déclaration, la tentative de subornation de témoin ou la tentative de corruption de témoins, mais également par le biais d'infractions plus générales telles que la tentative d'entraver la justice ou le fait d'influencer le cours de la justice. Ces dispositions coïncident souvent avec les dispositions relatives au recours à la coercition et se heurtent aux mêmes problèmes que ceux exposés ci-dessus (par exemple, s'agissant de considérer l'incitation au faux témoignage comme une instigation à commettre un parjure ou de traiter le comportement à l'égard de la production d'éléments de preuve non verbaux).

Exemples d'application

Le Code pénal d'un État prévoit l'infraction de subornation de témoin selon laquelle le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en rapport avec une action ou un moyen de défense devant un tribunal afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition,

une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation, est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende, même si la subornation n'est pas suivie d'effet.

Le nouveau Code pénal d'un autre État partie va plus loin que les dispositions de l'alinéa a de l'article 25 et prévoit des infractions distinctes pour les formes actives et passives d'entrave à la justice par le recours à la corruption. Une autre disposition vise spécifiquement toute personne qui sollicite ou accepte un avantage illicite, ou la promesse d'un tel avantage, pour s'abstenir d'exercer ses droits légitimes ou pour négliger ses devoirs officiels lors des procédures judiciaires.

Dans plusieurs États parties, la loi ne traite pas la corruption visée à l'alinéa a de l'article 25. Certains États n'incriminent que le recours aux menaces, à la coercition ou à l'intimidation criminelle ou n'incriminent pas toute forme d'entrave. Il a donc été recommandé aux autorités de faire en sorte que l'entrave au bon fonctionnement de la justice soit incriminée au moyen de dispositions pénales spéciales, conformément aux exigences spécifiques énoncées dans la Convention. Certaines questions ont également été soulevées concernant le fait que certaines lois de pays appartenant au Groupe des États d'Europe orientale ne considéraient pas explicitement le fait de promettre ou d'offrir, à l'instar du fait d'accorder un avantage indu comme une incitation, mais le traiteraient plus vraisemblablement comme une tentative d'accorder l'avantage en question. Enfin, on a considéré que les législations nationales n'étaient pas pleinement conformes à la Convention lorsqu'elles ne prévoient pas que les dispositions nationales relatives à l'entrave au bon fonctionnement de la justice s'appliquent également lorsque des personnes autres que les témoins, les experts-témoins ou les personnes participant au procès (telles que leurs parents proches) reçoivent un avantage indu, ainsi que lorsqu'on ne sait pas très bien si des situations où un avantage indu est promis, offert ou accordé à un témoin afin qu'il ne se présente pas ou ne produise pas d'éléments de preuve sont couvertes.

Recours à la coercition pour empêcher un agent de la justice ou un agent des services de détection et de répression d'exercer les devoirs de sa charge

S'agissant des actes visant des agents de la justice ou des services de détection et de répression, la plupart des pays suivent l'esprit de la dernière phrase de l'alinéa b de l'article 25 et prévoient des infractions générales qualifiées d'atteintes à l'ordre public ou à l'autorité de l'État destinées à punir le fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation pour empêcher toutes les catégories d'agents publics, et non seulement les agents de la justice ou des services de détection et de répression, d'exercer les devoirs de leur charge. De même, il est rare que ces dispositions générales – qui sont uniformément jugées adéquates aux fins de l'article 25 et ont même été considérées comme une bonne pratique dans certains cas – se rapportent spécifiquement aux infractions de corruption établies conformément à la Convention. Parfois, des infractions de nature plus spécifique (par exemple, la tentative d'entraver le cours de la justice), protégeant les agents des services de détection et de répression, sont également appliquées et s'accompagnent généralement de sanctions aggravées.

Exemple d'application

Le droit d'un État prévoit que toute personne qui recourt à l'intimidation ou à la force physique pour empêcher un agent public d'exercer les devoirs de sa charge et le forcer à agir ou à s'abstenir d'agir dans l'exercice de ses fonctions officielles sera punie d'un

Exemple d'application (suite)

mois à un an d'emprisonnement. En outre, d'autres dispositions prévoient la réclusion criminelle à perpétuité pour toute personne qui tuerait un membre des forces de police ou un gardien de prison en raison de sa fonction ou de son poste, en vue de préparer, faciliter, commettre ou dissimuler un autre délit ou d'entraver la justice, à son profit ou au profit d'une autre personne ou entité, ou parce qu'elle ne parvient pas à obtenir le résultat escompté.

Certains États – il est intéressant de noter que cela semble être la tendance dominante au sein du Groupe des États d'Europe orientale – ont également harmonisé leur législation avec la partie impérative plus restreinte de l'alinéa b et ont établi – parfois en sus des dispositions générales ci-dessus – des infractions spéciales qualifiées d'atteintes à la justice telles que le fait d'empêcher l'application de la justice, la coercition à l'encontre d'un juge ou le fait d'exercer des menaces ou de recourir à la violence en rapport avec l'exécution de la justice ou une enquête préliminaire.

Exemple d'application

Dans un État partie, les dispositions juridiques interdisant le recours à la force physique, aux menaces ou à l'intimidation pour empêcher un agent de la justice ou un agent des services de détection et de répression d'exercer les devoirs de sa charge s'étendent également expressément aux jurés et aux avocats de la défense. La sanction est plus lourde si l'infraction a été commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions officielles.

S'agissant des problèmes et lacunes constatés, dans des cas isolés, les dispositions nationales visaient l'insulte, l'agression ou le recours à la force criminelle, mais pas les menaces ou l'intimidation, tandis qu'un seul type de menace ou de force physique (par exemple, à l'aide d'une arme) était traité dans quelques autres cas. En outre, certains cas ont été relevés où le comportement en question n'était pas visé, où il n'était visé que dans le contexte immédiat d'une "agression" ou d'une "résistance" à l'encontre de certains employés ou agents du secteur public, où certaines catégories d'agents (tels que les agents de la police et d'autres agents des services de détection et de répression) étaient exclus du champ de l'infraction, ou bien où la responsabilité pénale pour entrave à l'exercice des fonctions judiciaires était limitée aux actes commis par des agents publics, à l'exclusion de tout autre auteur. Les dispositions générales relatives à la coercition et à l'intimidation ont généralement été jugées adéquates, mais dans certains cas il a été estimé nécessaire de traiter spécifiquement les actes commis à l'encontre de l'exercice de l'autorité publique. Étonnamment, dans un cas, les examinateurs ont jugé nécessaire que l'État concerné modifie sa législation de sorte que le fait d'empêcher des agents de la justice ou des agents chargés des enquêtes d'exercer les devoirs de leur charge ne soit pas limitée à des actes commis en lien avec l'exercice de ces devoirs, pratique qui ne semble pas justifiée par le texte de l'alinéa b de l'article 25. Enfin, dans un État partie, les dispositions applicables à l'agression, à l'intimidation et à l'entrave au cours de la justice semblaient satisfaire aux exigences de la Convention, mais il a été recommandé aux autorités d'envisager de prévoir une interdiction légale spécifique pour l'entrave aux agents de l'appareil judiciaire qui soit cohérente avec une interdiction spéciale similaire déjà existante pour les agents des services de détection et de répression et de la police.

Difficultés

Aucune difficulté particulière n'a été identifiée, si ce n'est les nombreuses limites à l'établissement des infractions nationales susmentionnées et, dans certains cas, la fragmentation excessive de la législation applicable et l'absence d'une infraction d'entrave au bon fonctionnement de la justice consolidée visant tous les éléments du comportement en question. Peu d'États parties ayant fourni des données statistiques ou des exemples de cas, il est difficile pour l'instant d'évaluer l'efficacité des dispositions régissant l'entrave au bon fonctionnement de la justice. Néanmoins, il ne fait aucun doute qu'un certain nombre de pays, en dépit de mesures législatives adéquates, se heurtent à de graves lacunes en pratique dans l'application et le respect des dispositions concernées. C'est ce qu'illustre l'exemple d'au moins trois États parties appartenant au Groupe des États d'Afrique où il a été identifié que l'entrave à la justice constituait un sérieux problème et où les agents publics signalaient des agressions physiques, des menaces et des intimidations importantes et persistantes à l'encontre des témoins, des enquêteurs, des procureurs, des responsables d'organismes et des juges, qui empêchaient ces personnes d'exercer pleinement leurs devoirs.

F. Dispositions à l'appui de l'incrimination

1. Responsabilité des personnes morales (article 26)

À très peu d'exceptions près, tous les États parties ont adopté des mesures prévoyant la responsabilité des personnes morales pour la participation aux infractions établies conformément à la Convention, mais certains de ces pays n'ont pas prévu de disposition générale sur la responsabilité et il existe des variations considérables quant au type de responsabilité et à sa portée. Par ailleurs, un certain nombre d'États semblent n'avoir établi une forme de responsabilité qu'en rapport avec des infractions spécifiques telles que le blanchiment d'argent. Dans presque tous les cas – à l'exception de quelques États dont les dispositions applicables nécessitent des éclaircissements – il semble clair que la responsabilité d'une personne morale, qu'elle soit pénale, civile ou administrative, est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions, ce qui est donc conforme au paragraphe 3 de l'article 26 de la Convention. En pratique, cela signifie que les décisions procédurales prises à l'encontre de la personne morale n'influeront pas sur les décisions visant la personne physique; le fait que la personne morale soit tenue pour responsable ne procurera pas d'avantage (ou d'inconvénient) décisif à la personne physique, ni n'entravera l'établissement de sa responsabilité pénale.

Ces principes s'appliquent à tous les auteurs ou complices d'une infraction de corruption, indépendamment de leur fonction éventuelle au sein de la personne morale. Les représentants légaux d'une société pourraient la représenter pendant les enquêtes et les procédures menées à son encontre pour des infractions de corruption ou liées à la corruption. Néanmoins, ils ne peuvent être reconnus coupables des infractions commises par les personnes morales qu'ils représentent, à moins d'être reconnus individuellement responsables. Il est vrai que dans certains pays, principalement de *common law*, le droit prévoit que tout comportement constituant une infraction pour laquelle une personne morale est ou était passible de poursuites peut être considéré comme ayant été commis par toute personne qui en était à l'époque un administrateur ou un employé. Si, à première vue, cela semble toutefois introduire une sorte de responsabilité objective des personnes en question, la loi précise que les dispositions en la matière ne s'appliquent pas lorsqu'il est prouvé que l'administrateur ou l'employé de la personne morale n'a pas participé au comportement en cause, ou a pris toutes les mesures raisonnables pour l'empêcher.

Dans le même temps, il devrait également être possible de tenir la personne morale pour responsable même si l'enquête ne parvient pas à identifier la personne physique qui a commis l'infraction – ce qui pourrait souvent être le cas dans les structures d'entreprises de plus en plus complexes et décentralisées où les opérations et la prise de décisions sont diffuses – ou à établir la responsabilité de cet individu, par exemple du fait d'obstacles procéduraux. À l'inverse de ces principes, dans plusieurs cas, il a été noté que la responsabilité (pénale) des personnes morales était liée à la responsabilité d'une personne physique et que cette dernière constituait dans une large mesure un prérequis à la première, ce qui nuit sérieusement à l'efficacité des dispositions connexes. De même, on a considéré que les dispositions (pénales) d'un État qui prévoyaient que, parmi les personnes physiques et morales concernées, "seule la personne ayant commis l'infraction la plus grave peut être condamnée", rendaient la responsabilité incertaine et apparemment discrétionnaire, d'une manière qui n'était pas conforme à la clarté juridique exigée par la Convention.

Personnes morales visées

Les États parties devraient en principe faire en sorte qu'une certaine forme de responsabilité civile, administrative ou pénale pour les infractions liées à la corruption soit appliquée à tous les types de personnes morales. Néanmoins, dans plusieurs pays, les lois pertinentes ne s'appliquent pas aux institutions publiques, aux organes régionaux, communaux et provinciaux, aux personnes morales de droit public ou aux personnes morales du secteur de l'économie populaire et solidaire. Si cela a été jugé raisonnable par la grande majorité des examinateurs, dans deux cas, des objections claires à cette restriction ont été soulevées. De même, dans un autre État, il a été recommandé que les dispositions existantes relatives à la responsabilité administrative soient élargies, parce qu'elles n'englobent pas les entités où l'État détient une participation supérieure à 50 %, sauf si ces dernières exercent des activités commerciales, auquel cas elles sont considérées comme des "personnes morales de droit civil". Compte tenu de ces vues divergentes, la question devrait être examinée plus avant. Les lois suscitent moins de controverse dans trois autres pays où il a été uniformément jugé que le champ de la responsabilité pénale des personnes morales était indument restreint par une exception visant non seulement l'État, les administrations locales et les personnes morales de droit public, mais aussi les entreprises dont l'État est propriétaire et les personnes morales qui ne sont pas des entités dotées de la personnalité juridique.

Nature de la responsabilité, responsabilité civile

S'agissant du type de responsabilité concerné, dans la plupart des cas, il semble ne faire aucun doute qu'il est possible de tenir une personne morale pour responsable en vertu des règles générales de la responsabilité civile ou d'une règle administrative, mais des informations souvent insuffisantes ou confuses sur ces possibilités ont été fournies au cours des examens. Dans la majorité des États, plusieurs formes de responsabilité s'appliquent.

Lorsque des informations ont été fournies sur les régimes de responsabilité civile, elles concernaient pour la plupart soit des dispositions permettant d'engager une action en justice à l'encontre de personnes morales en vue d'obtenir réparation du préjudice moral ou matériel, conformément à l'article 35, soit des dispositions permettant de prendre des sanctions à l'encontre de ces personnes dans le cadre de procédures civiles ou quasi civiles, telles que la liquidation d'une personne morale par un tribunal si cette dernière se livre à des activités proscrites par la loi.

Exemples d'application

Dans un État partie où il n'existe pas de responsabilité pénale pour les personnes morales, le Code pénal établit une responsabilité civile subsidiaire (secondaire) spéciale des personnes morales pour toutes les infractions commises en leur nom, ainsi qu'une responsabilité civile conjointe des personnes morales spécifiquement dans les affaires de corruption d'agents nationaux ou étrangers. Dans ces cas, les personnes morales sont tenues conjointement responsables des préjudices avec les personnes physiques qui ont été déclarées pénalement responsables comme auteurs ou comme participants, et il incombe au tribunal de déterminer la réparation due par chaque partie proportionnellement à sa contribution au résultat criminel. Il a été recommandé aux autorités nationales d'adopter une définition moins restrictive de la responsabilité civile des personnes morales, qui permettrait une responsabilité conjointe de la personne physique et de la personne morale pour chaque infraction prévue par la Convention.

Le Code civil d'un autre État prévoit la possibilité spéciale de dissoudre, dans certaines circonstances, une personne morale, à la demande du parquet. Un tel recours est possible, par exemple lorsque les activités de la personne morale sont contraires à l'ordre public. Il est concevable que la personne morale qui a corrompu un agent public national ou étranger correspondrait à ce scénario. Une procédure similaire pour les sociétés qui poursuivent un but ou une cause illicites est prévue dans le Code de commerce d'un autre État, mais la procédure correspondante semble être plutôt de nature administrative que civile.

Il est intéressant de noter que la responsabilité civile, sous la forme de réparations civiles demandées par les victimes d'infractions de corruption aux personnes morales concernées ou de la dissolution de la personne morale qui se livre à des activités illégales, ne semble pas toujours considérée comme un équivalent clair de la responsabilité pénale et administrative. De ce fait, dans un État qui prévoit une responsabilité pénale pour blanchiment d'argent et corruption d'agents étrangers et une responsabilité civile au sens ci-dessus pour d'autres infractions liées à la corruption, bien qu'il ait été conclu que la disposition examinée a généralement été appliquée, les examinateurs ont jugé nécessaire d'encourager le pays à envisager la possibilité d'introduire des dispositions législatives prévoyant clairement la responsabilité pénale et/ou administrative des personnes morales pour toutes les infractions de corruption. De même, dans un État où le Code civil prévoit que les personnes morales peuvent être mises en liquidation sur décision du tribunal si elles se livrent à des activités prosrites par la loi, ils ont eu le sentiment que le Code n'établissait pas les motifs et les conditions permettant l'application de cette mesure dans les cas où la personne morale a participé aux infractions de corruption, ou un mécanisme juridique clair permettant d'appliquer cette mesure en pratique.

Responsabilité pénale

La principale question concernant l'application de l'article 26 est de savoir si les États parties se sont limités à l'application de sanctions civiles et administratives ou s'ils sont allés plus loin en faisant en sorte que les personnes morales soient passibles de sanctions pénales. Cette deuxième solution prévaut clairement. Plus de deux tiers des États parties ont établi une forme de responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions de corruption. Il s'agit notamment de cas où les États parties, afin d'éviter les difficultés constitutionnelles relatives à l'obligation d'établir la culpabilité de la partie accusée, ont prévu des versions "indirectes" ou "sui generis" de cette responsabilité, qui ne sont pas considérées comme une responsabilité

pénale bien qu'elles soient examinées par un tribunal pénal. Par exemple, dans un pays, s'il est prouvé au cours d'une procédure pénale à l'encontre d'une personne physique que l'infraction pénale a été commise dans le cadre d'activités professionnelles ou dans l'intérêt d'une personne morale, des amendes ou d'autres mesures coercitives pourraient également viser la personne morale moyennant une décision raisonnée du tribunal pénal.

Si, autrefois, cet élément était propre à un certain nombre de systèmes de *common law*, au moment de l'examen on trouvait au moins autant de pays de droit romano-germanique dotés de règles en la matière, notamment de règles de responsabilité qui ne sont pas réellement pénales, mais figurent dans le droit pénal. Davantage d'États parties dans le monde suivent aujourd'hui de plus en plus cette tendance, comme le reflète l'exemple d'au moins cinq pays de différentes régions dotés de régimes civils et/ou administratifs, dans lesquels soit une loi introduisant une responsabilité pénale avait été rédigée ou déjà signée et devait entrer en vigueur dans un avenir proche, soit un engagement avait été pris – dans un cas, apparemment sous l'influence du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales – d'introduire une telle responsabilité et une législation à cet effet était en cours d'élaboration. Fait tout aussi révélateur, dans deux des États dépourvus de législation sur la responsabilité des personnes morales pour des infractions de corruption ou dotés d'une législation limitée en la matière, les autorités nationales ont indiqué que leurs gouvernements entendaient faire une priorité de l'adoption de mesures concernant la responsabilité pénale, bien que, comme noté dans un cas, d'autres formes de responsabilité civile et administrative satisfieraient également aux exigences de la Convention.

Une grande partie de la législation en la matière est récente et n'a pas été éprouvée, ou n'a pas fait l'objet d'une analyse complète. Cela explique en partie son impact pratique limité ou nul dans certains pays et le fait qu'on ignore encore comment les tribunaux apprécieront certains de ses aspects tels que l'attribution de l'intention et de la culpabilité, les règles applicables en matière de preuve et les critères de choix entre différents types de sanctions à l'encontre des personnes morales.

La manière plus classique de réglementer la responsabilité pénale des personnes morales – et qui prévaut dans les États de *common law* – est de considérer que toutes les infractions applicables (à de très rares exceptions, telles que des transgressions mineures ou certaines infractions fiscales) concernent à la fois les personnes physiques et les personnes morales et s'appliquent à toutes deux de la même manière, moyennant seulement les adaptations nécessaires. Lorsqu'on ne sait toujours pas très bien si un concept uniforme de "personne" s'applique dans le cas d'infractions de corruption (par exemple, parce que la loi d'interprétation a été adoptée après leur établissement), les États parties devraient s'atteler à clarifier la situation concernée.

Exemples d'application

Dans un État, une disposition générale prévoit que la législation pénale s'applique aux personnes morales de la même façon qu'aux personnes physiques, sous réserve des modifications qui y sont énoncées et de celles qui s'imposent du fait que la responsabilité pénale vise des personnes morales et non des personnes physiques. Une personne morale peut être reconnue coupable d'une infraction quelconque, y compris une infraction passible d'une peine d'emprisonnement.

Les lois d'un autre pays définissent le terme "personne" comme toute société ou association ou groupe de personnes dotés ou non de la personnalité juridique. Cette définition n'est pas exhaustive et englobe à la fois les personnes physiques et les personnes morales telles que des sociétés, des entreprises individuelles, des entreprises ou des associations non dotées de la personnalité juridique. En général, une société se trouve dans la même position à l'égard de la responsabilité pénale qu'une personne physique et peut être reconnue coupable d'infractions, y compris d'infractions nécessitant l'établissement de l'intention délictueuse. Il existe toutefois des infractions qu'une société ne peut commettre ou dont elle ne peut être reconnue coupable comme auteur; en outre, une société ne peut être reconnue coupable d'une infraction pour laquelle les seules sanctions prévues sont la mort, les peines corporelles ou l'emprisonnement.

De nombreux pays adoptent une approche plus restrictive, en vertu de laquelle les personnes morales ne sont passibles de sanctions pénales que pour des infractions spécifiques, généralement les infractions jugées les plus graves ou classées dans la catégorie des infractions économiques. En termes de respect de la Convention, cela peut entraîner des lacunes dès lors qu'il n'existe aucune disposition civile et/ou administrative complémentaire. Par exemple, dans un nombre considérable de cas, la responsabilité est limitée aux infractions telles que le blanchiment d'argent ou la corruption d'agents publics nationaux ou étrangers, ou à des infractions où une personne s'enrichit ou enrichit une société au détriment des finances de l'État. Il a donc été recommandé à ces pays d'étendre la portée de la loi de sorte à inclure toutes les infractions établies conformément à la Convention. De même, dans d'autres cas où il existait des dispositions relativement plus larges, certaines infractions étaient exclues du champ d'application telles que la soustraction de biens dans les secteurs public et privé, l'abus de fonctions et l'entrave au bon fonctionnement de la justice.

Il n'existe pas de principes clairement consolidés au sein des États parties concernant l'attribution de la responsabilité pénale aux personnes morales. Globalement, la responsabilité des sociétés naît généralement de la commission d'un acte coupable au nom et/ou au profit de la société par: a) un membre de son organe statutaire, un dirigeant, un responsable doté d'une autorité décisionnelle ou un représentant compétent; ou b) un subordonné de l'une des personnes ci-dessus, dans les cas où le soin et la diligence nécessaires à la prévention de l'infraction n'ont pas été respectés dans les activités de la société, de sorte que l'infraction a pu être commise. Si diverses variantes du modèle ci-dessus ont été jugées suffisantes, dans un État où seules les actions des administrateurs ou des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale peuvent encourir une responsabilité pénale, il a été recommandé qu'il soit envisagé d'apporter des modifications à la législation existante, afin que le niveau d'autorité de l'individu dont la conduite engage la responsabilité de la personne morale autorise une certaine souplesse et tienne compte de la grande variété des systèmes décisionnels en vigueur au sein des personnes morales.

Exemples d'application

Dans un État, pour attribuer une responsabilité, il faut que l'infraction ait été commise dans l'intérêt et au profit de la personne morale concernée par une personne physique investie de pouvoirs de direction, d'administration ou de supervision ou par une personne se trouvant sous sa supervision ou sa direction directe. Il doit également être prouvé que la personne morale ne s'est pas acquittée de ses obligations en matière de

Exemples d'application (suite)

gestion et de supervision. La loi considère alors que la personne morale concernée a manqué à son obligation d'appliquer les mécanismes d'organisation, d'administration et de supervision destinés à prévenir la commission d'une infraction.

Dans un autre pays, une infraction ne peut être attribuée à la personne morale que si: *a)* un élément matériel d'une infraction est commis par un salarié, un mandataire ou un dirigeant d'une personne morale agissant dans le cadre réel ou apparent de son emploi ou dans les limites de son autorité effective ou apparente; et *b)* un élément de faute est attribué à la personne morale qui, de façon expresse, tacite ou implicite, a autorisé ou permis la commission de l'infraction, notamment lorsqu'il existait, au sein de la personne morale, une culture d'entreprise qui prescrivait, encourageait, tolérait ou engendrait le non-respect de la disposition considérée ou que la personne morale n'a pas créé ni maintenu une culture d'entreprise prescrivant le respect de la disposition considérée.

L'un des objectifs de l'établissement de la responsabilité de la société est clairement d'encourager les personnes morales à adopter des mécanismes préventifs adéquats tels que le recrutement d'un responsable de la prévention, la définition de ses prérogatives et de ses pouvoirs et la mise en place, la supervision et la certification d'un système de contrôle interne. Dans certains cas, la société ne peut donc être reconnue coupable si elle prouve qu'elle a exercé la diligence voulue ou qu'elle a mis en place un "système d'organisation" pour empêcher le comportement ou son autorisation. Par ailleurs, dans certains États, une société est en général responsable des actes de ses employés, même lorsque la direction de l'entreprise a condamné la conduite de l'employé et même lorsque l'entreprise s'est dotée d'un programme de conformité efficace, ces facteurs n'intervenant que pour atténuer les sanctions applicables. Si une société a adopté des règles de prudence ou de conformité interne complètes soutenues par la direction, et qu'un employé enfreint néanmoins la loi, le tribunal peut ainsi tenir compte des efforts de l'entreprise comme un facteur atténuant pour déterminer le niveau de sanction.

Succès et bonnes pratiques

Un État partie a introduit la responsabilité de plein droit des organismes commerciaux qui ne parviennent pas à empêcher des personnes physiques qui leur sont liées de commettre des faits de corruption afin d'obtenir ou de conserver un avantage commercial. Les organismes visés sont les entités nationales et étrangères qui se livrent à des activités commerciales ou exercent un métier ou une profession quelconque dans le pays, y compris des entreprises dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire. En créant l'obligation pour ces entités d'empêcher la corruption, la loi a introduit un moyen de dissuasion jugé efficace qui, dans les faits, a incité de nombreuses entreprises à adopter tout un train de mesures préventives. Vu ce résultat, et la réaction unanimement positive des autorités chargées des poursuites et du secteur privé, la mesure a été considérée comme une bonne pratique et, surtout, pourrait également être suivie dans les États qui n'appliquent pas un régime de responsabilité pénale.

Responsabilité administrative

En vertu du paragraphe 1 de l'article 26, chaque État partie adopte les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions établies conformément à la Convention. Il n'existe aucune

obligation de créer un régime de responsabilité pénale, conformément à d'autres initiatives internationales qui prennent en compte la diversité des approches adoptées par les différents systèmes juridiques⁴⁰. Nombre d'États parties ont en effet choisi de prévoir des sanctions administratives (parfois conjointement à la responsabilité civile), citant les principes fondamentaux de leur système juridique et la doctrine établie, selon lesquels seule une personne physique pourrait être considérée pénalement responsable et sujette à une responsabilité pénale. Les sociétés n'étant pas dotées d'une intention répréhensible, leur culpabilité ne peut être établie en tant qu'attitude subjective et mentale et elles ne peuvent non plus faire l'objet d'une réelle sanction pénale (*societas delinquere non potest*).

Dans la plupart des cas, les examinateurs ont accepté le choix national de la forme de responsabilité privilégiée et ont noté que les systèmes prévoyant des sanctions administratives effectives sont pleinement conformes aux exigences énoncées à l'article 26, sous réserve que toutes les infractions liées à la corruption soient incluses dans les dispositions pertinentes et que celles-ci ne soient pas limitées, par exemple, au domaine des marchés publics. Il convient toutefois de noter qu'un certain nombre d'examineurs, en dépit de la grande marge discrétionnaire des États parties en la matière, ont recommandé qu'une responsabilité pénale soit établie ou, si elle existe déjà, soit étendue à toutes les infractions liées à la corruption. Dans le même esprit, la création d'un régime de responsabilité pénale des personnes morales participant à la commission d'infractions établies conformément à la Convention a été soulignée comme une bonne pratique dans certains cas, compte tenu de la nature novatrice d'une telle mesure dans les systèmes juridiques de droit romano-germanique.

Peu d'informations ont été fournies sur les principes régissant l'attribution d'une responsabilité administrative, mais le seuil est certainement inférieur à celui requis pour l'application des sanctions pénales.

Exemple d'application

Dans un pays, la loi relative aux infractions de corruption prévoit que si l'organisation, la préparation et la commission d'infractions de corruption ou d'infractions créant les conditions d'infractions de corruption sont effectuées au nom ou dans l'intérêt d'une personne morale, les mesures relatives à la responsabilité peuvent être appliquées à cette dernière conformément à la législation nationale. Dans certains cas, des personnes morales étrangères peuvent également être reconnues comme auteurs d'infractions liées à la corruption. En outre, les personnes morales peuvent être tenues pour légalement responsables du non-respect des obligations de la loi relative à la lutte contre la blanchiment (le blanchiment) du produit du crime et le financement du terrorisme.

Sanctions

Les sanctions varient généralement: on citera les formes les plus courantes de sanctions pécuniaires (par exemple, jusqu'à 5 fois le montant de la sanction pécuniaire maximale qu'un tribunal peut imposer à une personne physique reconnue coupable de la même infraction ou 2 à 10 fois la valeur illicite reçue, acceptée, sollicitée, convenue ou promise), la confiscation et la publication d'un extrait du jugement, les sanctions de nature administrative, notamment la perte partielle ou totale d'incitations et avantages fiscaux ou l'interdiction absolue d'en recevoir pendant une durée donnée, l'interdiction temporaire ou permanente ("liste noire") de

⁴⁰Ibid., par. 323 à 327.

participer aux marchés publics ou de conclure des actes ou des contrats avec des organismes publics, l'annulation des autorisations d'implantation dans le pays en tant que filiales de sociétés étrangères, l'interdiction de procéder à des augmentations de capital, la fermeture de certains établissements, la privation de la licence d'exploitation et l'interdiction provisoire d'exercer une activité commerciale ou autre, le placement sous surveillance judiciaire, voire de la manière la plus radicale (en particulier, si la personne morale a été créée spécifiquement aux fins d'activités criminelles telles que le blanchiment d'argent ou si elle s'est détournée de son but légitime premier et a changé d'activité dans le but de commettre une infraction), la dissolution de la société ou l'annulation de la personnalité juridique, ainsi que différentes combinaisons de ce qui précède. L'absence de montant maximal légal pour les amendes imposables aux entreprises dans certains pays (par exemple, dans le cas du blanchiment d'argent) a été notée positivement et jugée dissuasive.

Les sanctions pécuniaires pour les personnes morales sont généralement plus sévères que celles établies pour les personnes physiques. Il a toutefois souvent été estimé que les amendes maximales pour les sociétés pourraient être plus élevées, compte tenu de la gravité des infractions, des profits souvent importants concernés et de la puissance économique des entités en question. Il a donc été spécifiquement recommandé à un grand nombre de pays d'envisager de relever le niveau des amendes applicables aux infractions liées à la corruption (par exemple, à hauteur d'un pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise), d'étendre les types de peines applicables aux personnes morales à des sanctions autres que pécuniaires et, d'une manière générale, de permettre l'application différentielle des sanctions selon le degré de gravité et d'autres circonstances de l'infraction, la législation en la matière étant en cours d'élaboration dans certains de ces cas. Dans quelques cas, il a également été considéré que l'absence d'antécédents judiciaires publics ou de système d'inscription sur une liste noire pour les sociétés et leurs représentants constituait une lacune. Enfin, dans certains pays où aucune personne morale n'avait été poursuivie pour une quelconque infraction, il a été noté qu'il n'existait pas de dispositions spécifiques énonçant les sanctions applicables et, dans un cas, il a été recommandé que la jurisprudence dans le domaine des sanctions applicables aux personnes morales pour des infractions spécifiques soit clarifiée, ce qui supposait d'identifier des seuils de peine et de définir des indicateurs appropriés pour l'application d'un certain type de peine, tout en prenant en compte la taille ou la situation financière de la personne morale.

Les autres facteurs normalement pris en compte pour l'application de sanctions aux personnes morales sont le type d'activités de la personne morale; les circonstances particulières de la commission de l'infraction pénale; le statut de la personne physique au sein du cadre institutionnel de la personne morale; les actions réelles de la personne morale; la nature des opérations effectuées par la personne morale et les conséquences de ces dernières; et, comme noté ci-dessus, les mesures prises par la personne morale en vue de prévenir la commission de l'infraction pénale⁴¹.

Efficacité

Comme il a déjà été mentionné, les règles de responsabilité des personnes morales sont souvent récentes et non éprouvées. Il a été signalé que les sanctions prévues ne sont pas largement appliquées ou ne sont pas appliquées à toutes les personnes morales, en particulier s'agissant des infractions de corruption, et que les procureurs nationaux demandent rarement qu'une personne morale soit déclarée pénalement responsable pour la commission d'infractions

⁴¹ Sur la question des mesures dont disposent les États parties pour sanctionner les entités du secteur privé, en particulier les amendes, la confiscation du produit, la suspension, l'exclusion et le refus d'accorder des avantages publics, voir ONUDC, *The United Nations Convention against Corruption: a Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity* (Vienne, 2013), p. 16 à 26.

économiques. Les services de détection et de répression, tels que la police et le bureau du procureur, ne disposent pas toujours de systèmes permettant de signaler les affaires pénales concernant des personnes morales aux autorités administratives chargées d'imposer les sanctions en la matière. De même, l'absence d'une législation spéciale permettant la collecte d'éléments de preuve contre des personnes morales en rapport avec la commission d'infractions pénales, ainsi que des failles que ces entités pourraient exploiter pour échapper à leur responsabilité (par exemple, en fusionnant avec une autre société) ont été observées. Enfin, vu que des analyses de statistiques et d'affaires sont rarement fournies, il est difficile de savoir si on peut considérer que les régimes de sanctions nationaux sont efficaces, proportionnés et dissuasifs.

Dans seulement quelques cas, les équipes d'examineurs se sont dites satisfaites de l'efficacité des régimes nationaux: dans l'un de ces cas, le système de responsabilité pénale a été considéré comme un succès en raison des poursuites et des sanctions imposées à de grandes entreprises pour des faits de corruption; et, dans un autre, la norme en matière de responsabilité a été jugée directe et efficace et a conduit à un nombre impressionnant d'actions de détection et de répression au cours des cinq dernières années.

Difficultés

Les difficultés les plus courantes tenaient à l'inadéquation des normes existantes, aux particularités des systèmes juridiques nationaux et à l'établissement de sanctions appropriées conformément au paragraphe 4 de l'article 26. Hormis cela, le principal problème était l'application pratique limitée des réglementations existantes, qui s'explique en partie par des lacunes systémiques ou des a priori négatifs quant à l'utilité de telles mesures. Deux exemples illustrent cette situation: dans un État, l'application minimale des lois relatives à la responsabilité des sociétés a été en partie imputée à la capacité limitée des services de détection et de répression, c'est-à-dire au fait que les enquêteurs et les procureurs ignoraient comment mener les enquêtes et les poursuites relatives à cette infraction; dans un autre État, où aucune action en justice n'avait encore été engagée à l'encontre d'une personne morale, les autorités ont déclaré que la corruption n'était pas généralement perçue comme un problème concernant le secteur privé (ou les personnes morales impliquées), mais plutôt les agents publics qui recevaient ou sollicitaient des pots-de-vin.

Enfin, davantage d'informations sont nécessaires, en particulier sur la solution administrative privilégiée par de nombreux pays. Il a donc été recommandé que des statistiques soient tenues sur les sanctions et procédures administratives à l'encontre des personnes morales, ainsi que sur les affaires et sanctions pénales.

2. Participation et tentative (article 27)

La grande majorité des États parties ont adopté des mesures adéquates pour incriminer la commission conjointe, la participation et la tentative de commission dans le cas d'infractions établies conformément à la Convention, généralement non par le biais de dispositions spéciales pour chacun de ces actes, mais au moyen de provisions inscrites dans la partie générale de leur code pénal. À l'inverse, la préparation d'une infraction de corruption, une disposition non impérative, n'est incriminée que dans les deux tiers des États parties.

Participation

La portée, le champ d'application et les classifications terminologiques des actes de participation varient, mais il est possible de distinguer globalement certains traits communs entre les

États. Le plus évident concerne les personnes ayant conjointement commis une infraction intentionnelle (coauteurs). Dans la plupart des cas, lorsqu'un acte délictueux est commis conjointement par plusieurs personnes, pour mettre à exécution leur intention commune, chacune d'entre elles est responsable de l'acte de la même manière que s'il avait été commis individuellement.

S'agissant de la participation au sens strict, les lois nationales visent en général toute personne ayant intentionnellement coopéré, collaboré, aidé ou fourni une assistance de quelque manière que ce soit (conseil, action ou autre) avant ou pendant la commission d'un acte intentionnel ou d'une tentative punissable (voire ultérieurement, par exemple, pour tenir une promesse faite avant la commission de l'infraction). Dans seulement très peu de cas, la participation à toutes les formes de complicité, d'assistance et de collusion, ou à l'égard d'infractions particulières établies conformément à la Convention (par exemple, corruption ou soustraction dans le secteur privé) n'était pas visée. La loi n'établit parfois pas de distinction entre les divers participants, mais reflète un concept unifié d'auteur qui englobe toutes les personnes contribuant de quelque manière que ce soit à la perpétration de l'acte. Les complices, les collaborateurs et les instigateurs sont souvent (mais pas toujours) punis des mêmes sanctions que celles applicables aux auteurs principaux, le tribunal tenant compte de leur degré d'implication pour déterminer la sanction à imposer. Souvent, il est spécialement fait référence aux "instigateurs" (c'est-à-dire les personnes qui persuadent intentionnellement autrui de commettre une infraction intentionnelle ou de faire une tentative punissable de commettre un tel acte) et aux personnes apportant une aide "essentielle", "significative" ou "directe" dans la commission de l'infraction, mais aussi, et surtout au sein du Groupe des pays d'Europe orientale, aux "organiseurs" (c'est-à-dire les personnes qui ont mis sur pied l'infraction ou en ont supervisé la perpétration, ainsi que les personnes qui ont établi ou supervisé un groupe organisé ou une organisation criminelle). Ces trois catégories d'individus (instigateurs, participants directs et organisateurs) seront plus vraisemblablement traitées comme des auteurs et considérés passibles de la même sanction que s'ils étaient les auteurs effectifs.

En outre, dans des cas isolés, la loi traite également séparément comme complices le "commanditaire" (personne qui en engage d'autres pour commettre un délit), le "receleur" (personne qui assiste à une infraction sans y prendre immédiatement part, mais qui n'en empêche pas la commission), voire le "complice après les faits" (c'est-à-dire la personne qui a connaissance de l'infraction après qu'elle a été commise et qui aide l'auteur à échapper à une arrestation ou s'abstient simplement de signaler l'infraction). Ces deux derniers cas vont sans doute au-delà des exigences de la Convention.

Tentative

La tentative est généralement définie comme le comportement d'une personne qui commence à commettre un délit (c'est-à-dire commet un acte qui n'est pas simplement préparatoire et permet la réalisation de l'infraction), mais n'y parvient finalement pas du fait de circonstances échappant à son contrôle. L'auteur d'une tentative est essentiellement puni des mêmes sanctions que celles prévues pour le délit consommé, mais dans plusieurs pays la peine est réduite ou le juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire à cet égard, en particulier si la tentative exprime une intention criminelle de faible force ou persistance. Dans de nombreux pays, il est expressément précisé qu'aucune sanction (ou peine atténuée) n'est imposée si le délit n'est pas consommé du fait de l'action ou de l'inaction volontaire de l'auteur (et non du fait de conditions externes ou de circonstances objectives indépendantes de sa volonté telles que le risque imprévu d'être découvert). En outre, dans certains pays, la tentative ne peut être passible de sanctions (ou peut être passible de sanctions moindres) lorsque l'infraction n'aurait pu être consommée en aucune circonstance, du fait de l'absence de certaines qualités personnelles de l'auteur ou de circonstances requises par la loi, ou en raison du type d'action ou d'objet de l'infraction.

Il existe des pays où la loi ne punit que les tentatives en rapport avec des infractions pénales spécifiques ou des infractions jugées graves et passibles d'une peine supérieure à un certain seuil (par exemple, trois ans d'emprisonnement). Dans certains cas, cela a créé une incertitude quant à l'application à toutes les infractions de corruption, et plus de 12 États présentant des lacunes évidentes ont été recensés. Par exemple, dans un État, les tentatives de commission de l'infraction de corruption passive sont spécifiquement incriminées, mais il n'existe aucune disposition générale sur la tentative visant toutes les infractions établies conformément à la Convention; dans la plupart des autres cas, les tentatives en rapport avec diverses infractions de corruption (telles que l'entrave au bon fonctionnement de la justice et le trafic d'influence) ne sont pas visées; et dans deux États, les tentatives de commission d'une infraction ne sont punies qu'à la discrétion du juge ou que si elles sont jugées dangereuses pour la société – une exigence qui, estime-t-on, crée un seuil plus élevé que nécessaire.

Il convient de noter que de nombreux pays disposent d'une faible marge de manœuvre pour appliquer les mesures relatives à la tentative de commission d'infractions visées dans la Convention, en particulier s'agissant de la corruption et du trafic d'influence. Comme déjà mentionné à la sous-section 1 de la section A ci-dessus, si plusieurs États parties considèrent que le fait de promettre ou d'offrir un avantage indu constitue une tentative de commettre une infraction de corruption, ils sont bien plus nombreux à viser directement la promesse ou l'offre, ainsi que le fait d'accepter une promesse ou une offre, comme des infractions de corruption à part entière. Dans ces cas, comme souligné dans un certain nombre d'examen, aucun lien d'aucune sorte n'est requis entre les acteurs actifs et passifs; le comportement ultérieur de l'autre partie est sans importance, tout comme le fait que l'avantage illicite ait effectivement ou non été accordé ou reçu. Par ailleurs, il n'est pas tout à fait exact qu'il n'existe aucune possibilité de tentative, comme il a été avancé dans certains examens. Par exemple, une enveloppe contenant une offre de pot-de-vin peut être envoyée par courrier, mais être interceptée sans jamais atteindre le destinataire visé, ce qui constituerait normalement une tentative de corruption active.

Préparation d'une infraction

À l'inverse de la tentative, on ne considère normalement pas que de simples actes de préparation appellent toujours des mesures pénales et peuvent donc faire l'objet d'une réglementation collective, par exemple inscrite dans la partie générale du Code pénal. Dans les deux cinquièmes des États parties, la simple préparation d'une infraction liée à la corruption (paragraphe 3 de l'article 27) ne semble être incriminée sous aucune de ses formes (y compris l'entente, que l'on estime en principe relever du concept de préparation, en vertu de l'alinéa 1 b ii de l'article 23). Dans certains de ces cas, les États examinés ont avancé que l'incrimination de la préparation est réservée aux seules infractions pénales les plus graves (crimes contre l'organisation constitutionnelle et la sécurité, terrorisme international, etc.) ou qu'elle s'intègre difficilement dans le système juridique national et ses principes fondamentaux, qui exigent l'identification claire du comportement répréhensible constituant l'infraction. Vu le caractère facultatif de l'obligation en question, des explications de ce type ont en général été jugées satisfaisantes, mais certains pays ont été vivement invités à envisager d'adopter à l'avenir des mesures relatives à la préparation.

De même, dans certains pays, la préparation d'un délit (en particulier, sous la forme d'une entente ou d'une tentative de mettre sur pied une entente) n'est punissable que dans des cas spécifiques prévus par la loi. Il s'agit parfois notamment du blanchiment d'argent (par exemple, association de malfaiteurs ou participation à une organisation criminelle dans le but de blanchir de l'argent) ou de l'entrave au bon fonctionnement de la justice, mais pas d'autres infractions de corruption, et en tout cas pas de toutes les infractions établies conformément à

la Convention. Le critère qui détermine s'il faut ou non incriminer les activités préparatoires des auteurs éventuels est généralement la gravité de l'infraction et, d'une manière plus générale, ses caractéristiques et la manière dont elle a été commise. La prescription d'une responsabilité pénale pour la préparation de la commission de délits moins dangereux est jugée disproportionnée et incompatible avec les objectifs du droit pénal comme ultime recours. Néanmoins, dans plusieurs États parties, une législation était en cours d'élaboration ou avait été préparée pour mieux appliquer cet article.

Le concept de "préparation" n'est défini étroitement que dans quelques États – il est intéressant de noter que la tradition juridique de la plupart d'entre eux trouve ses racines dans le Groupe des pays d'Europe orientale – en général, comme le fait de créer intentionnellement les conditions de la perpétration d'un délit, ou de prendre, conformément à un plan, des précautions techniques ou organisationnelles concrètes d'une nature et d'une portée indiquant qu'on s'apprête à commettre un acte délictueux.

Exemple d'application

Un certain nombre d'États parties du Groupe des États d'Europe orientale qui prévoient des dispositions presque identiques considèrent que la préparation d'un délit consiste en la recherche, l'achat ou la fabrication par une personne des moyens ou des instruments de la commission d'un délit, la recherche de complices pour un délit, l'entente en vue de commettre un délit et toute autre création délibérée des conditions de la commission d'un délit. Dans ces pays, la responsabilité pénale naît uniquement des actes de préparation en vue de commettre un délit grave ou particulièrement grave.

Davantage d'États encore, principalement de *common law*, limitent la préparation à une infraction spéciale d'entente qui, comme expliqué à la sous-section 1 de la section D, ci-dessus, concerne généralement une personne qui s'entend avec une ou plusieurs autres en vue de commettre une infraction, souvent grave, dès lors qu'au moins un acte manifeste (qui peut être un acte destiné à préparer la commission de l'infraction) s'est produit. L'un de ces États a fait valoir qu'il avait envisagé d'incriminer davantage la simple préparation de l'infraction, et choisi de ne pas le faire, parce qu'il existait une infraction d'entente, mais également parce que la proposition est un élément figurant dans les infractions de corruption, et que la fourniture d'une aide ainsi que des moyens de commettre un crime sont aussi incriminés dans tous les cas. Là encore, cette explication a été acceptée par les examinateurs, compte tenu du caractère facultatif de l'obligation en question.

En outre, certains États incluent les tentatives punissables de sollicitation ou d'incitation d'autrui à commettre une infraction, d'encouragement à commettre une infraction ou d'incitation, c'est-à-dire le fait de pousser intentionnellement autrui à commettre une infraction, même si la commission de l'infraction n'est pas possible ou n'a pas du tout été tentée (tentative d'instigation).

3. Connaissance, intention et motivation en tant qu'éléments d'une infraction (article 28)

L'article 28 semble être l'une des dispositions de la Convention qui posent le moins de problème. La plupart des États parties ont adopté les normes en matière de preuve qui y sont

énoncées concernant la connaissance, l'intention et la motivation en tant qu'éléments des infractions établies conformément à la Convention – mais dans quelques cas, les informations fournies étaient insuffisantes et/ou les examinateurs ont demandé des éclaircissements.

En vertu de l'article 28, les dispositions de chaque État partie en matière de preuve doivent permettre de déduire l'état d'esprit d'un auteur d'infraction à partir de circonstances factuelles objectives plutôt que de preuves directes, aveux par exemple, pour qu'on puisse considérer que l'élément moral est établi⁴². En effet, dans la plupart des États parties, vu que l'état d'esprit de l'accusé n'est pas directement accessible à la perception du tribunal et qu'il en existe rarement des preuves directes, l'élément subjectif de l'infraction peut être établi par le biais de preuves dites indirectes, c'est-à-dire en appliquant un raisonnement logique afin de déduire des conclusions valides sur l'élément manquant à partir de faits connus et prouvés par le biais d'éléments de preuve directs (par exemple, documents, témoins et rapports d'experts), en tenant compte des circonstances personnelles de l'accusé, du contexte général de l'affaire et des maximes de l'expérience et des faits de notoriété publique. Comme expliqué dans un examen, à l'exception des aveux spontanés, l'intention doit être déduite, légalement et rationnellement, de nombreuses circonstances ayant trait au comportement – avant, pendant et après – visé par les poursuites, dont l'analyse ne peut faire l'économie de l'étude de la personnalité de l'auteur, de ses connaissances, de sa formation, de son professionnalisme, de sa situation sociale et de ses intérêts (économiques, professionnels, altruistes ou autres). Toutes ces informations servent à forger l'intime conviction des juges et à établir au-delà du doute raisonnable l'élément subjectif de l'infraction.

Cette question est étroitement liée au principe de libre appréciation (“morale”) des éléments de preuve, souvent consacré dans les codes de procédure pénale nationaux, qui autorise les tribunaux à apprécier librement toute preuve qui leur est présentée dès lors: *a*) qu'ils ne contredisent pas les principes de la logique, de l'expérience et des connaissances scientifiques solidement établies; et *b*) qu'ils rendent des décisions raisonnées précisant les moyens de preuve utilisés pour établir chacun des faits et circonstances présumés.

La norme en matière de preuve de l'article 28 apparaît souvent comme un principe général du droit pénal et de la procédure pénale des pays et son respect est rarement assuré par le biais de dispositions énoncées dans des textes juridiques. Il en existe toutefois quelques exemples.

Exemples d'application

Le droit d'un État prévoit qu'un tribunal ou un jury, lorsqu'il détermine si une personne a commis une infraction: *a*) ne doit pas être tenu par la loi de déduire que cette personne escomptait ou prévoyait un résultat de ses actions du simple fait que ce dernier est le résultat naturel et probable de ces actions; et *b*) doit décider si cette personne escomptait ou prévoyait ce résultat au vu de tous les éléments de preuve en établissant ces déductions à partir des éléments de preuve selon qu'il semble convenir dans ces circonstances.

Dans un autre État, une disposition législative spécifique sur le blanchiment d'argent prévoit expressément que la connaissance, l'intention ou la motivation peuvent être déduites de circonstances factuelles objectives telles que la nature d'une transaction inhabituelle.

⁴²Ibid., par. 368.

Il convient de mentionner que, afin de faciliter les poursuites relatives aux infractions de corruption, en particulier la corruption, la soustraction et l'abus de fonction, les droits nationaux (dans les pays de *common law* du Groupe des États d'Afrique et des États d'Asie et du Pacifique) prévoient parfois des présomptions d'intention malhonnête décisives, mais réfragables, qui doivent être invoquées une fois que les éléments constitutifs factuels essentiels d'une infraction (par exemple, le fait d'accorder un cadeau ou une autre rétribution à un fonctionnaire ou la possession d'avoirs par un agent public) ont été établis. De même, comme l'a reconnu un État partie, les juges du fond invoquent parfois dans la pratique des présomptions similaires pour déduire l'intention de l'auteur à partir des actes commis. Il est également courant que les juges des tribunaux pénaux tiennent compte du fait que l'auteur possède une certaine qualité qui aurait dû lui permettre d'être pleinement conscient de commettre l'infraction.

Si certains experts gouvernementaux considéraient que les présomptions de ce type, du moins lorsqu'elles étaient inscrites dans le droit national, étaient contraires à la présomption d'innocence consacrée au paragraphe 2 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et parfois dans les constitutions nationales, la majorité d'entre eux ont formulé des observations favorables à cet égard, les considérant même comme des évolutions bienvenues. Il faut donc examiner plus avant cette question afin de déterminer comment il convient d'évaluer ces pratiques.

Exemples d'application

Le droit de deux États parties d'Asie et du Pacifique contient des présomptions réfragables en vertu desquelles une fois qu'il a été établi qu'une gratification a été offerte, accordée, acceptée ou reçue, il doit être présumé qu'elle l'a été par un acte de corruption, à moins que l'accusé apporte la preuve du contraire. La charge de la preuve est celle qui incombe à une partie dans une affaire civile, c'est-à-dire que le cas doit être prouvé selon toute probabilité. Elle est plus lourde que la charge ordinaire qui incombe à l'accusé pour créer un doute raisonnable. Si l'accusé ne peut réfuter la présomption selon toute probabilité, le parquet devra tout de même prouver son affaire dans son ensemble au-delà du doute raisonnable. Dans l'un des États en question, il existe des présomptions similaires pour la soustraction dans les secteurs public et privé, ainsi que pour l'abus de fonctions par des agents publics. Il a été considéré que ces présomptions législatives constituaient de puissants outils pour le parquet et de bons exemples de mesures susceptibles d'accroître la possibilité de poursuites concluantes.

Dans un autre État, également d'Asie et du Pacifique et doté d'un système juridique (de *common law*) similaire, les critères applicables à la connaissance, à l'intention ou à la motivation ne sont pas régis par la loi, mais laissés à l'appréciation objective des tribunaux. Néanmoins, les normes nationales permettent aux tribunaux de présumer, comme dans les exemples ci-dessus, un certain état d'esprit de la personne accusée de corruption. En d'autres termes, les tribunaux peuvent présumer l'élément moral (par exemple, l'intention d'obtenir une faveur spéciale de la part du fonctionnaire corrompu) au vu de la preuve de l'élément matériel (par exemple, le fait d'avoir accordé ou offert une gratification audit fonctionnaire). Là encore, cela a été décrit comme une bonne pratique qui facilite l'établissement de l'infraction. Il convient également de mentionner que la loi de l'État partie en question est l'une de celles évoquées à la sous-section 4 de la section B, ci-dessus, qui prévoient expressément que lorsqu'une personne poursuivie pour corruption est en possession de ressources pécuniaires qu'elle ne peut expliquer de manière satisfaisante, les tribunaux peuvent prendre en considération ce fait comme un élément probant dans la décision relative à la culpabilité.

4. Prescription (article 29)

Le délai de prescription et son application pour l'ouverture des procédures pénales relatives aux infractions établies conformément à la Convention varient considérablement d'un État partie à l'autre.

Délai de prescription

Le respect de l'article 29 a été assuré dans un nombre considérable d'États parties où il n'existe pas de délai de prescription pour les infractions de corruption, soit parce qu'il n'y a de délai maximal pour l'ouverture des procédures pénales pour aucune infraction dans le pays, soit parce qu'il n'y en a un que pour les délits passibles de peines légères (par exemple, moins de six mois d'emprisonnement ou faible amende), qui n'englobent pas les infractions établies conformément à la Convention. Une autre pratique observée dans certains pays consistait à ne pas appliquer de délai de prescription à des infractions spécifiques établies conformément à la Convention (par exemple, blanchiment d'argent, infractions qui sont commises par des agents publics contre les avoirs de l'État et engendrent de graves préjudices économiques, ou infractions dans lesquelles le produit du crime a été déplacé hors du territoire national).

L'absence de délai de prescription, très répandue dans les pays de *common law*, a généralement été saluée et décrite comme favorable aux poursuites et de nature à permettre que les affaires de corruption soient pleinement poursuivies, bien qu'elle ne vise pas spécifiquement ces infractions. Dans un cas, les inconvénients de l'absence de délai de prescription ont toutefois également été notés, notamment le danger d'abuser du système et de devoir s'appuyer sur des éléments de preuve qui se dégradent. C'est pourquoi dans un autre État, il a été précisé qu'en dépit de l'absence de délai de prescription, des aspects tels que l'intérêt public sont pris en compte pour décider de l'opportunité de continuer ou non les poursuites dans des affaires survenues il y a très longtemps. De même, dans certains pays de *common law*, il incombe au tribunal de déterminer si le délai nécessaire pour ouvrir une procédure pénale et arriver jusqu'à l'audience est raisonnable vu les circonstances particulières de l'affaire. Dans ces pays, la possibilité que les droits du défendeur pâtissent de retards inhabituels et qu'une longue période s'écoule sont pris en compte comme facteur atténuant dans la décision finale et pourraient même être considérés comme une parodie de justice entraînant l'arrêt des procédures judiciaires.

Plus des deux tiers des États parties ont défini un délai de prescription pour les infractions établies conformément à la Convention, calculé à compter de la date de commission du délit et compris entre un minimum d'un an dans un cas et un maximum de 25 ans dans deux autres cas, généralement variable en fonction de la classification de l'infraction (par exemple, délit ou crime, ou délit plus ou moins grave) et la sévérité de la peine associée. Dans ces cas, il a été noté que les dispositions nationales devraient fournir une classification claire des infractions liées à la corruption afin de garantir une application cohérente des délais de prescription appropriés. Dans de nombreux cas, le délai de prescription est suspendu ou (bien plus efficacement) interrompu par une action des organismes chargés des poursuites, en particulier lorsque la procédure vise officiellement l'accusé (par exemple, lors de la première audition d'une personne en tant qu'accusée, de la première menace ou mise à exécution d'une mesure coercitive officielle à son encontre, de la première demande d'approbation ou d'exécution d'une mesure d'enquête, de l'émission d'une décision de rechercher ou d'arrêter l'accusé, de la demande de mise en détention avant le jugement ou du dépôt de la mise en accusation), ou pour d'autres obstacles juridiques ou raisons prévus par la loi (par exemple, la soumission d'une demande d'entraide judiciaire, la commission d'un nouveau délit par le même auteur avant l'expiration du délai de prescription, l'engagement de procédures visant à déterminer

l'immunité d'un agent public et la suspension des procédures pénales en raison de cette immunité, ou l'absence d'autorisation légale ou de jugement de la part d'un tribunal non pénal), entraînant l'éventuelle prolongation du délai de prescription (par exemple, jusqu'à un maximum de quinze ans à compter de la commission de l'acte, jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans à compter de l'ouverture des poursuites par le parquet, voire, comme cela semble être le cas dans un pays, indéfiniment).

En outre, il existe des États où la jurisprudence ou le législateur en sont venus à allonger plus avant le délai de prescription pour les infractions en question, par exemple en prenant le moment où l'effet matériel de l'infraction se produit comme point de départ à la reconduction du délai de prescription qui a commencé à courir avec la consommation du comportement punissable; en considérant que chaque acte de corruption successif commis dans le cadre de la même relation de corruption entraîne la reconduction du délai de prescription applicable aux actes antérieurs; en autorisant l'effet rétroactif d'un texte législatif allongeant le délai de prescription des infractions de corruption; en ne comptabilisant pas la durée pendant laquelle l'agent public concerné a occupé son poste dans le délai de prescription applicable aux infractions commises pendant que cette personne était en fonction; ou en prenant la date de la découverte et non de la commission de l'infraction comme point de départ du délai de prescription de nombreuses infractions (soustraction, abus de biens sociaux, trafic d'influence, détournement de fonds publics, etc.). Il est intéressant de noter que le recours à cette dernière possibilité est recommandé dans le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (par. 370 et 373), ainsi que par un certain nombre d'examineurs préoccupés par la nature discontinue des infractions établies conformément à la Convention.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État, le délai de prescription court dès la consommation de l'acte punissable ou la fin du comportement punissable. Toutefois, si le "succès" (l'effet) de l'infraction ne se produit qu'après la consommation de l'acte punissable ou la fin du comportement punissable, le délai de prescription ne s'achève pas avant d'avoir également expiré s'il est calculé à compter de la survenue de l'effet ou si une fois et demie le délai de prescription ou trois ans se sont écoulés depuis la date du comportement punissable. En outre, si l'auteur commet une autre infraction "procédant du même mauvais penchant" pendant le délai de prescription, l'infraction initiale n'est pas prescrite tant que le délai de prescription de la nouvelle infraction n'a pas également expiré. Enfin, toute mesure d'enquête à l'encontre de l'accusé suspend le délai de prescription.

Un autre État prévoit la possibilité de prolonger le délai de prescription lorsque le parquet ajoute des infractions liées. Dans ces cas, le délai de prescription correspondant à l'infraction passible de la peine la plus sévère est appliqué à toutes les infractions liées.

Au moins cinq États parties appartenant au Groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes prévoient un régime similaire qui allonge sensiblement le délai de prescription applicable aux infractions de corruption, aux infractions commises en poste ou aux infractions à l'encontre de l'administration publique ou des biens d'entités publiques commises par des agents publics. Le délai de prescription ne commence pas ou est considéré suspendu tant que les fonctionnaires concernés dans ces affaires n'ont pas quitté leur poste ou n'ont pas été révoqués. Dans l'un de ces États, il était également précisé que si l'affaire de corruption implique plus d'une personne dont un agent public, le délai de prescription était suspendu pour toutes les autres personnes ayant participé à

la commission du délit qu'elles soient ou non fonctionnaires. Ces pratiques donnent aux juges d'instruction davantage de temps pour enquêter, ce qui s'avère très utile dans le cas d'enquêtes complexes, et ont été soulignées dans la plupart des cas comme concourant à la réalisation des objectifs de la Convention.

Dans un certain nombre de pays, les délais de prescription n'ont pas été jugés assez longs aux fins de la Convention et il a été recommandé qu'il soit envisagé de les allonger, directement ou indirectement, en prévoyant leur suspension (par exemple, lorsque des actes d'enquête ont été entrepris ou pendant la durée de l'immunité d'un individu) ou en retardant le moment à partir duquel ils courent (par exemple, jusqu'à la découverte de l'infraction, comme décrit ci-dessus). Par exemple, dans un État partie, les autorités ont été exhortées à réexaminer les délais de prescription de trois et deux ans fixés respectivement pour les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an et celles passibles d'une peine d'emprisonnement de moins d'un an ou d'une amende (en notant qu'une modification législative à cet effet était en cours d'adoption). Dans un autre pays, une recommandation a été spécifiquement formulée concernant la révision du délai de prescription de cinq ans applicable à la responsabilité pénale des personnes morales, afin de tenir compte de la gravité de l'infraction et du délai de prescription plus long valable pour les personnes physiques. Enfin, il a été recommandé à un troisième État de supprimer un délai de prescription spécial qui protège les ministres, prévoyant qu'un ministre ne peut plus être poursuivi après deux sessions législatives du Parlement, et d'envisager de prendre des mesures afin de remédier aux retards dans l'administration de la justice. D'une manière générale, il a été noté que la longueur des procédures dans ce contexte constituait un sujet de préoccupation pour les États parties et on a fait observer qu'il fallait rationaliser les cadres juridiques pertinents eu égard à l'application du délai de prescription.

Il convient toutefois de souligner que le concept de délais "longs", selon les termes de l'article 29, n'est pas figé et qu'il n'existe pas de seuil précis en deçà duquel le délai de prescription doit être jugé insuffisant. Ainsi, les examinateurs se sont initialement inquiétés des délais de deux ans d'un pays pour certaines infractions, voire d'un an pour d'autres, mais ils ont reçu (et ont finalement accepté) l'assurance de toutes les autorités compétentes que le régime de prescription ne constituait en rien un obstacle à la conduite efficace et rapide des poursuites. Un facteur à prendre en compte est l'existence ou non, dans le cas de délais de prescription courts, de garanties suffisantes pour que le bon exercice de la justice ne soit pas affecté (par exemple, grâce à la possibilité de prolonger, suspendre ou interrompre le délai de prescription). Les délais et ces garanties devraient être examinés conjointement dans chaque cas. Les examinateurs devraient également tenir compte du nombre d'affaires pénales et des capacités des services de détection et de répression de chaque État et s'assurer que les délais nationaux concilient, d'une part, les intérêts d'une justice diligente, le souci de clore les affaires et l'équité à l'égard des victimes et des accusés, et d'autre part la reconnaissance que les affaires de corruption sont souvent complexes, s'avèrent longues à découvrir et à établir et peuvent également faire intervenir plusieurs juridictions⁴³.

Il convient de noter que, dans le contexte de l'exercice d'équilibre ci-dessus, il ne peut être exclu que l'on aboutisse à la conclusion inverse, c'est-à-dire que l'existence de multiples motifs pour l'interruption ou la suspension du délai de prescription empêche en réalité d'atteindre les objectifs de la Convention. Par exemple, dans un cas, il a été jugé que ces interruptions et suspensions constituaient une raison expliquant que les enquêtes et les poursuites

⁴³Ibid., par. 370 et 371.

soient extrêmement longues, ce qui a conduit à recommander à l'État concerné de veiller à ce que l'application du délai de prescription et la pratique en la matière n'empêchent pas une administration de la justice diligente et efficace.

Suspension en cas de soustraction à la justice

Dans de nombreux États parties, le délai de prescription est suspendu (et le délai de base applicable aux poursuites défini ci-dessus est prolongé) si l'auteur présumé se soustrait à la justice, comme exigé à l'article 29. Là encore, la suspension peut être indéfinie (le délai de prescription reprend à compter du moment où la personne est mise en détention ou se rend) ou temporaire (par exemple, pour une durée inférieure ou égale à un maximum de trois ans ou jusqu'à quinze ans après la commission de l'infraction pénale). Il convient de noter qu'une règle spéciale suspendant le délai de prescription lorsque l'auteur présumé s'est soustrait à la justice ou a fui le pays n'est pas toujours nécessaire, dès lors que des règles générales prévoyant l'interruption du délai de prescription par l'ouverture des procédures légales ou par l'existence d'obstacles légaux aux poursuites s'appliquent et que ces règles n'exigent pas la présence de l'auteur présumé. Une autre solution est prévue de fait dans les cas où, lorsqu'un prévenu ne se présente pas devant le tribunal sans justification, un outrage à la cour peut être prononcé à son encontre et la procédure peut se dérouler en son absence.

Exemple d'application

Un État partie a établi un délai de prescription général de cinq ans, qui est suspendu par l'officialisation de l'enquête. Si l'accusé se soustrait à la justice, il doit être déclaré "rebelle à la loi", ce qui entraîne un arrêt temporaire des procédures. Il doit s'écouler une durée de trois ans avant que le délai de prescription suspendu reprenne. Dans ce pays, la possibilité de se soustraire à la justice donne donc lieu à une prolongation de trois ans du délai de prescription, conformément à l'article 29 de la Convention.

Pour déterminer si la suspension prévue est suffisante, on se fondera sensiblement sur les mêmes critères que ceux pris en compte pour la durée du délai de prescription de base. Par exemple, dans un pays où l'on craignait que la possibilité d'une prolongation d'un an seulement soit trop restrictive et s'avère un obstacle à la conduite efficace de poursuites à l'encontre de certaines infractions visées dans la Convention, l'État examiné a expliqué de manière satisfaisante que, si un délai de prescription plus long aurait certes contribué à éviter que quelques auteurs d'infractions se soustraient à la justice, les dispositions existantes n'avaient pas suscité de difficultés ou de conséquences pratiques particulières. Un allongement supplémentaire n'avait donc pas été jugé nécessaire ou approprié.

À l'inverse, il a été noté que nombre d'États parties ne prévoient pas de suspension ou d'interruption du délai de prescription lorsque l'auteur présumé s'est soustrait à la justice. Dans plusieurs autres cas, les informations fournies sur cette question n'étaient pas tout à fait complètes (voire inexistantes), soulevant des doutes quant à au respect de ce point par les États parties concernés. L'absence d'une possibilité de suspension a été décrite comme une lacune majeure du système juridique, car la fuite vers un autre pays est une pratique fréquente dans les affaires de corruption et les procédures d'extradition se heurtent souvent à des retards considérables. Des recommandations appropriées ont donc été formulées, notamment dans un cas où il a été recommandé qu'il soit prévu que le délai de prescription ne commence qu'à compter du moment où le délit est porté à la connaissance des autorités.

Chapitre II: Mesures propres à améliorer la justice pénale

A. Poursuites judiciaires, jugement et sanctions (article 30)

L'article 30 contient des règles détaillées traitant de multiples aspects liés au jugement des infractions de corruption. Sa portée et son contexte dense expliquent un certain nombre de difficultés liées à son application, difficultés qui reflètent les particularités et les différentes priorités des systèmes juridiques nationaux et font de cet article l'une des dispositions clés pour l'application des mesures de la Convention en matière d'incrimination et, dans une certaine mesure, pour le succès de la Convention dans son ensemble.

Sanctions

La disposition énoncée au paragraphe 1 de l'article 30 complète la disposition plus particulière contenue au paragraphe 4 de l'article 26 et prévoit que les États doivent tenir pleinement compte de la gravité des infractions lorsqu'ils décident des sanctions appropriées. Cela reflète l'échelle des peines dont disposent les tribunaux nationaux. Les infractions de corruption sont universellement passibles de peines privatives de liberté et sont fréquemment accompagnées de peines pécuniaires ou autres, telles que la confiscation des biens ou la privation de certains droits. En outre, le droit pénal ou la jurisprudence pénale de chaque pays établit normalement des principes en matière de fixation des peines et des critères spécifiques dont les tribunaux doivent tenir compte afin de déterminer une peine appropriée, notamment la nature et la gravité de l'infraction, les qualités personnelles de l'auteur et toutes circonstances propres à atténuer ou à aggraver la peine (par exemple, valeur de l'avantage illicite, degré de l'abus de confiance, statut ou type de fonction de l'agent public en cause ou préjudice occasionné). L'établissement de ces critères peut en outre s'appuyer sur des décisions de justice ayant fait date ou sur des directives en matière de peine, une pratique généralement saluée et encouragée par les examinateurs comme une mesure favorisant la cohérence mais aussi comme une garantie contre l'éventuel exercice arbitraire de pouvoirs discrétionnaires exagérés par les tribunaux⁴⁴.

L'échelle des sanctions applicables dépend de la nature de l'infraction et des caractéristiques globales du système de justice pénale de chaque État partie. Dans un État, ces peines comprennent les travaux forcés (pour soustraction de biens); dans au moins sept autres cas, elles peuvent aller jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité pour les cas les plus graves de corruption, soustraction, blanchiment d'argent, détournement de biens ou abus de fonctions par des agents publics; et dans quatre pays, les auteurs d'infractions encourent également la peine capitale (pour soustraction de biens, corruption passive ou "grande corruption"). En général, les examinateurs ont estimé que les États parties avaient instauré des régimes stricts de sanctions pour les actes de corruption, qui prévoyaient des peines saluées comme adéquates et suffisamment dissuasives.

⁴⁴Voir aussi le *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 30, sous-sect. II.1.

Succès et bonnes pratiques

Une approche novatrice adoptée par certains États consiste à infliger, à titre de sanction pour les actes de corruption, notamment dans les transactions commerciales, une amende proportionnelle soit à la valeur de la gratification offerte ou reçue, soit au produit de l'infraction, soit aux profits escomptés. De même, le droit d'un autre pays prévoit que tout auteur d'un acte de corruption encourt trois niveaux de peine aggravée, en fonction du montant reçu ou promis. Les équipes chargées de l'examen de quatre des États ci-dessus ont considéré qu'il s'agissait là d'approches souples et équilibrées, propres à dissuader les grandes opérations de corruption et elles les ont particulièrement soulignées comme étant de bonnes pratiques dans le cadre de l'action internationale contre la corruption. Néanmoins, comme noté dans d'autres examens, le calcul ou la quantification du coefficient de proportionnalité ou l'application d'une peine aggravée pourraient s'avérer plus ardues dans les cas où il n'est pas possible d'attribuer une valeur monétaire exacte aux profits concernés ou aux avantages illicites provenant de l'acte de corruption. Par conséquent, il a été recommandé à l'un de ces États d'envisager de rédiger la disposition à ce sujet de sorte à définir plus particulièrement la méthode de calcul des amendes applicables.

Dans plusieurs cas, des recommandations ont été formulées concernant des sanctions jugées disproportionnées ou trop clémentes compte tenu de la gravité de l'infraction. Par exemple, dans un État, il a été noté qu'aucun jugement de première instance pour corruption n'avait suscité d'appel, un fait qui apparemment découlait principalement de la modération des sanctions infligées. De même, dans un autre État, la nécessité de réviser les peines applicables pour blanchiment d'argent est apparue de manière évidente dans le fait que les procureurs poursuivaient régulièrement les auteurs pour une infraction moins pertinente (obtention sous des prétextes fallacieux), passible d'une peine maximale de sept ans de prison, plutôt que pour blanchiment d'argent, passible d'une peine maximale de trois ans. S'agissant de deux États faisant face à un grave problème d'actes ayant pour but d'entraver le bon fonctionnement de la justice, on a considéré que les sanctions prononcées n'étaient pas proportionnelles à la gravité des infractions correspondantes ou suffisamment sévères pour être dissuasives, et dans l'un de ces États, on a estimé qu'il serait bon de renforcer l'effet dissuasif en prévoyant des circonstances aggravantes en cas de menaces visant certains fonctionnaires. Dans un autre pays, il n'a pas toujours été possible de déterminer si telle ou telle infraction de corruption constituait un crime ou un délit, c'est pourquoi les examinateurs ont recommandé de qualifier ce type d'infraction de crime compte tenu de leur gravité. Il a été mis en évidence, dans un État, qu'il fallait renforcer les sanctions et traiter les infractions de corruption comme des infractions graves ou particulièrement graves, de façon à pouvoir prolonger la période de prescription et à étendre la loi sur la protection des témoins à ces infractions. Enfin, dans un cas, il a été recommandé de supprimer une disposition permettant de convertir en amende, et ce de façon discrétionnaire, les peines allant d'un à trois ans de prison, tandis que dans deux autres cas, l'établissement de peines minimales non discrétionnaires pour corruption a été jugé préférable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire, susceptible de créer un état d'impunité et d'absence de dissuasion.

Il convient toutefois de souligner qu'à l'instar du délai de prescription, il n'existe pas de norme définitive permettant de mesurer la pertinence de l'échelle des sanctions de chaque État. Les questions de l'efficacité et de la proportionnalité devraient être examinées au regard de la culture juridique dominante, ainsi que du système de sanctions global et de la fonction du système de justice pénale dans un pays – en tenant compte du paragraphe 9 de l'article 30,

qui affirme la primauté du droit interne en ce qui concerne la détermination de la nature et de la sévérité des peines⁴⁵.

Exemple d'application

Une caractéristique courante du système de justice pénale d'un État est le recours à des sanctions relativement légères par rapport à d'autres pays, avec une préférence pour l'amende. Les sanctions pour infractions liées à la corruption ne font pas exception à cette tendance générale. L'emprisonnement est rarement utilisé et les juges tendent à prononcer des peines se situant au bas de la fourchette prévue par la loi. Toutefois, les statistiques et les études criminologiques font nettement apparaître que la modération des sanctions dans ce système n'a pas entraîné d'augmentation du nombre d'infractions commises. Il a été souligné que cela pourrait être dû à l'effet positif du fonctionnement efficace d'un système de justice pénale, dans lequel les personnes sont peu enclines à commettre des infractions en raison du risque élevé de poursuites et de perte du produit des activités criminelles. Au vu de ce qui précède et en dépit des doutes initiaux, le niveau de sanctions prévu a été jugé satisfaisant.

La logique et la cohérence internes du système de sanctions national sont des points importants. L'obligation de faire en sorte que les infractions de corruption soient passibles de peines tenant compte de la gravité de l'infraction signifie, d'une part, que les sanctions possibles en la matière ne doivent pas diverger des sanctions prévues pour des délits comparables (par exemple, délits ou infractions économiques commis dans l'exercice de fonctions publiques) et, d'autre part, que les États parties doivent convenablement établir des distinctions entre les infractions elles-mêmes et combler les éventuels écarts. Ainsi, dans un cas, il a été recommandé à l'État examiné de prévoir une forme aggravée de corruption pour les parlementaires, prenant note que cette conduite était à l'époque passible d'une peine minimale inférieure à celle prévue pour corruption aggravée. De même, dans un autre État, les examinateurs ont noté que l'abus de fonctions était passible de la réclusion criminelle à perpétuité, tandis que la corruption active n'exposait qu'à une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans, et recommandé de réévaluer ces peines. Enfin, il a été conseillé à un troisième pays de se pencher sur les disparités entre les sanctions applicables aux principales formes de corruption, car le fait d'offrir un pot-de-vin dans le secteur public était passible de sanctions moins sévères que le fait d'en verser.

Ces recommandations ne sont bien entendu pas normalisées ni toujours uniformes, vu les différences en termes de besoins et de conditions propres à chaque État partie. Ce fait est illustré par les positions adoptées à l'égard de la possible différenciation des peines applicables à la corruption active ou à la corruption passive. Dans la plupart des pays qui prévoient des peines plus lourdes pour la corruption passive, les examinateurs n'ont soit pas commenté soit pas découragé cette pratique, ou ont suggéré de renforcer le cadre de sanctions global relatif à la corruption sans nécessairement modifier la distinction existante. L'adoption de peines plus sévères pour le fait de recevoir un pot-de-vin que pour celui d'en verser a été jugée appropriée sur le principe, afin de dissuader les agents publics de solliciter des pots-de-vin et d'encourager le signalement des actes de corruption. À l'inverse, dans deux États, qui se trouvent être des voisins immédiats, les examinateurs ont été, exceptionnellement, fermement d'avis que les sanctions contre la corruption active et passive devraient être harmonisées, en

⁴⁵ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 383; et *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 30, sous-sect. II.1.

dépît des raisons historiques de la disparité existante apparemment notées⁴⁶. Il a été estimé que le traitement différent appliqué par les deux parties aux infractions de corruption n'était pas justifié, et il a été souligné que l'harmonisation concourrait en outre à éliminer d'éventuelles difficultés découlant d'un délai de prescription plus court pour la corruption active.

On pourrait citer, comme autre exemple permettant d'illustrer les divergences observées lors de l'évaluation des régimes de sanctions nationaux, la différence de traitement à l'égard des auteurs d'actes de corruption selon que l'accord a été conclu ou non, ou selon que l'avantage indu a été transféré entre les parties en cause. Si les examinateurs n'ont pas opposé d'objection à la pratique adoptée par un pays qui consiste à réduire de moitié la peine applicable dans les cas où le pot-de-vin offert n'a pas été accepté et dans les cas où la demande de pot-de-vin n'a pas été satisfaite, en revanche, il a été recommandé à un autre pays, où la sanction prévue pour le corrupteur est atténuée lorsque l'offre de pot-de-vin n'est pas acceptée, d'envisager d'harmoniser les sanctions applicables.

À titre de troisième exemple, on citera les différences existant entre les sanctions applicables aux personnes exerçant des fonctions publiques et non publiques impliquées dans la commission d'une infraction liée à la corruption. Dans un pays où seulement la moitié des sanctions prévues pour les corrupteurs appartenant à la fonction publique sont également applicables aux corrupteurs qui ne sont pas des fonctionnaires, il a été estimé que ces disparités étaient inappropriées et il a été recommandé à ce pays d'envisager d'harmoniser les sanctions prévues. À l'inverse, et bien qu'il ait été reconnu qu'un régime universel applicable aux deux catégories de personnes était compatible avec les principes de la Convention et différentes traditions juridiques, il a été suggéré à deux autres pays d'envisager d'établir une distinction en matière de sanctions entre les personnes exerçant des fonctions publiques et non publiques, vu l'obligation supérieure de confiance des agents publics, par exemple en prévoyant des formes aggravées de ces infractions. Les examinateurs ont suggéré à un de ces pays, ainsi qu'à d'autres États faisant face à des problèmes analogues, d'envisager, comme autre possibilité, d'adopter des directives en matière de peine pour les infractions de corruption qui pourraient permettre, comme cela a déjà été évoqué, de réduire l'incertitude concernant l'échelle des peines applicables et d'assurer une meilleure cohérence globale sur cette question, tout en préservant le pouvoir discrétionnaire fondamental des tribunaux, et de surveiller l'application de ces directives.

La plupart des pays ont confirmé que le paragraphe 1 de l'article 30 s'entend sans préjudice de l'exercice des pouvoirs disciplinaires par les autorités compétentes à l'encontre des employés publics, comme prescrit au paragraphe 8 de l'article 30. Des procédures disciplinaires et pénales peuvent être engagées en parallèle, de sorte qu'un agent public acquitté pour des actes répréhensibles pourrait toujours encourir des mesures disciplinaires. Toutefois, il arrive que ce principe ne soit pas appliqué ou qu'aucune législation claire n'existe sur la question. Dans un État partie, par exemple, il n'existe aucune réglementation dont le service public pourrait se prévaloir pour prendre des mesures disciplinaires à l'encontre d'un employé public corrompu. À l'inverse, dans un autre pays, les sanctions disciplinaires se substituent souvent, dans la pratique, aux poursuites judiciaires et aux sanctions pénales, tandis que dans un autre pays encore, la responsabilité exclusive en cas de corruption mineure d'agents de police incombe à un comité d'éthique interne. À cet égard, il a été observé que le recours à des procédures internes non pénales pour les infractions de corruption pourrait susciter la méfiance du public. Toute affaire de corruption dans la police, aussi triviale soit-elle, nuit à la crédibilité du processus de détection et de répression et devrait être considérée, par principe, comme une question à porter devant les tribunaux.

⁴⁶Ces raisons historiques sont évoquées au début du chapitre I, sect. A, sous-sect. 1 ci-dessus.

Indépendamment de ce qui précède, il a été souligné qu'il était nécessaire que les autorités nationales fassent en sorte que les sanctions administratives infligées au titre de l'exercice de pouvoirs disciplinaires à l'encontre d'employés publics tiennent compte de la gravité de l'acte et de la violation associée. L'établissement d'un code de conduite ou d'éthique commun à tous les employés publics et la création d'un organe indépendant central afin d'assurer l'application cohérente des sanctions en la matière ont également été recommandés, ainsi que l'harmonisation des règles régissant le système disciplinaire, compte tenu de la nécessité de préserver l'indépendance de cet organe vis-à-vis du système de justice pénale.

Succès et bonnes pratiques

Il a été noté avec satisfaction qu'un État partie prend des mesures pour garantir l'imposition de lourdes sanctions aux agents publics impliqués dans des affaires de corruption, y compris la confiscation éventuelle de la contribution du secteur public à leur fonds de pension s'ils sont reconnus coupables.

Un autre pays a été félicité pour avoir mis en place un "registre national des personnes condamnées pour corruption administrative", à savoir une base de données contenant des informations sur les fonctionnaires condamnés pour des actes de corruption administrative, qui constitue un outil permettant d'exercer un contrôle préventif sur le comportement des agents publics, ainsi qu'un "système de gestion des procédures disciplinaires", logiciel utilisé pour stocker et diffuser des informations sur les procédures disciplinaires de l'appareil exécutif.

Immunités et privilèges de juridiction

Les immunités et privilèges de juridiction sont un trait commun des systèmes de justice pénale des États parties, et pourraient poser de sérieuses difficultés dans le cadre des enquêtes, des poursuites et des sanctions relatives aux infractions établies conformément à la Convention. Bien qu'il arrive parfois que tous les fonctionnaires jouissent d'un certain degré d'immunité s'agissant d'actes commis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions, dans la plupart des pays, de tels privilèges ne sont accordés au niveau constitutionnel (et plus rarement dans le droit commun) qu'à certaines catégories d'agents publics de rang supérieur, afin de garantir le libre exercice de leurs fonctions et d'éviter les poursuites, les diffamations, voire les persécutions politiques ciblées. Ces catégories comprennent généralement les parlementaires et les membres de l'assemblée constitutionnelle ou d'organes équivalents, les chefs et les membres du gouvernement et les membres de l'appareil judiciaire. Les immunités ou privilèges accordés à ces personnes s'appliquent aux actes réalisés dans l'accomplissement de leurs fonctions en exécution des activités d'intérêt général qu'ils sont habilités à mener du fait de leur statut (par exemple, les scrutins, les fonctions exercées de bonne foi ou les discours au parlement) (immunité fonctionnelle) ou, plus généralement, pendant leur mandat, y compris pour ce qui est des actions outrepassant leurs fonctions (immunité absolue). Le paragraphe 2 de l'article 30 fait référence en principe à cette dernière comme la forme d'immunité la plus susceptible d'être invoquée dans le cadre de procédures pénales visant des infractions de corruption.

Dans la plupart des cas – normalement, sauf flagrant délit pour des actes graves – l'immunité doit d'abord être levée pour que les poursuites soient engagées et que la procédure pénale suive son cours. Les recherches et enquêtes préliminaires sont parfois possibles, mais avec des restrictions significatives, limitant, par exemple, la possibilité de recourir aux techniques d'enquête spéciales, d'arrêter et d'interroger la personne protégée, d'effectuer

des fouilles corporelles et des perquisitions ou de prendre d'autres mesures restrictives. Ces restrictions en matière d'enquête sont particulièrement problématiques dans les affaires de corruption, difficiles à détecter par nature vu qu'elles se déroulent souvent dans le secret et sont mises au jour sur la base de signalements de la part d'informateurs. Le déclenchement de la procédure pénale (instruction ou poursuites, selon le système) dans la plupart des cas nécessite la permission ou l'approbation du chef de l'État ou d'un organe de surveillance, par exemple le parlement ou un comité parlementaire spécial, pour un membre du parlement, ou la cour suprême, le procureur général, le conseil judiciaire ou le parlement, pour un membre du gouvernement ou un juge.

Une pratique quelque peu divergente (à première vue nettement plus équilibrée) a été observée dans deux États riverains du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes où, en vertu de lois relativement récentes, les personnes en question (législateurs, membres du gouvernement et juges) jouissent davantage d'un privilège procédural que d'une réelle immunité. Leur fonction ne constitue pas un obstacle à la conduite des recherches initiales et des enquêtes préliminaires. Dans le premier État, une action pénale peut être engagée et menée à terme, jusqu'à l'issue du jugement, sans qu'il soit nécessaire de décréter au préalable la levée des privilèges du législateur, du juge ou du fonctionnaire visé par l'enquête. Cela est apparemment compensé par le maintien de certains privilèges pendant la procédure, car le tribunal ne peut prendre certaines mesures à l'encontre de l'accusé telles que des perquisitions, l'arrestation ou la détention provisoire. Dans le deuxième État, une décision de levée de l'immunité est prise par le tribunal principal lui-même – et non par un autre organe – et seulement à l'issue de l'enquête, constituant ainsi une forme de garantie procédurale visant à s'assurer du sérieux des charges pénales.

La question essentielle concernant l'application du paragraphe 2 de l'article 30 est de savoir s'il existe un bon équilibre entre ces immunités et privilèges et la nécessité de pouvoir rechercher, poursuivre et juger effectivement les infractions de corruption. Pour y répondre, les critères suivants doivent être pris en compte:

a) Le pourcentage d'immunités levées au cours des dernières années – sous réserve qu'on dispose de ces données. On considère qu'un nombre élevé de poursuites et de condamnations de personnes jouissant d'une immunité témoigne de l'efficacité globale du système de lutte contre la corruption politique. Dans au moins un cas, il a été recommandé de tenir des statistiques appropriées;

b) Le cercle de personnes jouissant d'une immunité ou de privilèges, lequel ne doit pas être trop large, mais raisonnablement compact et clairement défini. Ce n'était pas le cas, par exemple, dans un État partie où une disposition constitutionnelle étendue accordait l'immunité à toute personne agissant au nom ou sous l'autorité du chef de l'État. À cet égard, des doutes ont été exprimés quant à la possibilité d'engager des poursuites pénales lorsqu'il n'était pas certain que l'auteur ait agi au nom ou sous l'autorité du chef de l'État, ou lorsque ce dernier n'avait pas été correctement informé des circonstances factuelles de la question. De même, des préoccupations ont été exprimées au sujet de l'institution, dans un pays, d'un droit à un "procès préliminaire" pour un large éventail d'agents publics, procès avant lequel ils ne peuvent faire l'objet d'enquêtes ni être soumis à des mesures conservatoires assorties de restrictions judiciaires. Il convient de s'intéresser à la mesure dans laquelle certaines personnes seraient susceptibles de bénéficier indirectement de l'immunité d'autres individus. Dans un pays où la levée de l'immunité d'un parlementaire est exigée non seulement si ce dernier fait l'objet d'une enquête, mais aussi en cas d'enquête touchant uniquement son entourage, c'est-à-dire concernant une autre personne mais susceptible de donner lieu à des mesures à l'encontre du parlementaire, il a été recommandé de faire en sorte que la levée de l'immunité soit

strictement limitée aux cas où le parlementaire lui-même est visé par une enquête. De manière générale, les États parties devraient procéder à un examen des catégories d'agents publics jouissant d'un traitement préférentiel et envisager de limiter l'effet des immunités et des privilèges de juridiction aux cas où une exception au cours normal des procédures pénales est réellement essentielle au libre exercice de la fonction publique en question⁴⁷.

c) La portée des immunités accordées (immunité fonctionnelle ou absolue, limitée à la retenue de charges pénales ou étendue à la phase préliminaire et d'enquête, etc.). Par exemple, dans un pays fédéral, l'immunité quasi absolue dont jouissent les gouverneurs d'État et les gouverneurs adjoints a été jugée excessive. Les États parties devraient envisager de limiter ces privilèges aux actes réalisés dans l'exercice de fonctions officielles. Dans plusieurs autres cas, il a été recommandé de limiter les immunités aux mesures de poursuites visant directement la personne concernée (à savoir d'exclure la possibilité d'arrestation ou d'inculpation tant que les immunités n'ont pas été levées), mais de laisser la possibilité de prendre toutes les autres mesures d'enquête et de procéder à la collecte et à l'obtention des éléments de preuve (par exemple, des mesures visant à lever le secret bancaire). Dans le cas contraire, la personne jouissant de l'immunité aurait inévitablement prématurément connaissance de l'enquête, ce qui pose un risque évident de disparition ou de falsification de preuves pendant le délai nécessaire pour lever l'immunité;

d) La procédure pour la levée des immunités devrait être clairement établie mais ne devrait être ni trop pesante ni trop complexe; elle ne devrait pas non plus être à l'origine de délais excessifs, donner lieu à la disparition de preuves ou entraver l'application des infractions établies conformément à la Convention. Par exemple, dans un État partie où la levée des immunités des parlementaires ou des juges nécessite que le procureur général adresse une requête au Parlement ou à un conseil judiciaire, les examinateurs ont recommandé un assouplissement des normes et des procédures en la matière. De même, dans un autre cas, où une suspension des immunités par le Parlement est requise pour enquêter sur certaines catégories d'agents publics, il existe des doutes quant à l'indépendance des personnes responsables de ces décisions et, surtout, il n'existait aucune procédure juridique pour les cas où des demandes de suspension restaient sans suite (un phénomène apparemment courant), ce qui a conduit à formuler les recommandations appropriées. À l'inverse, le fait que, dans un État partie, l'immunité des membres du gouvernement et du Parlement ait été levée en plusieurs occasions et que des fonctionnaires de haut rang aient été poursuivis et jugés a été salué comme un succès. Les États parties devraient veiller à ce que les décisions pertinentes soient prises de sorte à réduire au minimum les risques de conflits d'intérêts et d'influence politiquement motivée. Ce pourrait également être une bonne pratique que d'établir des directives et des critères objectifs spécifiques régissant la levée des immunités, afin de limiter les refus injustifiés ainsi que les décisions incohérentes et arbitraires;

e) La nature de la décision de refuser la levée des immunités, qui devrait laisser une place raisonnable à la possibilité de réévaluer le cas. Il peut être considéré que la limitation de l'immunité à la période où les agents exercent une fonction publique et la possibilité d'engager des poursuites pénales une fois l'immunité expirée respectent l'équilibre nécessaire à l'efficacité de l'enquête, des poursuites et du jugement en lien avec des infractions établies conformément à la Convention. Par conséquent, il a été recommandé à un État partie de faire en sorte que les décisions de refuser une demande de levée des privilèges et immunités à l'issue de l'enquête n'empêchent pas la conduite d'enquêtes ultérieures une fois que les agents concernés ne sont plus en fonction. Dans ce contexte, il pourrait être utile de suspendre le

⁴⁷Voir aussi *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 30, sous-sect. II.2.

délai de prescription pendant que l'agent est en fonction ou pendant la période où la procédure pénale ne peut être engagée ou suivre son cours du fait que l'immunité n'a pas été levée par l'autorité qui en a le pouvoir⁴⁸.

Indépendamment de ce qui précède, il existe une tendance notable au sein des États parties à réduire au minimum le recours aux immunités, voire à les supprimer. Par exemple, outre le remplacement des réelles immunités dans certains pays par un système plus souple de privilèges procéduraux mentionné ci-dessus, les examinateurs ont noté favorablement les mesures prises dans un État partie pour réduire les catégories d'agents jouissant d'une immunité, ainsi que le champ d'application de cette dernière. Dans un autre État partie, depuis l'adoption d'une nouvelle Constitution, les parlementaires et les juges ne bénéficient plus d'une immunité – mais la manière dont ces nouvelles règles s'appliquent en pratique n'était pas claire. Enfin, un troisième pays a récemment aboli les immunités pour les fonctionnaires de haut rang, ne conservant que quelques privilèges limités de procédure et de juridiction.

Ces exemples s'ajoutent au nombre déjà significatif d'États parties (principalement des pays dotés de systèmes de *common law*) où les agents publics ne bénéficient pas d'immunités ou de privilèges de juridiction ou de procédure élargis – si ce n'est que, parfois, ils relèvent d'un régime d'enquête spécial ou peuvent être jugés par des tribunaux spéciaux pour des actes réalisés dans l'exercice de leurs fonctions. Les rares exceptions ne sont généralement faites que pour le chef de l'État ou, dans certains cas, pour les parlementaires, qui peuvent jouir d'une certaine forme d'immunité ou de protection pour les opinions exprimées au parlement ou les actes réalisés pendant l'examen d'une question parlementaire (privilège parlementaire). En outre, la détention ou l'arrestation de l'un de ses membres peut également être conditionnée à l'accord du parlement.

Exemple d'application

Dans le cas d'un État partie, le chef de l'État n'encourt aucune responsabilité pour des actes réalisés dans l'exercice de ses fonctions officielles et ne peut faire l'objet de poursuites ou d'enquêtes pendant son mandat. Toutefois, les actions et les procédures ainsi suspendues peuvent être relancées un mois après le terme du mandat. Les membres du gouvernement jouissent d'un privilège de juridiction et sont jugés par des tribunaux spéciaux pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions officielles. En outre, les parlementaires ne bénéficient d'aucune immunité (sauf pour des opinions ou des votes exprimés dans l'exercice de leurs fonctions), mais ils ne peuvent faire l'objet d'une arrestation ou de toute autre mesure privative de liberté dans le cadre d'une procédure pénale ou disciplinaire (sauf dans les cas d'infraction majeure, de flagrant délit ou de condamnation définitive) qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée législative correspondant.

Ces pratiques ont été notées favorablement et les États parties ont été encouragés à les étendre plus avant. Dans un cas, par exemple, il a été recommandé d'abolir l'immunité absolue des anciens chefs d'État pour des actes commis pendant leur mandat. En effet, l'objectif du paragraphe 2 de l'article 30 est d'éliminer et de prévenir, si possible, les cas où des agents publics corrompus parviennent à se soustraire à leurs responsabilités ainsi qu'aux enquêtes et aux poursuites⁴⁹.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 387.

Succès et bonnes pratiques

La position d'un État partie est qu'aucun individu n'est à l'abri de poursuites pour corruption, pas même les parlementaires, hormis le chef de l'État, à l'égard duquel il existe une forte présomption d'absence de responsabilité pénale. Il a été considéré que cette position méritait d'être signalée favorablement, même si du fait de certaines restrictions en matière de preuves, les déclarations faites devant le Parlement ne peuvent être produites lors de poursuites pénales ultérieures.

La seule situation dans laquelle des pays ont été encouragés à élargir les immunités (plutôt qu'à prendre des mesures visant à les restreindre) concerne des personnes elles-mêmes responsables des enquêtes et des poursuites relatives à des affaires de corruption. Ainsi, dans au moins trois États, il a été observé qu'il pourrait y avoir certains avantages à envisager d'adopter des immunités (ne serait-ce que limitées) ou des privilèges de juridiction supplémentaires pour les membres de la commission nationale de lutte contre la corruption, qui conduisent des enquêtes importantes sans être protégés par une immunité, voire pour les juges et les procureurs chargés de mener des enquêtes, de conduire des procès et de rendre des jugements en lien avec des infractions de corruption, en prévoyant une mesure de protection dans l'exercice de leurs fonctions.

Pouvoir judiciaire discrétionnaire

Par ailleurs, des problèmes d'application ont souvent été observés en ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 30 relatif au pouvoir judiciaire discrétionnaire afférent aux poursuites judiciaires engagées contre des personnes pour des infractions établies conformément à la Convention. Cette disposition ne contraint pas nécessairement les États parties à user de pouvoirs discrétionnaires pour renforcer l'efficacité des mesures de détection et de répression, comme souligné dans un examen. Il importe toutefois de faire en sorte, en particulier dans les affaires liées à la corruption, que les enquêtes et les poursuites soient la norme et que l'abandon des poursuites en application de pouvoirs discrétionnaires reste l'exception et soit obligatoirement justifié (par exemple, lorsque les conditions énoncées au paragraphe 3 de l'article 37 sont réunies), en prenant bien entendu en considération les principes de l'état de droit et compte dûment tenu des droits de la défense. D'autre part, il devrait être reconnu que des motifs pragmatiques pourraient dicter l'exercice ciblé de pouvoirs discrétionnaires de sorte à garantir le meilleur résultat possible dans ces circonstances. Ce serait le cas, par exemple, lorsqu'un déficit de ressources contraint les autorités chargées des poursuites à diriger leurs efforts sur les actes de corruption les plus graves, tels que ceux impliquant des hauts fonctionnaires ou générant un produit du crime important pour les auteurs⁵⁰.

De nombreux États parties – principalement des pays de tradition de *common law* – appliquent un modèle de poursuites discrétionnaires où le procureur peut, dans certaines conditions, ne pas engager de poursuites pénales ou mettre un terme à une procédure déjà en cours ("principe d'opportunité des poursuites"). Le principal critère régissant l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est normalement la mesure dans laquelle l'intérêt public exige des poursuites, en tenant compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction supposée, le fait que l'auteur présumé soit ou non un récidiviste, les incidences sur l'ordre public, la disponibilité et l'efficacité d'autres voies possibles, la nécessité d'exercer une dissuasion, les conséquences de toute éventuelle condamnation, l'attitude de la victime et la durée et le coût probables d'un

⁵⁰Voir aussi *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 30, sous-sect. II.3.

procès. Des considérations pratiques peuvent aussi jouer un rôle important. À titre d'illustration, l'infraction de corruption s'accompagne souvent d'autres délits plus aisés à prouver tels que le faux, la fraude ou la divulgation d'informations confidentielles à des personnes non autorisées. Une condamnation pour corruption n'entraîne pas toujours une peine sensiblement plus lourde. Le procureur peut par conséquent décider de poursuivre non pour corruption mais pour une autre infraction (équivalente, mais plus aisée à prouver). De nombreuses variantes de ce modèle ont été observées, notamment des cas où l'immunité de poursuites est accordée en échange de la restitution des avoirs, de la réconciliation avec la victime et de la coopération d'un individu ayant participé à des activités criminelles, comme décrit au chapitre III, section A, sous-section 2 ci-après.

Exemples d'application

Dans un pays fédéral, les procureurs disposent du pouvoir discrétionnaire de décider de l'opportunité et du moment d'engager des poursuites pénales. En vertu des principes applicables, la décision de poursuivre constitue un jugement politique selon lequel les intérêts fondamentaux de la société exigent l'application du droit pénal à un ensemble de circonstances particulier. Par conséquent, un procureur peut refuser de poursuivre, même s'il existe suffisamment de preuves, si les poursuites ne servent aucun intérêt fédéral substantiel, si l'individu est effectivement poursuivi dans un autre État ou s'il existe une alternative non pénale adéquate aux poursuites. L'existence ou non d'un intérêt fédéral substantiel est fonction des priorités et des ressources fédérales en matière de détection et de répression; de la nature et de la gravité de l'infraction, y compris de ses incidences sur la collectivité; de l'effet dissuasif des poursuites; de la culpabilité de l'individu; de ses antécédents criminels; de sa disposition à coopérer; et de la peine probable en cas de condamnation. Lorsqu'il envisage de retenir ou non des charges, un procureur ne doit pas tenir compte de la race, de la religion, du sexe, de l'origine nationale ou des affiliations, activités ou convictions politiques de l'individu.

Dans un autre État, le Ministre de la justice assume, en vertu de la Constitution, la responsabilité générale de toutes les poursuites et jouit de très larges pouvoirs dans l'exercice de ses fonctions en la matière. Ainsi, il est compétent pour engager, organiser et diriger des poursuites contre toute personne soupçonnée d'une infraction liée à la corruption, ainsi que pour y donner suite ou y mettre fin. Bien que le système juridique interne ne permette pas de plaider coupable en tant que tel, le Ministre de la justice peut lever des chefs d'accusation si l'accusé plaide coupable pour d'autres faits.

Contrairement à ce qui précède, un grand nombre d'États parties – tous de droit romano-germanique – appliquent le principe de légalité, selon lequel il est obligatoire en principe de poursuivre et aucun pouvoir discrétionnaire substantiel n'est conféré aux autorités compétentes – sous réserve bien entendu qu'il existe un fondement juridique et factuel minimal pour retenir des charges pénales. Il peut y avoir de rares exceptions, strictement définies par la loi, par exemple pour la petite criminalité, les actes posant un danger minimal pour le public et les cas où il serait déraisonnable d'inculper l'auteur ou encore où il ne semble pas approprié d'infliger une sanction pour dissuader l'accusé ou d'autres individus de commettre ces infractions pénales. Parfois, la nécessité pour la victime d'obtenir une justice réparatrice ou une compensation ou l'engagement de l'auteur à effectuer des travaux d'intérêt général ou à participer à une cause humanitaire sont aussi pris en compte aux premiers stades de l'enquête et lors de la mise en examen, mais il a également été observé que la prudence s'impose lorsqu'on recourt

à ces solutions, car leur effet dissuasif pourrait s'avérer insuffisant. En tout cas, vu la gravité des allégations de corruption et les intérêts publics importants en jeu, il est peu vraisemblable que les poursuites soient levées en pareil cas. C'est ce qu'illustre l'exemple de certains États, en particulier du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, où le principe de légalité est appliqué spécifiquement aux infractions liées à la corruption, aux infractions commises par des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions et au blanchiment d'argent. Fait intéressant, de nombreux États de droit romano-germanique qui appliquent ce principe ne prévoient pas de dispositions accordant l'immunité de poursuites aux auteurs qui coopèrent, à l'inverse des pays de *common law* mentionnés ci-dessus.

Exemples d'application

Un État applique le principe d'opportunité des poursuites. Néanmoins, il est obligatoire de poursuivre si l'infraction a été commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions; en outre, concernant la corruption et l'infraction de corruption transnationale, une instruction générale a été donnée aux procureurs de limiter l'application des solutions alternatives, vu les intérêts en jeu protégés par la loi. De même, aucune immunité n'est accordée aux auteurs d'infractions qui coopèrent.

Dans deux États du Groupe des États d'Afrique, l'application du principe d'opportunité des poursuites est limitée par l'obligation du ministère public d'engager une action civile en dommages et intérêts, ainsi que dans les cas où les affaires sont renvoyées devant lui par la cellule nationale de renseignement financier. Il est intéressant de noter que ces conditions ont été mises en avant comme une bonne pratique dans les deux pays.

Les informations fournies dans le cadre de certains examens sont insuffisantes et ne permettent pas toujours de tirer des conclusions définitives concernant les choix nationaux, mais les deux systèmes décrits ci-dessus (opportunité ou obligation de poursuivre) ont été jugés, sur le principe, conformes à la Convention. Pour confirmer ce point, une importance est accordée aux trois garanties fondamentales suivantes concernant l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire par les autorités chargées des poursuites:

a) L'indépendance du procureur dans la procédure pénale, garantie, entre autres, par le processus national de recrutement, de nomination, d'évaluation et de supervision. Aucun membre de l'exécutif, y compris le chef de l'État, ne devrait pouvoir intervenir dans une décision de poursuivre une infraction liée à la corruption, ni influencer ou annuler une telle décision. Le procureur devrait pouvoir prendre des décisions fondées sur sa seule intime conviction et sur une évaluation objective, approfondie et complète des circonstances de l'affaire. Dans nombre de pays, l'indépendance et l'impartialité apparentes du parquet ont été soulignées et il a été jugé qu'elles apportaient une contribution importante à l'efficacité des mesures de détection et de répression. À l'inverse, dans un cas, on pouvait craindre que l'application du principe d'opportunité des poursuites dans un contexte où l'appareil judiciaire dépend de l'exécutif (Ministère de la justice) compromette l'efficacité des décisions judiciaires relatives à certains actes de corruption. Par conséquent, il a été recommandé d'analyser en profondeur cette question, afin d'éviter, du moins pour les actes de corruption, toute ingérence politique dans les décisions des procureurs. De même, dans au moins six autres États parties, on a estimé que des risques existaient du fait: que les poursuites devaient être approuvées par le procureur général ou le Ministre de la justice ou que ce dernier pouvait demander aux procureurs d'abandonner une affaire (y compris lorsque les faits avaient été solidement établis) afin

de préserver l'intérêt public, une mesure dont on estimait qu'elle pouvait donner lieu à des abus, en particulier dans les affaires de corruption, même si elle était rarement utilisée; du fait que le conseil supérieur de la magistrature comptait parmi ses membres le chef de l'État et le Ministre de la justice; ou encore du fait que le système était généralement susceptible de subir l'ingérence de tiers et que l'indépendance et l'objectivité des procureurs n'étaient pas garanties. Enfin, s'agissant d'un pays, les examinateurs se sont déclarés préoccupés par une disposition constitutionnelle conférant au Parlement le pouvoir discrétionnaire de mener lui-même une procédure pénale contre un membre du gouvernement, apparemment au mépris du système de poursuites ordinaire;

b) La possibilité de réexaminer la décision du procureur de mettre fin à des poursuites ou de ne pas en engager. Cet examen est en général conduit par un procureur de rang supérieur, de sa propre initiative ou suite à une plainte déposée par la victime, la personne ayant signalé le délit, voire par toute partie ou personne intéressée lésée par la décision de ne pas poursuivre. Une condition préalable importante pour un tel examen est que le procureur qui délivre l'ordonnance doit toujours motiver sa décision. Des mesures équivalentes devraient être prises dans les cas où des considérations discrétionnaires influencent la retenue de charges pénales, y compris les règlements à l'amiable et les diverses transactions pénales examinées au chapitre III, section A, sous-section 2 ci-après. Dans certains cas, et en particulier dans un État qui a mis en place un mécanisme autorisant les entreprises qui se signalent spontanément à conclure des règlements à l'amiable avec la principale autorité chargée des enquêtes, en partie financée par les sommes recouvrées dans le cadre de ces règlements, il a été suggéré que tous ces règlements devraient être soumis à un examen judiciaire indépendant du bureau du procureur et qu'un organe indépendant pourrait examiner les dossiers sensibles. En outre, il pourrait être demandé aux entreprises qui concluent ces règlements de s'engager à mettre en œuvre des programmes de conformité et à faire appel à des experts indépendants pour en assurer la supervision si des mesures correctives sont nécessaires. En général, il convient de garantir une transparence et une prévisibilité adéquates dans le cadre de telles procédures, ainsi qu'une proportionnalité en lien avec les intérêts concernés, sous peine de nuire à la poursuite efficace des affaires de corruption et d'altérer la confiance du public dans l'intégrité globale du système;

c) Des lignes directrices ou des directives officielles écrites concernant l'exercice de droits discrétionnaires ainsi que l'élaboration et le contenu d'une décision de ne pas poursuivre, qui établissent des règles, des normes et des priorités, de même que l'obligation évoquée plus haut de fournir les motifs sous-tendant une telle décision. Un effet similaire pourrait être obtenu par le biais de circulaires adressées périodiquement aux procureurs et insistant sur l'importance de réagir de manière ferme et appropriée face à certains types d'actes tels que la corruption internationale, ou sur la nécessité d'améliorer autant que possible l'efficacité de la répression dans certaines circonstances. Idéalement, les lignes directrices relatives à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires devraient être accessibles au public et aussi spécifiques que possible, afin que les parties concernées aient connaissance des critères régissant ces décisions⁵¹.

Exemples d'application

La Constitution d'un pays prévoit un système d'examen à la demande d'un accusé, d'un plaignant ou de toute autre personne. La décision de conduire un tel examen incombe au directeur national du parquet et vise à étudier la décision d'un procureur d'engager ou non des poursuites.

⁵¹ Voir aussi *ibid.*

Un autre État partie a établi un groupe indépendant chargé de l'examen des opérations pour se pencher sur les rapports relatifs aux enquêtes et aux poursuites. Ce groupe n'a pas le pouvoir d'influer sur l'indépendance et le pouvoir discrétionnaire du parquet mais peut, par exemple, formuler une recommandation si une affaire a été classée sans suite ou abandonnée et qu'il se trouve en désaccord avec cette décision. La décision finale de poursuivre ou non incombe au parquet. Il a été considéré que ce mécanisme d'appui méritait d'être noté.

Dans un autre État, des normes et des directives spécifiques régissent l'initiative des poursuites, le procureur général et le Ministère de la justice étant chargés de veiller à leur application. Le suivi des poursuites est facilité par un système de gestion électronique des documents et incombe au Bureau de l'inspecteur général du Ministère de la justice. Le non-respect de ces directives peut constituer une violation du code de déontologie, voire un abus de pouvoir.

Mise en liberté dans l'attente du jugement ou de la procédure d'appel

Le paragraphe 4 de l'article 30 prévoit que les États parties doivent prendre des mesures pour faire en sorte que les personnes accusées des infractions établies conformément à la Convention comparaissent lors d'une procédure pénale, conformément à leur droit interne et aux droits de la défense. Cela concerne les décisions relatives à la mise en liberté de l'accusé dans l'attente du jugement ou de la procédure d'appel et aux conditions posées dans le cadre de ces décisions. Les États parties devraient être conscients du risque d'un recours imprudent aux remises en liberté avant le jugement et l'appel et poser des conditions propres à éviter, dans la mesure du possible, que les accusés prennent la fuite⁵². Dans ce contexte, une note interprétative à la Convention précise que l'expression "dans l'attente du jugement" est censée inclure la phase de l'enquête⁵³.

Quelques problèmes ont été mis au jour en ce qui concerne l'application de cette disposition, notamment du fait de la grande marge de manœuvre discrétionnaire dont jouissent les États parties pour déterminer les règles en la matière, ainsi que du fait que la plupart des pays ne prévoient normalement pas de dispositions relatives à la mise en liberté dans l'attente du jugement ou de la procédure d'appel s'appliquant spécifiquement aux infractions liées à la corruption. En outre, les examens ne contiennent que quelques informations sur les régimes nationaux régissant la mise en liberté avant le jugement et les conditions posées dans l'attente de ce dernier. La mise en liberté avant la procédure d'appel et les conditions posées dans l'attente de cette dernière étaient rarement évoquées, beaucoup moins examinées, souvent parce que les examinateurs ne disposaient pas de ces informations.

Concernant le régime applicable avant le jugement, la quasi-totalité des pays semblent recourir à la détention provisoire à titre de mesure de précaution afin de s'assurer de la présence de l'accusé lors des procédures pénales ultérieures. Sinon, la plupart des États parties prévoient la possibilité d'une libération sous caution, tandis que certains proposent diverses autres mesures coercitives dont la violation entraîne la mise en détention de l'accusé telles que l'assignation à résidence, le placement sous surveillance électronique, l'interdiction de se rendre à l'étranger (y compris en passant par la remise des documents de voyage), la mise sous surveillance policière, l'interdiction de quitter le lieu de résidence, l'établissement d'une résidence proche du tribunal ou une ordonnance restrictive.

⁵² *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 390.

⁵³ *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, première partie, chap. III, art. 30, sect. C (p. 261).

Dans certains États parties, les infractions de corruption (y compris, dans un cas, le blanchiment d'argent) n'ouvrent pas, pour la plupart, droit à la mise en liberté sous caution, sauf circonstances exceptionnelles. À l'inverse, certains pays ne recourent à la détention provisoire que pour des infractions passibles d'une peine d'emprisonnement supérieure à un certain seuil. Par conséquent, dans les pays où les infractions contre le service public, notamment la corruption, sont passibles de sanctions moins lourdes, la détention provisoire est rarement décidée, de sorte que les personnes faisant l'objet d'une enquête peuvent rester libres, avec toutefois certaines limites en fonction des conditions posées. Les examinateurs n'ont pas exprimé d'objection à cette pratique, reconnaissant évidemment le grand pouvoir discrétionnaire dont un pays jouit pour déterminer les mesures propres à assurer le respect de la disposition examinée. Dans le même esprit, d'autres examinateurs ont accepté le recours rare à la détention avant le jugement dans les affaires de corruption et noté avec préoccupation l'allongement des périodes de détention provisoire en dépit de l'existence d'alternatives. Indépendamment de cela, il convient toutefois de garder à l'esprit que, particulièrement dans les affaires liées à la corruption, l'effet dissuasif de certaines mesures coercitives alternatives pourrait être moindre. C'est par exemple le cas de la mise en liberté sous caution, en raison des profits substantiels potentiellement générés par les transactions de corruption et les ressources importantes dont la personne accusée de ces actes dispose donc, en particulier dans les cas où les autorités chargées de la détection et de la répression n'ont pu saisir le produit de l'infraction⁵⁴. Par conséquent, les États parties souhaiteront peut-être envisager de ne se fermer aucune option et d'adopter une approche plus individualisée afin de diminuer le risque d'entrave à l'application de la loi.

Concernant le choix de la mesure coercitive appropriée par les autorités compétentes, la plupart des examens attachent de l'importance à l'existence de dispositions dans la législation nationale prévoyant que les décisions d'accorder la mise en liberté sous caution ou de poser d'autres conditions à la remise en liberté de l'accusé avant le jugement tiennent compte d'abord et avant tout de la probabilité que l'auteur présumé se soustraie aux poursuites pénales, en se fondant sur une évaluation provisoire objective des faits et en gardant à l'esprit la présomption d'innocence et les droits de la défense. D'autres facteurs interviennent, notamment en général la probabilité que l'accusé récidive ou fasse obstruction à l'enquête (par exemple, en détruisant des preuves ou en influençant les témoins), la gravité et la nature de l'infraction, les circonstances personnelles de l'accusé et les condamnations antérieures. Parfois, des motifs plus étendus pour recourir à la détention avant le jugement s'appliquent aux ressortissants étrangers qui ne disposent pas d'un lieu de résidence dans le pays concerné. Par exemple, ces personnes peuvent faire l'objet d'une détention avant le jugement même si elles ne sont pas accusées d'une infraction grave. Normalement, le choix de la mesure appropriée suit le principe de nécessité, selon lequel une mesure n'est pas retenue si le même effet peut être obtenu au moyen d'une mesure moins sévère.

Exemple d'application

Dans un État partie, il a été considéré que la disposition examinée était adéquatement appliquée au moyen de règles prévoyant essentiellement que: *a)* tout accusé a le droit d'être libéré sous caution, sauf si cela nuit à l'intérêt de la justice; *b)* lorsqu'il décide d'accorder ou non la mise en liberté sous caution, un agent de police ou un tribunal, selon les cas, doit tenir compte du temps que la personne pourrait devoir passer en

⁵⁴ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 390; et *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 30, sous-sect. II.4.

détention avant le jugement si la caution est refusée; et c) la première considération lorsqu'on décide d'accorder ou non la mise en liberté sous caution est la probabilité que l'accusé se présente devant le tribunal pour répondre des charges retenues à son encontre.

Un autre critère pour l'adéquation des règles nationales régissant la remise en liberté avant le jugement concerne la nature ou le type institutionnels de l'autorité compétente pour cette décision. Il a été noté qu'il était nécessaire d'exercer un contrôle judiciaire des actions telles que la décision relative à la détention pendant les procédures menées avant le jugement, en raison de leur incidence sur la protection des droits humains, mais aussi parce que les membres de l'appareil judiciaire offrent davantage de garanties quant au recours prudent aux remises en liberté et au choix des conditions afférentes. Ainsi, dans un État partie où la loi autorise un enquêteur à modifier le type de mesure coercitive infligée, par exemple à remplacer l'incarcération par "l'interdiction de quitter la ville" (ou vice versa), sans supervision judiciaire, des réserves ont été exprimées concernant le risque d'abus de ce pouvoir discrétionnaire dans une affaire de corruption, sous la pression financière ou autre, qui permettrait à l'auteur présumé de se soustraire à la justice. Par conséquent, il a été recommandé que ce pouvoir soit aboli ou soumis à un contrôle judiciaire strict. L'État concerné était d'accord avec cette observation.

Concernant les conditions posées dans l'attente de l'appel, d'après les rares informations fournies, il semble que la principale mesure appliquée soit d'accorder la libération sous caution, à la discrétion des tribunaux.

Libération anticipée ou conditionnelle

Le paragraphe 5 de l'article 30 encourage la mise en place d'un régime strict mais équitable après la condamnation, où les États parties doivent prendre en compte la gravité des infractions concernées lorsqu'ils envisagent l'éventualité d'une libération anticipée ou conditionnelle de personnes reconnues coupables d'infractions de corruption. Plusieurs pays prévoient qu'en principe, les personnes incarcérées pour des infractions liées à la corruption ne peuvent déposer de demande d'amnistie ou de libération conditionnelle ni encore être remises en liberté avant d'avoir effectué l'intégralité de leur peine, sauf circonstances exceptionnelles (par exemple, en cas de problèmes de santé graves). De même, certains États ont fourni des statistiques montrant qu'aucune des personnes ayant bénéficié d'une remise en liberté conditionnelle au cours des dernières années n'avait été condamnée pour des infractions de corruption. Évidemment, au titre de la Convention, les États parties ne sont pas tenus de mettre en place un programme de remise en liberté anticipée ou conditionnelle si leur système ne le prévoit pas. Les États qui prévoient la remise en liberté anticipée ou conditionnelle sont toutefois exhortés à envisager d'adapter les critères d'éligibilité à la gravité de l'infraction⁵⁵. Cela inclut les critères ayant trait à une amnistie ou toute forme de grâce accordée par le pouvoir exécutif, lesquelles, en dépit de leur nature politique, ne devraient pas être utilisées à mauvais escient pour créer une situation d'impunité.

Comme pour la disposition précédente, la plupart des examens proposent un bref passage en revue de la législation pertinente. De même, comparativement, peu de problèmes d'application ont émergé, même si les critères utilisés par les examinateurs pour déterminer la conformité ne sont pas toujours uniformes et semblent parfois suivre une logique divergente. La majorité des États parties n'établissent pas de distinction spécifique entre les infractions liées à la corruption et d'autres infractions dans la manière dont est régie la possibilité de remise en

⁵⁵ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 385.

liberté anticipée ou conditionnelle. Néanmoins, nombre d'entre eux appliquent différentes politiques en fonction de la durée de la peine infligée ou de la classification générale du délit, ou prévoient des exceptions pour certains délits considérés extrêmement graves. Ainsi, par exemple, la fraction de peine à exécuter pour devenir éligible à la remise en liberté anticipée ou conditionnelle peut être moindre dans le cas d'une infraction considérée comme ne posant pas de danger majeur pour le public que dans le cas d'une infraction grave. Un État partie suit une approche similaire plus individualisée prévoyant que si un tribunal condamne une personne à une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans, il peut fixer une durée dans la peine pendant laquelle la personne ne pourra bénéficier d'une remise en liberté anticipée ou conditionnelle. Ainsi, les tribunaux doivent tenir compte de la gravité de l'infraction au moment de prononcer la peine. Enfin, des pays ont entièrement renoncé au système de liberté conditionnelle classique et privilégié une "peine réelle" comprenant une période de remise en liberté sous surveillance après la sortie de prison, dont la durée est liée à la gravité du délit. Les dispositions appartenant à l'une ou l'autre des catégories ci-dessus peuvent être considérées comme un premier moyen basique pour les États de tenir compte de la gravité du délit en matière de liberté conditionnelle et peuvent être jugées suffisantes aux fins de la Convention.

Succès et bonnes pratiques

Un pays fédéral a aboli le système de liberté conditionnelle pour les infractions fédérales et adopté un système où le tribunal, lorsqu'il inflige une peine d'emprisonnement pour un crime ou un délit, peut inclure dans la peine une période de liberté sous surveillance après la sortie de prison. La liberté sous surveillance prévue dans la peine est obligatoire si la loi l'exige. Le tribunal, lorsqu'il détermine s'il est opportun d'inclure ou non une période de liberté sous surveillance et, dans l'affirmative, quelles en seront la durée et les conditions, devrait prendre en considération le type et la gravité du délit.

En outre, le bureau national des statistiques de la justice suit et communique régulièrement l'efficacité des procédures de remise en liberté anticipée et conditionnelle au niveau non fédéral, ce qui a été considéré comme une bonne pratique qui pourrait servir d'exemple à d'autres États.

Outre de telles différenciations "ex ante" concernant les programmes de remise en liberté anticipée à l'intention des auteurs de délits plus graves, nombre d'examineurs suivent une deuxième voie et attachent de l'importance à la possibilité, prévue par nombre de droits internes, de tenir compte – ne serait-ce qu'indirectement – de la gravité de l'infraction (généralement accompagnée d'autres facteurs tels que la conduite du détenu en prison, le risque de récidive et la probabilité que ce dernier soit capable de s'adapter à la vie normale dans la collectivité) au cas par cas, à un stade ultérieur, c'est-à-dire au moment où la décision de remettre en liberté des auteurs d'infractions de corruption est prise.

Exemple d'application

Dans un État partie, les dispositions suivantes s'appliquent:

Lorsqu'il décide de la remise en liberté conditionnelle, le tribunal doit prendre en compte les circonstances relatives à la commission de l'infraction pénale, la personnalité de l'auteur reconnu coupable, ses antécédents personnels et sa conduite

pendant l'exécution de sa peine, ses conditions de vie et les conséquences possibles de la remise en liberté conditionnelle pour l'auteur reconnu coupable. Il a été observé que la gravité des infractions commises n'est pas expressément mentionnée comme facteur à prendre en compte, mais la référence aux circonstances (aggravantes ou atténuantes) de l'infraction peut être interprétée avec le même effet.

L'importance attachée aux facteurs régissant la décision d'accorder la libération conditionnelle est illustrée par l'exemple d'un État partie auquel il a été recommandé d'envisager d'adopter une politique écrite définissant les facteurs à prendre en considération avant de rendre une telle décision, même si dans la pratique, les décisions relatives à la liberté conditionnelle tiennent déjà compte de la nature et des circonstances de l'infraction. Dans plusieurs autres pays, il a été mis en avant qu'il était nécessaire de veiller à ce que les autorités nationales compétentes prévoient non seulement une période minimale d'éligibilité mais qu'elles tiennent compte également de la gravité des infractions liées à la corruption lorsqu'elles envisagent l'éventualité d'une libération conditionnelle de personnes reconnues coupables de telles infractions.

En revanche, on notera que plusieurs examens considèrent en outre que le fait que l'État partie détermine une fraction obligatoire de la peine qui doit être effectuée avant que tout auteur d'infraction puisse prétendre à une remise en liberté conditionnelle tient convenablement compte de la gravité de l'infraction. De même, de nombreux examens semblent mettre l'accent sur la durée de la période minimale d'éligibilité, ou sur la proportion de la peine réduite, et conviennent que la gravité des infractions est suffisamment prise en compte lorsque ces deux éléments sont d'un degré jugé suffisamment élevé. Cela pourrait s'expliquer par le fait que les examinateurs concernés souscrivent à l'idée que le paragraphe 5 de l'article 30 implique que toutes les infractions établies conformément à la Convention sont d'une gravité exceptionnelle et justifient une attention spéciale ou de longues périodes d'éligibilité minimales – une question d'interprétation importante qui mérite un examen plus approfondi.

Révocation, suspension et mutation

La plupart des États parties ont pris des mesures en vue d'appliquer le paragraphe 6 de l'article 30 – une disposition non obligatoire – relatif à la suspension, à la révocation ou à la mutation d'agents publics accusés d'infractions de corruption, le but étant de faciliter les enquêtes et d'éviter la falsification de preuves ou la commission de nouveaux délits. Dans certains cas où des lacunes ont été identifiées (s'agissant, en particulier, de la mutation et de la révocation), des recommandations ont été formulées en vue d'encourager les États parties à envisager d'adopter des mesures plus claires et plus spécifiques concernant tous les agents publics accusés d'infractions de corruption. Bien que la mesure dans laquelle le paragraphe en question est appliqué soit soumise aux principes fondamentaux du système juridique national, les États parties devraient fournir des explications suffisantes lorsqu'ils envisagent de ne pas appliquer ses dispositions. C'est ce qu'illustre l'exemple de deux pays, dont les autorités nationales ont justifié l'impossibilité de suspendre, de révoquer ou de muter un agent public accusé d'une infraction en invoquant le droit à un procès équitable en vertu de la doctrine du droit pénal applicable, ainsi qu'un jugement ayant déclaré que les dispositions relatives à la suspension étaient inconstitutionnelles. Dans ces cas, les examinateurs ont accepté la position nationale et ont estimé que celle-ci était conforme aux prescriptions de la Convention, compte tenu du caractère non contraignant du paragraphe et des explications fournies par les autorités nationales. La même observation a été faite concernant un certain nombre d'États qui ont fait valoir que le renvoi d'un fonctionnaire pendant le déroulement de la procédure pénale n'était

pas autorisé en vertu des garanties constitutionnelles relatives à la présomption d'innocence. En revanche, il a été recommandé à un autre pays, dont les autorités justifient l'impossibilité de suspendre, de révoquer ou de muter un suspect en invoquant le principe de la présomption d'innocence, d'envisager d'étendre les mesures en question à toutes les catégories de fonctionnaires, étant donné que la possibilité de suspendre, de révoquer ou de muter des fonctionnaires judiciaires mis en accusation existe déjà, et ce bien que le même principe s'applique.

La suspension d'agents publics (aussi appelée "interdiction") est possible dans la grande majorité des pays et appliquée comme une règle, pour une durée spécifique (par exemple, alors que l'agent se trouve en détention provisoire) ou indéfiniment, lorsque l'agent fait l'objet d'une enquête pénale, dans l'attente de l'issue de l'enquête ou d'une procédure judiciaire. En général, cela s'applique également au transfert ou à la mutation d'un employé présumé être impliqué dans une infraction – mais les États ayant fourni des informations à cet égard sont moins nombreux et dans un cas, il a été souligné que les dispositions relatives à la mutation ne sont efficaces que si on veille à ce qu'elles remplissent réellement leur objectif d'action disciplinaire.

Les mesures de suspension et de mutation sont normalement basées sur les règlements disciplinaires régissant les violations des devoirs des employés publics tels qu'ils figurent, par exemple, dans les codes de conduite du service public, les lois sur l'éthique publique et les règles relatives aux enquêtes administratives. Des règles spéciales (règlements de la police ou des services judiciaires ou règles applicables aux missions diplomatiques et consulaires) peuvent régir le traitement de catégories particulières d'employés; dans certains cas, la prudence a été recommandée face aux dangers de fragmentation et d'application incohérente des normes entre les employés publics. En général, l'existence de telles procédures disciplinaires satisfait aux prescriptions de la Convention, mais il convient de noter que peu d'examen évoquaient les garanties relatives aux droits à une procédure régulière de la personne concernée, les normes en matière de preuve, les voies de recours, l'impact possible de la présomption d'innocence ou le traitement du fonctionnaire en cas d'acquiescement (par exemple, sa réaffectation et une indemnisation éventuelle). Ces questions méritent une attention plus poussée, en raison du réel danger que les mesures de suspension et de révocation soient manipulées à des fins politiques ou soient utilisées contre des personnes considérées comme une menace ou une nuisance⁵⁶.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, la commission de la fonction publique a pour règle et pratique d'enregistrer les procédures disciplinaires et déontologiques et d'en produire rapidement des comptes rendus, ce qui a pour effet de promouvoir la transparence, la responsabilité et la cohérence et de renforcer sensiblement la confiance du public dans les processus décisionnels de l'organisme. Le délai moyen dans lequel le tribunal concerné traite les affaires disciplinaires et déontologiques est passé ces dernières années de plusieurs années à trois à six mois. En outre, la formation des fonctionnaires sur les sujets relatifs à l'éthique, à la discipline et à la bonne gouvernance, entre autres, fait intervenir un grand nombre de ministères, de services et d'agences de l'État, notamment l'organisme de lutte contre la corruption, la police, le bureau du procureur, le bureau du vérificateur général des comptes et le Ministère des finances. La commission réalise régulièrement des enquêtes et des études pour évaluer l'incidence de ces formations.

⁵⁶ *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 30, sous-sect. 11.6.

Fait intéressant, dans certains États parties, principalement ceux appartenant au Groupe des États d'Europe orientale ou ceux dotés d'une tradition juridique apparentée à celle des pays de ce groupe, la suspension temporaire (aussi appelée "révocation" ou "exclusion") est également régie dans le Code de procédure pénale comme un type de mesure coercitive envisageable pendant une enquête: si les autorités chargées des poursuites et des enquêtes jugent nécessaire de suspendre une personne de ses fonctions afin de mettre un terme à son influence illicite, de protéger les victimes et les témoins ou de prévenir la commission de nouvelles infractions, le procureur chargé de l'affaire renvoie cette question à un tribunal, qui statue sur l'application de la mesure. Les personnes concernées peuvent être réintégrées si les charges sont infondées. En outre, dans certains cas, la suspension temporaire apparaît comme une forme de sanction pénale infligée après la condamnation par le tribunal, ou comme une conséquence inévitable de la condamnation, pour la durée de la peine.

Si la suspension est discrétionnaire dans la plupart des États parties, en revanche, dans certains pays, le déclenchement d'une procédure pénale, c'est-à-dire le stade où il est clair qu'on considère que la violation de devoirs officiels constitue une faute pénale, entraîne une suspension automatique de l'agent public. Dans certains États parties, seules l'arrestation ou la détention provisoire de l'agent déclenchent une suspension automatique – une pratique jugée insuffisante dans un cas où il a été recommandé d'établir des procédures prévoyant une suspension de l'agent au stade de l'enquête. À l'inverse, d'autres examinateurs ont mis en garde contre l'instauration d'une suspension automatique des agents publics accusés de corruption, notant l'importance de préserver le principe de la présomption d'innocence, comme prévu par la Convention.

Les possibilités ci-dessus ne s'appliquent normalement pas aux parlementaires, ce qui suggère que leur traitement devrait faire l'objet d'un examen distinct. Peu de pays ont fourni des informations relatives à des procédures équivalentes entraînant la suspension ou la révocation d'élus faisant l'objet d'une enquête pénale pour corruption. Dans un État partie, la suspension est possible à la discrétion du Parlement, qui peut voter à la majorité une motion de suspension à l'encontre de l'un de ses membres. Dans un autre État partie, la Constitution prévoit la suspension automatique des personnes bénéficiant d'un privilège juridictionnel, si leur immunité est levée. À l'inverse, les autorités d'un autre État ont clairement déclaré que les élus ne pouvaient être révoqués ou suspendus à la suite d'une accusation de corruption ni soumis à une quelconque forme de mesure disciplinaire.

Déchéance

La déchéance du droit d'exercer une fonction publique à la suite d'une condamnation pour des infractions de corruption, comme prévu dans la disposition non obligatoire énoncée à l'alinéa 7 a de l'article 30, semble possible dans la majorité des États parties. Tout d'abord, dans la plupart des États parties, la condamnation d'un agent public reconnu coupable d'une telle infraction rend possible sa révocation permanente si cet agent était déjà titularisé. Selon le système national, si la condamnation concerne une infraction commise contre le service public, passible d'une peine supérieure à un certain seuil et/ou portant gravement atteinte au principe de la probité administrative, elle déclenche une procédure administrative entraînant le renvoi de l'auteur. Les infractions de corruption peuvent généralement déboucher sur ce résultat. Dans certains États, la révocation semble être une conséquence automatique de la condamnation tandis que dans d'autres, une telle décision reste à la discrétion de l'autorité compétente.

Exemple d'application

Dans un État, outre les procédures classiques conduisant au renvoi d'un fonctionnaire reconnu coupable d'une infraction grave, un décret spécial prévoit qu'une peine infligée pour des infractions de corruption, de soustraction ou de vol entraîne le renvoi d'un fonctionnaire.

En outre, à l'instar de la suspension, certains États prévoient, en parallèle des procédures administratives, la possibilité de règlement de la question de la révocation par un tribunal, à savoir le tribunal qui condamne l'agent public pour corruption. Les codes pénaux de ces pays incluent des sanctions pénales supplémentaires telles que le renvoi, la dégradation civique, la cessation de l'exercice d'une fonction publique, la privation du droit d'exercer une certaine fonction étatique ou publique et la privation du droit d'exercer une certaine profession ou activité, en particulier lorsque l'infraction est directement liée à l'exercice des fonctions du coupable. Les tribunaux ne disposent pas toujours du pouvoir discrétionnaire de se prononcer sur le renvoi ou la privation des droits pour les infractions de corruption. Ainsi, par exemple, dans au moins quatre cas, cet effet semble obligatoire tandis que dans un autre, seule la corruption aggravée entraîne un renvoi automatique après une condamnation.

À nouveau, différentes règles peuvent régir la révocation des membres du parlement, du gouvernement ou de l'appareil judiciaire condamnés pour corruption ou pour d'autres infractions pénales majeures. Par exemple, dans un État partie, à l'inverse du cas des agents publics, voire des conseillers municipaux, la loi ne prévoit pas que les parlementaires doivent renoncer à leur mandat en cas de condamnation pour corruption, automatiquement ou sur décision de justice, car il s'agit d'un mandat d'élu et on estime que le choix d'un représentant incombe aux électeurs. Toutefois, la Constitution prévoit une procédure en vertu de laquelle un parlementaire peut être déchu de son mandat s'il a été condamné à une peine de prison pour une infraction délibérée et telle que l'intéressé n'inspire plus la confiance et le respect nécessaires à l'exercice de son mandat. Dans ce pays, il a été recommandé d'envisager la possibilité d'instaurer un système permettant la destitution automatique des parlementaires, par exemple lorsqu'ils sont reconnus coupables de corruption aggravée.

Nombre des procédures disciplinaires et sanctions pénales ci-dessus conduisent à la cessation des fonctions en cours et à la révocation immédiate des personnes exerçant déjà une fonction officielle et entraînent aussi la déchéance du droit des personnes reconnues coupables – y compris lorsqu'elles ne sont pas dépositaires de l'autorité publique – d'exercer une fonction publique pour une durée donnée, voire à vie (déchéance temporaire ou permanente). Dans plusieurs cas, la déchéance n'est pas obligatoire mais laissée à la discrétion du tribunal ou d'une autre autorité compétente, en fonction de facteurs tels que la durée de la peine principale et la gravité de la violation des devoirs inhérents à la fonction de l'auteur de l'infraction. Les examinateurs ont, toutefois, salué la pratique d'un État qui consiste à maintenir la déchéance du droit d'exercer une fonction publique même si une réduction de peine a été accordée pour coopération. La Convention laisse la durée de la déchéance à la discrétion des États parties, conformément à leur droit interne et à l'importance accordée à la gravité de l'infraction dont le fonctionnaire a été reconnu coupable⁵⁷. Néanmoins, dans un cas, la durée de la déchéance a été jugée trop courte, de sorte que des personnes reconnues coupables pouvaient se trouver transférées vers d'autres fonctions publiques.

⁵⁷Voir aussi *ibid.*, sous-sect. II.7.

Exemples d'application

Le droit d'un État partie inclut à titre de sanctions pénales la privation du droit d'exercer une certaine fonction étatique ou publique et la privation du droit d'exercer une certaine profession ou activité. Si ces sanctions sont infligées séparément ou en supplément d'une peine n'entraînant pas la privation de liberté, elles sont prononcées pour une durée donnée pouvant aller jusqu'à trois ans, dans les limites établies dans une partie spéciale du Code pénal. Si la privation de ces droits est infligée conjointement à la privation de liberté, la durée de privation des droits peut dépasser la durée de privation de liberté de trois ans au plus, sauf disposition contraire. Cette durée court à compter de l'entrée en vigueur de la peine, mais le détenu ne peut se prévaloir des droits dont il a été privé avant la fin de sa peine de privation de liberté. La durée de la privation des droits est réduite conformément à la fraction de la durée de la peine de privation de liberté diminuée du fait d'une réduction de peine, de l'accomplissement de travaux ou de la déduction de la période de détention préliminaire. Une personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité sans substitution est définitivement privée des droits énoncés dans la peine. À l'issue de cette période, le détenu peut exercer les droits dont il a été privé du fait de la peine.

Dans un État doté d'une législation plus simple, une personne qui commet une infraction de corruption est frappée d'une interdiction définitive de se faire élire ou nommer comme membre d'un organisme public ou d'exercer toute autre fonction publique et démissionne de toute fonction de ce type exercée au moment de sa condamnation. La catégorie d'"organisme public" inclut le Cabinet, les chambres du Parlement, les autorités locales, statutaires et publiques de toutes sortes, ainsi que toutes les entreprises publiques et leurs conseils d'administration. L'expression "fonction publique" s'entend de toute fonction ou tout emploi en qualité de membre, agent ou employé d'un organisme public.

Dans un certain nombre de pays, il n'existe pas de disposition spécifique permettant d'exclure complètement les personnes reconnues coupables d'une infraction pénale, et en particulier d'une infraction liée à la corruption, de l'embauche ou de la réembauche dans le secteur public. En outre, dans certains pays, la déchéance n'était prévue que pour les personnes investies de l'autorité de l'État et non pour toute personne reconnue coupable de corruption. Toutefois, dans un grand nombre de ces pays, il a été fait mention de mesures de substitution qui n'équivalent pas à la pleine application, mais promeuvent indirectement les objectifs de la Convention ou garantissent, du moins en partie, un effet analogue. Comme souligné dans plusieurs États, les personnes recrutées pour exercer une fonction publique peuvent être sélectionnées en fonction de leur conduite passée ou devoir présenter un certificat attestant qu'elles n'ont été reconnues coupables d'aucun délit avant la prise de leurs fonctions; un casier judiciaire peut être pris en compte lors de la décision d'employer ou non une personne, en particulier lorsque la condamnation pénale présente un intérêt pour les conditions spécifiques d'un poste particulier. De même, le renvoi pour conduite délictueuse serait inscrit dans le dossier personnel d'un agent public et serait ainsi porté à la connaissance d'un fonctionnaire ou d'une autorité qui envisageraient de le recruter pour exercer une nouvelle fonction publique. En vertu des réglementations de deux autres pays, la réembauche après un renvoi pour travail ou conduite insatisfaisants n'est possible que dans des cas spéciaux et exceptionnels. Enfin, dans un État, les autorités chargées des poursuites demandent régulièrement aux accusés qui plaident coupables pour des infractions de corruption de ne pas accepter de fonction ou de poste public et de ne pas y postuler à l'avenir.

Outre ce qui précède, plusieurs États – y compris des pays dépourvus de règles de déchéance générales – prévoient des dispositions spéciales permettant la suspension de droits politiques pour les personnes reconnues coupables d'infractions liées à la corruption ou à la déchéance de leur droit de se faire élire au parlement ou à un conseil municipal ou de se faire élire ou nommer au sein du gouvernement ou de l'appareil judiciaire pour une certaine durée. Toutefois, cette durée semble parfois trop courte, ou les personnes concernées sont autorisées à se faire nommer dès la fin de leur peine.

La déchéance, qui frappe les auteurs d'infractions de corruption, du droit d'exercer une fonction dans une entreprise dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire, comme instamment demandé à l'alinéa 7 b de l'article 30, a incité certains pays à prévoir des dispositions dans leur droit des sociétés régissant l'interdiction de recruter des personnes reconnues coupables à des postes au sein d'entreprises détenues par l'État, assurant au moins une application partielle. D'autres englobent les employés et les dirigeants d'entreprises dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire sous la catégorie d'"agent public", que l'État y détienne des intérêts majoritaires ou minoritaires. Par conséquent, les postes concernés sont couverts par la déchéance du droit d'exercer une fonction publique au même titre que d'autres postes du secteur public. Dans un troisième (et le plus vaste) groupe d'États, les sanctions pénales ou administratives appliquées pour les infractions de corruption comprennent non seulement la déchéance du droit d'exercer une fonction publique mais aussi la privation du droit d'exercer une fonction dans des organismes publics ou dans des entreprises ou institutions gouvernementales, d'exercer une certaine profession ou de se livrer à des activités commerciales ou professionnelles ou autres spécifiques, couvrant ainsi tous les types d'agents et de fonctions au sein des secteurs public et privé. Dans ce contexte, il a été noté qu'il pourrait être utile de définir le concept d'"entreprise dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire".

Succès et bonnes pratiques

Dans un État, la privation du droit d'occuper certaines fonctions ou d'exercer certaines activités est obligatoirement prononcée à titre de sanction pénale pour les infractions de corruption et entraîne une interdiction à vie d'occuper un poste dans la fonction publique, les administrations locales ou les organismes publics, ainsi que dans les organisations dont le capital autorisé est détenu à plus de 50 % par l'État. Ces organisations comprennent des sociétés et groupes nationaux, des institutions de développement nationales dans lesquelles l'État détient des parts et leurs filiales dont plus de 50 % des parts assorties du droit de vote leur appartiennent, ainsi que les personnes morales dont plus de 50 % des parts assorties du droit de vote appartiennent aux entités susmentionnées.

En dépit de ces mesures, l'application de l'alinéa 7 b de l'article 30 est un peu moins complète que celle de l'alinéa 7 a. Il semble que nombre de pays n'aient pris aucune mesure à cet égard, si ce n'est d'appliquer les procédures habituelles visant les employés du secteur privé, ou ne couvrent pas toutes les entreprises commerciales dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire. Dans un pays, il était précisé que les personnes exerçant une fonction dans des entreprises détenues par l'État ne pouvaient pas être renvoyées sur la base d'une condamnation, en dépit de l'existence de réglementations interdisant à une personne reconnue coupable d'infractions en lien avec des activités commerciales de se livrer directement ou indirectement à un commerce pendant un certain nombre d'années. Par conséquent, il a été recommandé d'envisager la mise en place de procédures de déchéance pour ces personnes,

lorsqu'elles sont reconnues coupables d'infractions établies conformément à la Convention, dans une mesure cohérente avec les principes fondamentaux du système juridique national.

Enfin, il devrait être clair qu'à l'instar d'autres dispositions de la Convention, l'application n'est pas assurée s'il n'est pas prouvé que les mesures prises sont contraignantes et efficaces. Ainsi, il semble que cela soit le cas dans un État partie pour lequel des informations contradictoires ont été fournies concernant l'existence de mesures appropriées, et où il a été signalé qu'il était courant pour une personne accusée d'un délit d'exercer à nouveau une fonction publique dans un autre organisme peu après sa révocation. S'agissant d'un autre État partie, des préoccupations ont été exprimées au sujet du fait que seules 63 % des personnes condamnées pour des infractions de corruption avaient également fait l'objet d'un licenciement et d'une privation du droit d'occuper certaines fonctions, quand bien même cette sanction était impérative. Enfin, dans un troisième pays, en dépit de la possibilité théorique d'appliquer des peines complémentaires qui déchoient les personnes du droit d'exercer une fonction publique, de telles sanctions n'ont presque jamais été infligées en pratique (du moins, semble-t-il, à l'encontre d'élus). Un exemple a été mentionné où un maire reconnu coupable de corruption dans l'exercice de ses fonctions a été réélu à un mandat similaire dans la municipalité où il vivait après sa sortie de prison. Il a donc été suggéré à l'État en question de déclarer l'interdiction pour une personne élue à un poste public de se faire réélire après avoir commis une infraction de corruption, et d'envoyer ainsi un signal quant à la gravité de ce type de pratique illicite. La durée de l'inéligibilité devrait dépendre de la gravité de l'infraction.

Réinsertion

Le paragraphe 10 de l'article 30 encourage les États parties à promouvoir la réinsertion dans la société des personnes reconnues coupables d'infractions établies conformément à la Convention, reconnaissant que la réinsertion constitue un objectif important de leur système de justice pénale⁵⁸. En effet, nombre d'États parties présentaient la correction, la réadaptation et la réinsertion comme des objectifs importants de leur système de justice pénale et citaient un large éventail de mesures en la matière, y compris: l'individualisation autant que possible des peines; la suspension des peines privatives de liberté; le sursis probatoire couplé à l'intervention psychologique comme substitut à la privation de liberté; le recrutement des personnels adéquats dotés des compétences techniques et scientifiques nécessaires pour appuyer le processus de réinsertion des détenus; l'introduction d'activités sociales, de programmes d'éducation, de qualification et de réadaptation, de régimes de travail, d'activités culturelles et sportives et d'un soutien religieux à l'intention des détenus; les droits de visite élargis; les autorisations de sortie de prison; la remise en liberté conditionnelle; la remise en liberté surveillée; les travaux d'intérêt général; l'aide à l'emploi; les soins de santé et autres formes d'aide sociale après la remise en liberté; la réinsertion juridique et judiciaire; et la cessation des conséquences juridiques des condamnations.

Exemples d'application

Dans un État partie, on garantit aux détenus remis en liberté certains types d'avantages et de droits afin de prévenir la reprise d'activités criminelles. L'institution pénitentiaire informe l'établissement pénitentiaire concerné sous la tutelle du Ministère de la justice et du pouvoir exécutif local de la remise en liberté prochaine d'un détenu afin que cette dernière autorité entame les préparatifs nécessaires. En concertant leurs efforts, l'institution

⁵⁸ Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, par. 395.

Exemples d'application (suite)

pénitentiaire, le Ministère de la justice et le pouvoir exécutif local fournissent à l'ancien détenu de la nourriture, des vêtements et de l'argent destiné à couvrir les frais de transport jusqu'à son domicile. Lorsque cela est prévu, la personne reçoit un logement ou une somme d'argent. En outre, le pouvoir exécutif local s'efforce de trouver un travail à l'ancien détenu par le biais du centre d'aide à l'emploi local.

Dans un autre État, l'administration pénitentiaire a lancé l'initiative communautaire "Yellow Ribbon Project" dans le but de sensibiliser la collectivité à la nécessité de donner une deuxième chance aux anciens détenus, de lui faire accepter ces personnes et leur famille et de l'inciter à agir en faveur de leur réadaptation et de leur réinsertion.

Un troisième État partie met en œuvre un plan complet en faveur de la réinsertion des détenus dans la collectivité grâce à une large palette d'activités éducatives, professionnelles, culturelles, sportives et sociales au sein de l'établissement pénitentiaire. En outre, les travaux avancent en ce qui concerne la modification de la législation régissant l'action des centres de redressement et de réadaptation et l'adoption de peines alternatives, l'extension de l'emploi des détenus, le développement de nouveaux projets productifs, les partenariats avec le secteur privé et l'établissement d'un centre spécialisé indépendant chargé du suivi des anciens détenus.

Vu l'étendue du contenu de la disposition en question et la vaste panoplie d'options dont disposent les États parties concernant la manière de la mettre en œuvre, les examinateurs ont été, pour la plupart, satisfaits des informations fournies et ont considéré les actions et les mesures législatives citées, même limitées ou déclaratoires, conformes à l'esprit de la Convention. Toutefois, un cinquième des États parties, qui appartiennent quasiment tous au Groupe des États d'Afrique ou au Groupe des États d'Asie et du Pacifique, indiquaient n'avoir aucune disposition juridique en faveur de la réinsertion, ou décrivaient leurs politiques existantes comme vagues, non spécifiques ou faibles, en particulier en ce qui concerne les mécanismes relatifs à leur application et les responsabilités des organismes, organisations ou individus concernés. De même, dans certains États, l'environnement juridique relatif à la réinsertion des anciens détenus dans la société était décrit comme inadéquat, en conséquence de quoi ces personnes rencontraient d'énormes difficultés après leur remise en liberté, en particulier pour trouver un emploi.

Il convient de mentionner que, dans l'un des pays ci-dessus, les autorités évoquaient la contribution "de substitution" apportée par les organisations non gouvernementales et les associations religieuses pour aider les anciens détenus à se réinsérer dans la société. Les efforts des acteurs privés et de la société civile dans ce domaine ont été dûment notés, mais il a été recommandé que l'État lui-même s'efforce de promouvoir la réinsertion des personnes reconnues coupables d'infractions établies conformément à la Convention, comme prescrit dans cette dernière. Cela n'exclut bien entendu pas les programmes et partenariats public-privé menés avec des responsables et des volontaires au sein de la collectivité, comme le prouve l'exemple d'autres pays.

Une difficulté supplémentaire pour les autorités nationales réside dans la surpopulation et la détérioration des systèmes pénitentiaires, qui pourraient compromettre la mise en œuvre de mécanismes en faveur de la réinsertion sociale, même si la législation adéquate existe. Cette situation était évidente dans un État partie où le nombre de détenus dépassait la capacité du système pénitentiaire de 650 %, en raison de la faible priorité accordée au secteur pendant de nombreuses années.

Une dernière observation concerne le fait que les mesures de réinsertion s'appliquent habituellement aux détenus puis aux libérés conditionnels au sens général, sans référence spécifique aux personnes reconnues coupables d'infractions de corruption. Les États parties décideront peut-être d'envisager la possibilité de mettre en place des formes d'aide spécifiques qui pourraient s'avérer nécessaires à la réinsertion de ces personnes en raison de la stigmatisation associée à une infraction établie conformément à la Convention. Ainsi, par exemple, la Cour suprême d'un pays a émis des règlements visant à suivre l'exécution des sanctions infligées aux personnes reconnues coupables d'infractions économiques ou liées à la corruption. Les tribunaux de toutes les instances ont établi des systèmes de contrôle pour l'application systématique et individualisée des dispositions relatives à la réinsertion sociale et tiennent des registres spéciaux où sont consignées les informations nécessaires au suivi du traitement et de la résolution des questions se rapportant aux auteurs de délits de cette nature. D'après les examinateurs d'un autre État, l'option du renvoi temporaire, et non permanent, d'agents publics reconnus coupables d'actes de corruption pourrait constituer une mesure propre à favoriser également la réinsertion dans ce domaine – en fonction de la gravité du cas, du préjudice causé et des intérêts publics en jeu. Toutefois, comme indiqué ci-dessus dans les paragraphes relatifs aux sanctions, une recommandation de cette sorte devrait être mise en balance avec les voix appelant à prendre des sanctions plus lourdes à l'encontre des auteurs d'infractions de corruption et être envisagée en tenant compte de la culture juridique et des besoins individuels du système de justice pénale de chaque pays.

Difficultés

S'agissant de l'application de l'article 30, les difficultés les plus fréquemment rencontrées concernaient: *a)* les niveaux des sanctions pécuniaires et autres, tant pour ce qui est de leur efficacité, de leur proportionnalité et de leur effet dissuasif que de la logique et de la cohérence internes des systèmes nationaux en matière de sanctions applicables aux infractions liées à la corruption; *b)* l'équilibre entre les privilèges et immunités de juridiction accordés aux agents publics et la possibilité de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la Convention (les États parties sont encouragés, en particulier, à examiner les procédures de levée des immunités, afin d'éviter les retards potentiels, la perte d'éléments de preuve et tout obstacle de nature à empêcher que des mesures d'enquête soient prises avant la levée des immunités; *c)* l'adoption de mesures permettant de déchoir les personnes reconnues coupables d'infractions du droit d'exercer une fonction publique, y compris dans des entreprises dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire; *d)* le bon exercice des pouvoirs discrétionnaires en matière de poursuites; et *e)* l'adoption de procédures claires permettant la révocation, la suspension ou la mutation des personnes accusées.

B. Gel, saisie et confiscation (article 31)

L'article 31 de la Convention contient des dispositions importantes (élaborées en association avec les articles 23 et 40 et avec le chapitre V) destinées à empêcher les auteurs d'infractions de tirer profit de leurs délits et à éliminer l'incitation à se livrer à des pratiques de corruption. Un certain nombre de problèmes communs relatifs à l'application ont été observés lors des examens et davantage d'efforts doivent être entrepris afin d'atteindre un degré d'uniformité équivalent à celui de la législation nationale en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Toutefois, il existe une tendance évidente à la convergence législative et au renforcement des mesures applicables conformément aux normes de la Convention. Dans ce contexte, nombre de pays ont profité de la surveillance continue des mécanismes d'évaluation internationaux tels que ceux administrés par l'Union européenne, l'OCDE, le Conseil de l'Europe, le Groupe d'action

financière et des organismes régionaux similaires. Si, comme confirmé au paragraphe 10 de l'article 31, il incombe aux États parties de déterminer la manière dont ils doivent traduire la Convention dans la loi et si le fait de recourir à différents textes de loi n'est pas en soi contestable, la nécessité d'établir des cadres législatifs clairs et cohérents en matière de confiscation, de saisie et de gel du produit et des instruments du crime a toutefois été soulignée. Une législation complexe et fragmentée (par exemple, qui renfermerait des dispositions différentes concernant la confiscation en fonction de l'infraction d'où provient le produit, ou qui comporterait des définitions différentes relatives aux biens, ces définitions étant disséminées dans diverses lois) pourrait entraver l'application efficace des mesures nationales de lutte contre la corruption.

Confiscation du produit du crime

Presque tous les États parties prévoient en principe la confiscation du produit (ou de la valeur estimée du produit) du crime découlant d'infractions établies conformément à la Convention, le terme "confiscation" s'entendant, conformément à l'alinéa g de l'article 2, comme la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. Au moins sept pays s'écartent considérablement de cette règle, ce qui indique la nécessité d'une révision complète du cadre législatif correspondant. Dans les six premiers cas, outre les infractions liées au blanchiment d'argent, seuls les instruments (à savoir le pot-de-vin lui-même) sont couverts, ou la confiscation n'est prévue que pour le produit et les instruments d'un petit nombre d'infractions (comme la corruption, l'enrichissement illicite ou, le plus souvent, le blanchiment d'argent), parfois avec la contrainte supplémentaire que toutes les infractions de corruption ne constituent pas des infractions principales. Dans le septième cas, une fois encore outre le blanchiment d'argent, la confiscation ne concerne pas directement le produit mais est considérée comme une sanction couvrant tout ou partie du total des biens qui constituent les avoirs de la personne reconnue coupable, après prise en compte de tout droit éventuel du conjoint, des codétenteurs ou des cohéritiers. En d'autres termes, l'État partie en question semble appliquer une sanction de "confiscation totale" des biens de la personne reconnue coupable sans exiger de lien entre les avoirs confisqués et un délit – une pratique qui a suscité des problèmes de compatibilité avec les principes juridiques fondamentaux (relatifs à la précision et à la prévisibilité des dispositions pénales) dans d'autres pays où elle a été appliquée.

Hormis ces sept pays, les États parties ont le plus souvent prévu des dispositions générales en matière de confiscation (par exemple, dans le code pénal, voire dans la constitution elle-même) applicables à la plupart des infractions dans le droit interne, et souvent aussi des dispositions spéciales pour des infractions particulières (corruption, concernant l'avantage indu ou la valeur de ce dernier, ou blanchiment d'argent par exemple). Si, d'une manière générale, la confiscation est décidée à titre de sanction pénale supplémentaire – ou de mesure de sûreté – dans le cadre de poursuites pénales, un certain nombre d'États ont toutefois opté pour un modèle principalement civil (mais mis en œuvre pendant la procédure pénale), tirant parti du fait que les normes en matière de preuves requises dans ces affaires sont plus faibles. Dans deux cas, les examinateurs ont formulé une objection à la mise en place de confiscations en tant que sanction discrétionnaire prévue par le Code pénal des États concernés, et ils ont recommandé que l'élément facultatif des dispositions pertinentes soit supprimé. Cependant, dans d'autres cas, les examinateurs n'ont pas opposé d'objection au fait que les tribunaux nationaux conservent une certaine marge d'interprétation au sujet de l'application de cette peine, étant donné que la Convention elle-même exige seulement que les États parties prennent, dans toute la mesure possible dans le cadre de leurs systèmes juridiques nationaux, les mesures nécessaires pour permettre la confiscation par les autorités compétentes. Le principe de primauté du droit interne, qui figure au paragraphe 10 de l'article 31, devrait également être pris en considération dans ce contexte.

Les États parties devraient faire en sorte que toutes les infractions établies conformément à la Convention soient couvertes par des dispositions nationales. C'est généralement le cas, y compris lorsque les pays disposent de réglementations générales ayant trait aux infractions graves ou majeures. À l'inverse, dans une douzaine de pays, certaines infractions liées à la corruption telles que la corruption dans le secteur privé ou certaines infractions mineures ou modérément graves, passibles de sanctions inférieures à un certain seuil, n'entrent pas dans le champ d'application des lois régissant la confiscation. Toutefois, dans certains de ces cas, une législation était en préparation pour appliquer l'article 31 de manière plus complète. Dans au moins trois autres cas, des préoccupations ont été exprimées quant à la formulation de la loi, qui semble exclure les biens obtenus par des moyens criminels mais transférés à des tiers, conduisant à l'observation que les mesures de confiscation doivent être appliquées de manière plus cohérente dans les affaires pénales, indépendamment du propriétaire des biens concernés. Enfin, dans un État, il a été noté avec inquiétude que l'aveu de culpabilité par l'auteur entraîne la restitution de tous les biens saisis, ce qui empêche, de fait, tout complément d'enquête sur l'affaire, ainsi que la confiscation du produit de l'infraction commise.

Confiscation sur la base de la valeur

Il existe deux grands systèmes couvrant le produit du crime, l'un fondé sur les biens, l'autre sur la valeur⁵⁹. Dans la plupart des États, la loi prévoit une approche sur la base de la valeur ou une approche combinée, permettant la confiscation des biens à hauteur d'un montant égal à la valeur du produit du crime, souvent sous la forme de décisions pécuniaires ou d'amendes infligées par le tribunal et enjoignant à une personne de verser un montant égal à ses profits criminels. Le recours à la confiscation des biens ou à la confiscation sur la base de la valeur est normalement laissé à la discrétion du tribunal, la confiscation des biens étant généralement la première solution retenue. Dans de nombreux cas, la loi précise que la confiscation sur la base de la valeur ne s'applique que si la confiscation du produit réel du crime au profit de l'État est impossible ou déraisonnable pour un motif qui était valide au moment de la décision, par exemple lorsque le pot-de-vin a été utilisé ou sorti du pays ou lorsque les biens ont disparu ou ont été expropriés. Toutefois, dans certains pays, le système national accorde d'emblée plus d'importance à la confiscation sur la base de la valeur du produit afférent à l'enrichissement obtenu au moyen d'actes délictueux.

Exemple d'application

Le droit d'un État partie prévoit que la confiscation sur la base de la valeur est possible à la fois pour un instrument du crime et un bien produit pendant un délit. Si un tel instrument ou bien a été dissimulé ou est autrement inaccessible, une confiscation totale ou partielle de la valeur peut être décidée à l'encontre de l'auteur de l'infraction, d'un participant à l'infraction ou d'une personne pour le compte ou avec le consentement de laquelle l'infraction a été commise. En outre, la confiscation sur la base de la valeur peut être décidée à l'encontre d'une personne à qui l'instrument ou le bien a été transmis. Toutefois, la confiscation sur la base de la valeur n'est pas autorisée s'il est démontré que l'instrument ou le bien a probablement été détruit ou consommé.

⁵⁹Voir art. 31, al. 1 a ("du produit du crime [...] ou de biens dont la valeur correspond à celle de ce produit"); *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 398 et 399; et *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 31, sect. III.

Le montant devant être confisqué à la personne concernée ou versé par celle-ci est habituellement déterminé dans le cadre de la procédure, en se fondant sur les règles de preuve générales. Lorsqu'il détermine la valeur du produit du crime afférent aux infractions pénales commises par deux personnes ou plus, le tribunal peut déclarer ces personnes conjointement et individuellement responsables de l'obligation de paiement, ou d'une certaine partie qu'il devra déterminer. Dans au moins un État, l'ampleur du gain qui sera confisqué est déterminée selon le "principe du gain net", c'est-à-dire que les dépenses effectuées pour acquérir le produit sont déduites de la valeur de ce dernier. Les examinateurs ont cependant estimé que cette mesure n'était pas pleinement conforme à la Convention et ont recommandé à l'État en question de la remplacer par un dispositif qui n'autoriserait pas de telles déductions.

Dans un grand nombre de pays, la confiscation de biens correspondant à la valeur du produit d'une infraction liée à la corruption ne semble pas prévue ou n'est prévue que pour des infractions spécifiques (en particulier le blanchiment d'argent). Dans certains de ces cas, les lois nationales sont fondées sur le principe de la confiscation de l'objet et ne reconnaissent pas la confiscation sur la base de la valeur. Partant, si le bien en question a été dépensé ou ne peut être localisé, il n'existe aucun recours immédiat. Dans le même temps, comme noté ci-après, il existe des difficultés concernant le produit indirect et le produit mêlé à des avoirs licites ou transmis à des tiers de bonne foi. Par conséquent, il a été recommandé de se pencher sur cette question. Dans certains de ces cas, la situation était à l'examen et des lois prévoyant la possibilité de geler, de saisir et de confisquer des biens d'une valeur équivalente étaient en cours d'élaboration. Dans un autre cas, il a été noté que la législation ne prévoit la possibilité de confisquer des biens correspondant à la valeur du produit du crime que dans les hypothèses de corruption, mais qu'en pratique cela ne crée pas de difficultés; il a néanmoins été recommandé de l'envisager, y compris en termes de confiscation sur la base de la valeur, dans le cadre des modifications législatives en cours.

Confiscation des instruments

L'alinéa 1 b de l'article 31 étend l'obligation de confiscation aux biens, matériels ou autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés pour les infractions établies conformément à la Convention. Il vise à priver les auteurs d'infractions des biens utilisés aux fins de commettre un acte de corruption, mais aussi à éviter que des objets ou des moyens de nature dangereuse (par exemple, logiciels utilisés pour détourner des fonds, armes employées pour faire obstruction aux enquêtes ou montages de sociétés mis sur pied pour transférer des profits illicites) soient utilisés à des fins de corruption, et revêt ainsi un caractère à la fois punitif et protecteur⁶⁰.

Des mesures permettant la confiscation des instruments des infractions de corruption existent dans la majorité des États parties; toutefois, certains États ne prévoient pas cette possibilité ou laissent planer le doute en la matière, ce qui a conduit à formuler des recommandations sur ce point. Il a été jugé que la confiscation des instruments uniquement à des fins de protection, lorsque ceux-ci compromettent la sécurité des personnes, la moralité ou l'ordre public, et l'exclusion des instruments d'origine légale ne satisfaisaient pas aux prescriptions de la Convention. En outre, dans une vingtaine d'États, seuls les instruments et les moyens utilisés par la personne reconnue coupable pour commettre une infraction pénale, et non les instruments destinés à être utilisés pour des infractions de corruption ni les instruments non numéraires, étaient visés. Dans l'un de ces cas, la législation actuelle n'interdit pas d'appliquer ces dispositions aux instruments destinés à être utilisés pour des infractions de corruption, mais il n'a pas encore été fait usage de cette possibilité dans un tel contexte. Il a donc été recommandé d'envisager de préciser la loi, si les juges ne l'interprètent pas en conséquence dans les affaires à l'avenir.

⁶⁰Voir *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 31, sect. II.

Confiscation élargie

Le paradigme classique de la confiscation fait partie des sanctions pénales infligées après la condamnation d'une personne pour une infraction et visant les biens provenant directement ou indirectement de ladite infraction. Cela reste de loin la principale formule juridique entraînant la confiscation, mais certains pays, en particulier au sein du Groupe des États d'Europe orientale, confèrent aux tribunaux pénaux, comme on a déjà vu au chapitre I, section B, sous-section 4 ci-dessus, le pouvoir supplémentaire de confisquer tout ou partie des avoirs qui appartiennent à l'auteur de l'infraction au moment de prononcer le jugement et qui pour des motifs valables sont présumés découler de ses activités criminelles, s'ils ne sont pas jugés insignifiants. En d'autres termes, le tribunal doit encore, en se basant sur les circonstances de l'affaire et les preuves disponibles, être convaincu que les biens sont le produit du crime, mais n'a pas à établir qu'ils sont le produit de l'infraction pour laquelle l'accusé a été condamné. Dans ces cas, l'auteur est tenu de prouver l'acquisition licite du bien.

La confiscation élargie, qui s'applique spécialement aux avoirs obtenus à un moment proche de l'acte criminel (par exemple, dans les cinq ans précédant sa commission), peut également être décidée à l'encontre d'un membre de la famille, d'un parent proche, d'un fiduciaire ou d'un administrateur chargé de gérer la faillite de l'auteur de l'infraction, ou à l'encontre de toute autre personne physique ou morale liée à l'auteur, s'il existe des raisons de croire que le bien a été transmis à cette personne afin d'éviter la confiscation ou la responsabilité. Dans certains États parties, à l'instar des mesures de confiscation en général, ce pouvoir est exercé dans le cadre d'une procédure civile, engagée après saisine par le procureur. Le recours à ces pouvoirs de confiscation élargis, qu'ils soient exercés dans le cadre d'une procédure pénale ou civile, est considéré comme une bonne pratique. Ainsi, dans les cas où la portée des dispositions correspondantes est limitée (par exemple, au blanchiment d'argent et à la criminalité organisée), il a été recommandé d'envisager la possibilité de l'étendre à toutes les infractions liées à la corruption.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État, si un tribunal reconnaît une personne coupable d'une infraction pénale et lui inflige une peine de plus de trois ans, il peut étendre la confiscation à tous les biens d'origine inexplicite qui appartiennent à l'auteur, à moins que ce dernier puisse prouver leur origine licite.

Un autre pays a instauré de vastes mécanismes de confiscation, y compris la possibilité d'invoquer, à la discrétion du procureur, une présomption légale à l'encontre des personnes dénotant un "mode de vie délictueux" et dont la richesse est inexplicite, lorsqu'il est impossible de prouver toutes les infractions commises sur de nombreuses années. Selon cette présomption, après une condamnation pour une infraction particulièrement grave, tous les avoirs et les biens acquis au cours des sept années précédentes sont considérés comme le produit du crime et sujets à une confiscation (civile), sauf si l'auteur de l'infraction peut prouver leur origine licite.

Confiscation sans condamnation

Nombre d'États parties prévoient, en parallèle, des procédures permettant la confiscation sans condamnation, sous réserve qu'un tribunal soit convaincu qu'une infraction grave a été commise par le passé et que le bien en question est le produit ou l'instrument de cette activité.

Cette question a déjà été examinée brièvement au chapitre 1, section B, sous-section 4 ci-dessus, où l'adoption croissante dans les pays de toutes les régions de régimes de confiscation sans condamnation (aussi dite "in rem", à l'inverse de la confiscation avec condamnation dite "in personam") a été notée, en particulier en ce qui concerne les dispositions visant les personnes incapables de démontrer la provenance licite de leurs avoirs et permettant aux pays concernés d'obtenir un effet similaire à celui prévu par l'incrimination de l'enrichissement illicite, indépendamment des poursuites. Toutefois, fait encore plus important, dans certains pays, les mécanismes sans condamnation jouent un rôle décisif dans la confiscation du produit des infractions liées à la corruption, nonobstant leur utilisation dans le cas des richesses inexplicées.

À l'instar des pouvoirs de confiscation élargis, la confiscation sans condamnation a été soulignée comme une bonne pratique dans les États qui ont introduit et développé ces régimes, y compris dans des pays de droit romano-germanique. Fait significatif, il a été rapporté que la législation relative à la richesse inexplicée ou l'introduction de la confiscation sans condamnation était en cours ou à l'examen dans au moins quatre autres États, illustrant la dynamique substantielle de cette méthode comme approche législative novatrice. En effet, ce mécanisme est particulièrement utile dans les affaires de corruption, car il est souvent difficile de réunir suffisamment de preuves pour garantir une condamnation, les avantages en matière de preuve étant particulièrement pertinents dans les pays, principalement de *common law*, où les normes en matière de preuve sont différentes pour les affaires pénales et civiles. Toutefois, il convient de noter que les mécanismes de confiscation des avoirs sans condamnation, en dépit de tous leurs avantages, ne constituent pas nécessairement une alternative plus simple aux poursuites pénales et que les enquêtes ou les procédures sans condamnation exigent un investissement significatif tant en termes de capacité des ressources que de formation des enquêteurs, des juristes et des juges à de nouvelles compétences.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, le Parlement a récemment adopté une législation prévoyant des dispositions relatives à la richesse inexplicée, qui vise les avoirs dont une personne ne peut démontrer l'acquisition licite. En vertu de ces dispositions, si un tribunal est convaincu qu'un agent autorisé a des motifs raisonnables de soupçonner que la valeur totale des avoirs d'une personne dépasse la valeur des avoirs acquis licitement, le tribunal peut obliger cette personne à comparaître et à prouver, selon toute probabilité, que ces avoirs ne sont pas le produit de certaines infractions. Si cette personne ne peut l'établir, le tribunal peut lui enjoindre de s'acquitter d'un montant égal à la différence entre la valeur totale de ses avoirs et la valeur des avoirs "légitimes".

Dans une version apparentée plus limitée de la procédure de confiscation sans condamnation, la confiscation est autorisée lorsque la procédure pénale ne peut suivre son cours (ou a été engagée mais a été suspendue) pour un certain nombre de motifs prévus dans la loi, par exemple parce que l'auteur ne possède pas la capacité pénale ou a été déchargé de la responsabilité pénale; est décédé, s'est enfui, a développé un trouble mental de longue durée ou a souffert d'une autre maladie grave; ou a bénéficié d'une amnistie; ou parce que la procédure pénale a été interrompue du fait du délai de prescription. De même, une entreprise peut faire l'objet d'une confiscation, même si l'individu ayant commis l'infraction ne peut être identifié ou ne peut être condamné pour toute autre raison. Dans les scénarios ci-dessus, la confiscation sans condamnation peut être décidée par un tribunal ou un conseil judiciaire participant à

l'enquête pénale au moment où le motif ayant entraîné la suspension de la procédure est apparu. Néanmoins, certains États traitent toutes les éventualités ci-dessus au sein d'un même mécanisme de confiscation sans condamnation, dans le cadre de procédures civiles. Ces deux méthodes, qui ont parfois aussi été jugées comme de bonnes pratiques par les examinateurs, sont conformes aux prescriptions de la Convention qui invitent les États parties à envisager la possibilité, dans le cadre de l'entraide judiciaire, de confisquer des biens en l'absence de condamnation pénale lorsque l'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi pour cause de décès, de fuite ou d'absence ou dans d'autres cas appropriés (art. 54, al. 1 c)⁶¹.

Identification, localisation, gel et saisie

En vertu de l'article 31, les États parties doivent mettre en place un régime de confiscation solide, comprenant, comme prévu au paragraphe 2, les mesures nécessaires pour permettre l'identification, la localisation, le gel ou la saisie du produit ou de l'instrument aux fins de confiscation éventuelle.

Tout d'abord, s'agissant des mesures prises pour identifier et localiser les biens, certains États parties ont déclaré ne pas disposer de règles détaillées, ou n'ont fourni aucune information à ce sujet, tandis que d'autres ont signalé un large éventail d'outils de collecte de renseignements, y compris, dans certains cas, des pouvoirs d'enquête spéciaux permettant de localiser les profits des infractions de corruption. Ces outils sont notamment: *a)* des décisions enjoignant à une personne de présenter une déclaration solennelle énumérant tous les biens meubles ou immeubles lui appartenant à elle et à sa famille ou détenue par elle et par sa famille; *b)* des décisions intimant à une personne de se soumettre à un examen et de répondre à des questions concernant la nature et la localisation d'un certain bien, et toute activité qui pourrait démontrer qu'elle (ou une autre personne) a participé à une activité illicite; *c)* des décisions enjoignant à une personne, une société ou une institution de présenter des documents de toute sorte pertinents pour l'identification, la localisation ou la quantification de certains biens ou nécessaires pour le transfert de ces biens; *d)* des mises en demeure intimant à une institution financière de confirmer l'existence d'un compte de toute sorte, d'une carte à valeur stockée ou d'un coffre, ainsi que le solde, les signataires et toutes transactions récentes; *e)* des ordonnances de surveillance enjoignant à une institution financière de communiquer des informations concernant les transactions réalisées sur une période donnée par l'intermédiaire d'un compte détenu par une personne donnée auprès de l'institution ou d'une carte à valeur stockée émise pour une personne donnée par une institution financière; *f)* des mandats pour la perquisition de locaux ou de véhicules et la saisie de biens acquis illicitement; et *g)* d'autres techniques d'enquête "classiques", telles que les méthodes de surveillance discrète. Les États parties ont été incités, d'une manière générale, à renforcer les mesures en vigueur et à envisager de créer des bases de données contenant des informations relatives à l'identification des droits de propriété sujets au gel et à la confiscation (registres des terres, des titres et du commerce) et d'y donner accès aux autorités compétentes⁶².

⁶¹ Sur l'application de cette disposition et, plus généralement, sur la question de l'adoption et de l'application d'un régime de confiscation d'avoirs sans condamnation, voir Theodore S. Greenberg *et al.*, *A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, Stolen Asset Recovery (StAR) series (Washington, Banque mondiale, 2009).

⁶² Voir *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 31, sect. V.

Succès et bonnes pratiques

Deux États voisins ont introduit la possibilité de conduire des enquêtes financières spéciales afin de vérifier l'origine licite des biens des personnes impliquées dans des infractions pénales, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que ces personnes détiennent des avoirs considérables découlant de ces infractions. Un procureur est chargé de l'instruction financière et de réunir des preuves relatives aux revenus et aux biens de l'accusé, de ses héritiers légitimes et de toute personne à laquelle l'accusé a transmis ses biens.

De même, dans un autre État, outre les mesures normales envisageables pendant une enquête pénale, une enquête pénale financière spéciale peut être déclenchée lorsqu'une enquête préliminaire sur une infraction a montré qu'il pouvait exister des profits ou des avantages supérieurs à un certain seuil obtenus illicitement. Le cadre correspondant consiste en des pouvoirs étendus permettant d'obtenir des documents et d'autres informations ou de saisir des biens ou des avoirs et fournit une base pour continuer d'enquêter sur les aspects financiers des infractions pénales à l'issue de l'enquête sur les infractions pénales sous-jacentes. Fait très important, dans l'État en question, la confiscation sur la base de la valeur fait l'objet d'une procédure distincte qui peut intervenir dans les deux ans après une condamnation, ce qui laisse le temps de mener une enquête approfondie sur le produit du crime, les montants et les sources.

Normalement, la législation et le cadre pour la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme confèrent aux services de renseignement financier nationaux l'autorité nécessaire pour accéder aux comptes financiers et aux documents bancaires. En outre, les possibilités ci-dessus sont parfois mises en œuvre non seulement par le biais des services habituels chargés des poursuites et de la détection et de la répression, mais aussi par des autorités spécialisées (telles que des bureaux de recouvrement des avoirs), ce qui accroît considérablement leur efficacité pratique.

Exemple d'application

Dans un État partie, une commission a été mise en place afin d'identifier les biens provenant d'une activité criminelle. La commission est une autorité publique spécialisée chargée d'inspecter les biens d'une valeur significative appartenant à des personnes faisant l'objet de poursuites pénales en lien avec certaines infractions. Lorsqu'ils reçoivent des informations de la part des autorités intervenant avant les poursuites et des tribunaux, les organes territoriaux de la commission en contactent les membres et, en fonction des preuves présentées, une décision est prise d'engager ou non une procédure judiciaire afin d'établir si les biens d'une valeur significative proviennent d'activités criminelles. Les règles de la commission s'appliquent aux fins de l'identification des avoirs criminels dans le pays comme à l'étranger. Si les preuves disponibles sont suffisantes, la commission s'adresse au tribunal pour émettre des ordonnances d'injonction. Après l'entrée en vigueur de la mise en accusation et sur la base des preuves réunies, la commission peut prendre la décision de présenter au tribunal une requête motivée permettant de saisir au profit de l'État les biens provenant d'une activité criminelle. La procédure applicable aux ordonnances d'injonction comme à la confiscation du produit du crime est mise en œuvre conformément aux dispositions du Code de procédure civile.

Des instructions concrètes définissant l'objet et les modalités de la coopération ont été émises afin de promouvoir la bonne application de la loi et d'obtenir le meilleur degré de coopération possible entre la commission et les autres autorités compétentes (bureau du procureur, Ministère de l'intérieur et Ministère des finances).

Un nombre encore plus grand d'États ont signalé l'existence de mécanismes permettant provisoirement d'imposer un gel, une restriction ou une saisie sur des biens confisquables, avant qu'une décision finale soit prise. Dans la plupart des cas, cela concerne la saisie directe par les enquêteurs d'objets susceptibles d'être confisqués ou pouvant servir de preuve à l'appui de la condamnation ou de l'acquiescement de la personne visée par l'enquête. Cela concerne également les décisions de gel et de restriction provisoires, ou les décisions de saisie de biens, qui sont prises sans qu'un tribunal assurant le contrôle judiciaire de l'enquête préliminaire à la requête de l'autorité chargée de l'enquête (y compris le service de renseignement financier) ait connaissance préalable de la partie lésée, et qui empêche, conformément à la définition figurant à l'alinéa f de l'article 2, de disposer des biens (si ce n'est d'une manière ou dans des circonstances spécifiées) avant qu'une décision de confiscation soit prise. Le tribunal peut décider, entre autres, d'interdire l'exécution de certains actes et contrats et leur inscription à divers registres, de bloquer les dépôts de toute nature effectués auprès de banques ou d'institutions financières ou d'empêcher les transactions sur des actions et des obligations. Normalement, ces mesures peuvent être levées dans certaines conditions à la demande du procureur ou des personnes lésées avant l'issue des poursuites pénales.

Succès et bonnes pratiques

En vertu de la loi spéciale relative à la lutte contre la corruption d'un pays, loi qui a été saluée par les examinateurs, à la demande du ministère public, le juge de l'application des peines peut, dans le cadre d'une enquête, placer sous séquestre des biens d'une valeur équivalant au double du montant estimé du préjudice subi.

En dépit de l'importance de ces mesures, dans une douzaine de pays, les mesures permettant de geler ou de saisir le produit ou les instruments du crime aux fins de leur confiscation éventuelle faisaient défaut (par exemple, elles n'autorisent pas la saisie de tous les types de produit du crime, comme les revenus se présentant sous la forme de droits ou d'actifs incorporels) ou ne semblaient pas couvrir le produit de l'acte criminel dans toutes les infractions liées à la corruption. Dans un autre cas, les examinateurs ont exprimé des réserves sur le fait que la réglementation des saisies et des gels de biens ne pouvait être assurée (sauf pour le blanchiment d'argent) qu'en se fondant sur le Code de procédure civile, et ont recommandé d'aborder cette question de manière uniforme afin d'éviter sa fragmentation en différents piliers législatifs et de limiter les éventuelles questions d'interprétation.

En outre, une importance particulière est attachée à l'efficacité et à l'opportunité des procédures applicables. Par exemple, dans un cas, vu les éventuels délais nécessaires pour obtenir des décisions des tribunaux, il a été recommandé que l'État partie examiné envisage d'assouplir les conditions de forme régissant l'obtention d'une autorisation de gel des comptes financiers dans les enquêtes nationales sur les affaires de corruption, en tenant compte de l'approche globale de la législation nationale concernant l'autorité compétente pour donner cette autorisation. Dans un autre pays, la saisie de biens autres que les comptes bancaires présentait

en outre des difficultés pratiques en raison du niveau élevé de preuve requis (qui s'apparentait à une preuve *prima facie*, type de preuve difficile à obtenir aux premiers stades de l'enquête). Enfin, il a été recommandé à un État d'assouplir les délais stricts prévus pour les ordonnances de saisie et de gel, et de les faire passer de trois mois à un an pendant l'instruction et de six mois à deux ans pendant le procès (avec possibilité de prorogation), compte tenu de la complexité des procédures liées à la corruption.

Outre ces procédures "régulières" de gel et de restriction, d'autres mesures de précaution sont envisageables dans plusieurs cas. Elles peuvent prendre la forme de décisions d'urgence de gel à court terme, prises *ex parte* sans décision d'un tribunal, empêchant une institution financière de traiter les retraits effectués sur un compte donné ou interdisant le transfert ou le dépôt d'autres biens qui constituent l'objet de la transaction suspecte pour une certaine durée (de 24 heures à 60 jours dans certaines conditions), afin d'éviter que les auteurs d'infractions dispersent les fonds. Ces décisions de gel à court terme peuvent être prises par le procureur, un juge à la requête de certains agents des services de détection et de répression ou par le service de renseignement financier national qui reçoit des déclarations de soupçon dans les cas de blanchiment d'argent (décisions de gel administratif). De l'avis général, ces pouvoirs administratifs permettant de geler temporairement des transactions sur la base d'une activité suspecte sont utiles, et les mesures appropriées prises par les États parties sont bienvenues et devraient être encouragées lorsqu'elles visent également les infractions liées à la corruption⁶³. Dans un cas, la banque centrale peut geler un compte sans préavis pendant une durée de 30 jours, prolongeable de 30 jours supplémentaires et plus, sous réserve d'une décision du tribunal. Enfin, dans un État, les institutions financières du pays qui détectent une transaction suspecte et la signalent au service de renseignement financier sont tenues de geler de leur propre initiative les fonds en question pour une période d'au plus cinq jours. La décision de prolonger le gel incombe aux services de justice pénale, et non au service de renseignement financier.

Administration des biens

De nombreux États parties éprouvaient des difficultés à administrer les biens gelés, saisis et confisqués. Dans quelques cas, absolument aucune mesure n'a été prise pour appliquer le paragraphe 3 de l'article 31, et un certain nombre d'États parties n'ont fourni aucune information relative au sujet examiné. Hormis ces cas, une grande variété de politiques ont été abordées, allant des solutions les plus simples (comme les réglementations régissant les dépôts d'argent, de titres, d'or ou de pierres précieuses auprès d'un établissement bancaire; la consignation des confiscations de biens immobiliers dans les registres fonciers correspondants; ou la vente, la donation ou la cession d'articles saisis constitués de matériaux périssables dangereux ou sujets à une rapide dévaluation ou demandant beaucoup de maintenance, principalement par les fonctionnaires de police) à des solutions sur mesure adaptées à la nature du bien en question⁶⁴.

Exemple d'application

Dans un État partie, la loi laisse les décisions relatives à l'administration des biens saisis à la discrétion du juge compétent. Cela comprend le fait de tirer des biens les sommes qui seraient raisonnablement nécessaires à l'entretien de leur propriétaire et de sa famille et

⁶³Pour de plus amples informations sur les systèmes de gel administratif et automatique, voir *ibid.*

⁶⁴Pour de plus amples informations, voir le Rapport de la réunion du groupe international d'experts sur la gestion efficace et la cession des avoirs saisis, gelés ou confisqués, qui s'est tenue à Vienne du 7 au 9 septembre 2015 (CAC/COSP/2015/CRP.6).

aux dépenses liées à la défense de celui qui en fait la demande, lorsque des poursuites pénales ont été engagées; de préserver autant que possible les intérêts de toute entreprise lésée par la saisie, et en particulier les intérêts de tout partenaire dans cette entreprise; et de nommer un administrateur judiciaire pour gérer tout bien conformément aux instructions du juge compétent. En outre, la loi relative à la lutte contre le blanchiment d'argent confère au tribunal l'autorité de désigner tout organisme chargé de la détection et de la répression comme gestionnaire ou séquestre des biens gelés, saisis ou confisqués.

La plupart des examens sont axés sur l'administration des biens saisis ou gelés, qui pose de grandes difficultés d'application aux États parties. Une importance particulière est accordée à l'élaboration de règles claires et complètes permettant d'assurer la sécurité et la conservation à moindre coût des biens concernés et de traiter toutes les situations et tous les biens, quelle que soit leur complexité ou leur importance. Dans ce contexte, de nombreuses recommandations portent sur l'amélioration des capacités de gestion des États parties concernés. Par exemple, il a été recommandé à un État partie de renforcer les capacités des différentes institutions publiques désignées comme administrateur judiciaire des biens saisis et gestionnaire d'avoirs complexes nécessitant des mesures administratives lourdes telles que des entreprises, après la saisie desdits avoirs. De même, dans un autre État, la saisie de tout avoir substantiel, tel qu'une maison, poserait de sérieux problèmes en termes de capacité de gestion des autorités chargées de la détection et de la répression, de sorte qu'on y procède rarement à des saisies importantes. Dans un grand nombre d'examen, il a été recommandé d'envisager de renforcer les mesures de gestion des biens gelés, saisis et confisqués (y compris de dispenser des formations aux fonctionnaires compétents) de telle sorte que la procédure soit appliquée de façon plus méthodique et non, par exemple aux seuls articles saisis ou biens périssables ou dont la valeur pourrait se déprécier rapidement. Il convient de noter à cet égard que, dans un grand nombre de pays, qu'ils soient dotés d'un système juridique romano-germanique ou de *common law*, les décisions concernant l'administration et la gestion des avoirs saisis sont prises, au cas par cas, sur ordonnance judiciaire.

Les examens de pays étaient généralement favorables aux systèmes qui prévoient la possibilité de confier les biens au cas par cas, par exemple lorsqu'il existe un risque de dépréciation ou de détérioration, à une personne compétente (par exemple, un séquestre, un curateur aux biens, un administrateur judiciaire, un gérant d'actifs ou un administrateur) ou à un organisme (par exemple, le fisc, un bureau du parquet ou un service du Ministère des finances) autorisé à estimer la valeur, à prendre en charge et à administrer les biens et à réaliser tout acte nécessaire à cette fin. Une telle solution pourrait supposer d'externaliser certaines tâches administratives, si cela correspond mieux au système dans le pays en question. De même, il ne faudrait pas exclure la possibilité que les biens visés par la saisie soient tout simplement laissés chez leur propriétaire ou leur utilisateur, des membres de leur famille ou les institutions financières qui détiennent déjà ces biens si cela sert mieux les objectifs de préserver les avoirs en question.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, la possibilité offerte au suspect de récupérer des avoirs saisis en échange du versement d'une somme d'argent a été considérée comme une bonne pratique. Cette mesure soulage les autorités nationales de l'administration et de la maintenance des biens saisis.

En outre, les examinateurs étaient souvent favorables aux services centralisés (bureaux de gestion des avoirs), capables de prendre en charge toutes les situations pertinentes. Dans plusieurs pays, l'établissement d'organismes centraux chargés d'administrer les biens saisis, envisagé au moment de l'examen pour remplacer les autorités locales ou la multitude d'organismes distincts ayant cette responsabilité, a été salué. De même, d'autres États parties examinés ont été, de manière générale, encouragés à mettre en place de tels organismes spécialisés et à consolider la gestion des avoirs saisis. Dans certains États, ce sont les autorités elles-mêmes qui ont souhaité obtenir des informations sur l'expérience des autres pays en la matière. En effet, il a été constaté que les autorités locales, comme les services de police, pouvaient rencontrer des difficultés au moment de décider des mesures appropriées à prendre ou des conditions à mettre en place pour préserver et administrer les avoirs saisis. Toutefois, lorsque des problèmes de ce type se font jour, il est nécessaire d'envisager des solutions financièrement viables, car la gestion des avoirs gelés (tant par des systèmes décentralisés que par des systèmes centralisés) pourrait s'avérer coûteuse et la mise en œuvre d'un système inefficace pourrait annuler tout avantage procuré par la confiscation éventuelle de ces avoirs⁶⁵. Par conséquent, il devrait être clairement spécifié que les bureaux chargés de la gestion des avoirs doivent recevoir un appui budgétaire nécessaire à leur bon fonctionnement.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, une institution distincte a récemment été établie afin de gérer les avoirs saisis et confisqués, et en particulier les avoirs complexes exigeant une gestion efficace (sociétés, commerces, bateaux, bâtiments, animaux, etc.). Fait intéressant, son fonctionnement est autofinancé par la vente des biens confisqués. Il a été jugé que la création de cette institution représentait une mesure majeure au titre des efforts déployés par les États concernés pour confisquer les biens provenant d'un acte de corruption, et il a été observé que les États parties qui prévoient de modifier leur législation afin d'assurer ou de renforcer la gestion cohérente et efficace des avoirs devraient être informés de ce mode opératoire, ainsi que de toute autre mesure novatrice qui pourrait être adoptée à l'avenir.

Un autre modèle qui mérite d'être mentionné prévoit que les avoirs saisis doivent être placés de telle sorte que l'investissement soit sûr, ne se déprécie pas et génère des revenus. Les autorités du pays concerné ne jugeaient pas nécessaire de mettre en place un organisme spécial pour la gestion des avoirs saisis. La responsabilité incombe au service chargé des poursuites, qui autorise la banque où sont détenus les avoirs à appliquer sa politique d'investissement, en accord avec le détenteur du compte, sous réserve que l'approche adoptée soit prudente et, si possible, génère des revenus. Les intérêts des sommes saisies doivent aussi l'être et les revenus des avoirs saisis qui sont le produit d'un crime s'ajouteront aux sommes confisquées, le cas échéant.

La situation concernant l'utilisation des avoirs confisqués semble à nouveau fragmentée, les États parties poursuivant différents buts et priorités. Les valeurs confisquées sont souvent déposées sur un compte de l'État, tandis que les biens confisqués (autre que ceux dont la loi exige la destruction) sont vendus aux enchères ou par d'autres moyens commercialement rentables, le produit de la vente étant ensuite déposé au Trésor public. Dans ce contexte, un État partie a été encouragé à créer un fonds d'affectation spéciale dédié aux avoirs confisqués sur lequel seraient versées toutes les sommes confisquées ainsi que tous les profits générés par les investissements et ventes réalisés sur les biens confisqués.

⁶⁵Voir *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 31, sect. V.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, les examinateurs ont souligné comme une bonne pratique l'utilisation d'un système d'enchères en ligne permettant aux citoyens de faire des offres sur des biens confisqués et de les acquérir, qui garantit une plus grande transparence et aide à endiguer la corruption.

En général, il n'existe pas de politiques claires concernant la réutilisation des avoirs confisqués. Toutefois, dans certains cas, les États parties disposent d'organismes spéciaux pour assurer la gestion des biens confisqués – parfois ceux-là mêmes qui gèrent les biens saisis et gelés – et s'emploient à atteindre des objectifs spécifiques centrés sur le renforcement de leurs capacités en matière de détection et de répression ou sur la réduction des conséquences du crime. En outre, un certain nombre d'États parties ont étudié la possibilité de créer un dispositif par lequel le produit du crime recouvré pourrait être utilisé pour financer le fonctionnement des organes de détection et de répression compétents, en le répartissant équitablement entre ces derniers. Par conséquent, l'observation des autorités dans un État partie arguant qu'une fois les avoirs confisqués, la question de leur administration ne se pose pas, dans la mesure où ils deviennent la propriété de l'État, n'est pas tout à fait exacte. Par exemple, dans un pays, les fonds générés par la vente des avoirs confisqués, après déduction des coûts afférents à l'évaluation de la valeur, au stockage, à la préservation et à la vente des biens saisis, sont versés au budget de l'État et financent des projets visant à renforcer les capacités des autorités judiciaires, chargées des poursuites ou responsables des affaires intérieures. Dans un autre État, le produit de la vente aux enchères des biens confisqués sont versés aux victimes (y compris les entités ou organismes publics lésés) à titre de réparation. Dans l'éventualité où aucune victime ne pourrait être identifiée, la loi prévoit que les biens saisis dans le cadre des poursuites pénales, les biens confisqués et tout autre revenu provenant des procédures judiciaires reviennent à l'appareil judiciaire. Dans plusieurs pays du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, le produit de la cession des biens et des titres, ainsi que les montants confisqués, sont alloués à des fonds spéciaux (placés, par exemple, sous l'égide du Ministère de l'intérieur), dans le but de financer la lutte contre la criminalité organisée ou des programmes de prévention de l'usage de drogues et de traitement et réadaptation des toxicomanes. Les États parties devraient garantir une transparence adéquate concernant l'application de ces dispositifs et fournir au public des informations détaillées sur la manière dont les biens sont gérés et répartis. Il est entendu que ces dispositifs sont également sans préjudice des obligations contractées par les États parties en vertu du chapitre V, en particulier de l'article 57.

Succès et bonnes pratiques

La possibilité pour les services de détection et de répression de disposer des biens confisqués, à titre de mesure incitative, a été saluée comme une bonne pratique par les examinateurs d'un État. Dans le pays en question, tous les biens confisqués et le produit de leur vente sont répartis comme suit: *a)* 50 % aux services gouvernementaux dont les responsables ou employés ont mené l'enquête et ont permis, grâce à leurs travaux, d'arrêter la personne dont les biens ont été confisqués; *b)* 25 % au bureau du procureur général qui a engagé la procédure ayant abouti à la confiscation; et *c)* 25 % à un fonds spécial pour les biens confisqués.

Types de biens sujets au gel, à la saisie et à la confiscation

Les États parties doivent s'assurer que leur notion de "produit du crime" est conforme à la définition énoncée à l'alinéa e de l'article 2 de la Convention et englobe tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la commettant. En outre, ils doivent faire en sorte que les mesures nationales relatives au gel, à la saisie et à la confiscation s'appliquent aussi aux situations où la source du produit n'est pas immédiatement apparente, c'est-à-dire au produit du crime qui a été transformé ou converti en d'autres biens (art. 31, par. 4), ou a été mêlé à des biens acquis légitimement (art. 31, par. 5), ainsi qu'aux revenus ou autres avantages tirés de ce produit du crime (produit secondaire), de la même manière et dans la même mesure que le produit du crime (art. 31, par. 6).

En effet, la plupart des États ont pris des mesures à cet effet, du moins en ce qui concerne la confiscation, en adoptant des définitions légales appropriées du "produit", ou par le biais d'une jurisprudence qui applique des interprétations étendues, ou en recourant à l'approche sur la base de la valeur, en fonction des avantages de chaque cas. Ainsi, par exemple, lorsque le produit du crime a été mêlé à des biens acquis légitimement, les autorités chargées des enquêtes et des poursuites dans un système fondé sur la confiscation de la valeur sont généralement en position de confisquer la valeur estimée de la fraction illicite des avoirs mêlés ou de vendre aux enchères la fraction représentant le produit du crime, et de restituer les biens légitimes à leur propriétaire de droit. De même, les revenus et autres avantages provenant de l'investissement du produit du crime peuvent être confisqués.

Exemple d'application

Un État partie applique la définition suivante du "produit":

1. Un bien est le produit d'une infraction s'il est: *a)* entièrement tiré ou réalisé, directement ou indirectement, de la commission de l'infraction; ou *b)* en partie tiré ou réalisé, directement ou indirectement, de la commission de l'infraction; que ce bien soit localisé dans le pays ou à l'étranger;
2. Un bien devient le produit d'une infraction s'il est: *a)* entièrement ou en partie tiré ou réalisé du fait de la cession ou autre du produit de l'infraction; ou *b)* entièrement ou en partie acquis en utilisant le produit de l'infraction.

Des lacunes ont été trouvées dans la législation d'un nombre significatif de pays, en particulier ceux appartenant au Groupe des États d'Afrique ou au Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, en ce qui concerne au moins un des types de biens ci-dessus, en particulier dans les pays qui n'appliquent pas la confiscation sur la base de la valeur. De nombreuses recommandations ont été formulées invitant à définir clairement le concept de biens en tant que sujet des procédures de confiscation et à veiller en priorité à ce que le produit de toutes les infractions de corruption (et non, comme dans certains cas, du seul blanchiment d'argent) transformé en d'autres biens, le produit mêlé à d'autres biens ou les revenus ou autres avantages tirés de ce produit (c'est-à-dire le produit secondaire) puissent faire l'objet des mesures couvertes au paragraphe 1 de l'article 31.

De même, un manque de clarté a été observé dans nombre de cas en ce qui concerne la saisie ou le gel des biens transformés, convertis et, surtout, mêlés à d'autres biens, ainsi que des

revenus et des profits qui en découlent, pour lesquels des règles claires et complètes sont nécessaires. Outre le fait que certains États ont fourni des informations inadéquates aux fins de l'examen, dans quelques cas, il a été jugé nécessaire de recommander d'établir que la saisie des biens transformés, convertis ou mêlés est possible, mais aussi, à titre exceptionnel, d'indiquer précisément les mesures prises en vue d'éviter le gel ou la saisie de la fraction des biens légitimes.

Présentation des documents bancaires, financiers ou commerciaux

Le paragraphe 7 de l'article 31 énonce des prescriptions en matière de droit procédural en vue de faciliter l'application des autres dispositions de cet article et de l'article 55 (Coopération internationale aux fins de confiscation). Il impose aux États parties de faire en sorte que les documents bancaires, financiers (par exemple, ceux d'autres institutions offrant des services financiers) ou commerciaux (par exemple, les documents relatifs à des transactions immobilières ou les documents établis par des sociétés de navigation, des transitaires et des assureurs) puissent être produits par décision contraignante ou obtenus par perquisition et saisie ou par d'autres moyens analogues garantissant que les services de détection et de répression puissent en disposer. Il établit en outre le principe selon lequel un État partie ne peut invoquer le secret bancaire pour refuser de donner effet aux dispositions de ce paragraphe⁶⁶.

En effet, presque tous les États parties ont mis en place des procédures habilitant leurs tribunaux ou autres autorités compétentes à ordonner la production ou la saisie de documents bancaires, financiers ou commerciaux. Les tribunaux, les services judiciaires, les autorités chargées des poursuites, voire d'autres personnes spécifiées, peuvent ordonner la production ou la saisie de documents (tels que des fichiers contenant des informations relatives aux transactions financières, des relevés bancaires ou des données informatisées) dans le cadre de procédures pénales concernant des infractions de corruption ou à titre de mesure administrative au stade de l'enquête, à l'encontre d'individus ou de personnes morales. Certains États ont même mis en place des procédures simplifiées permettant d'ordonner à un établissement de crédit de communiquer des informations ou des documents, par exemple en rendant possible la communication par voie électronique de l'ordonnance adressée à l'établissement de crédit concerné. Le secret bancaire ne peut être invoqué et la fourniture d'informations n'entraîne aucune responsabilité pénale, civile ou administrative pour les établissements et les individus qui sont normalement liés par cette obligation. Au contraire, toute personne qui ne se plierait pas à la décision du juge peut être personnellement accusée d'une infraction pénale (par exemple, refus d'obtempérer ou de prêter assistance). En outre, les services de renseignement financier nationaux jouissent d'une grande autorité pour accéder aux comptes financiers et aux documents bancaires dans le cadre des enquêtes pour blanchiment d'argent, et le secret bancaire ou d'autres régimes de secret protégés par la loi ne pouvaient être invoqués pour refuser de communiquer des informations.

Exemples d'application

En vertu du droit d'un État, à la requête d'un commandant des forces de police, la police a le droit d'obtenir toute information nécessaire à la prévention et à l'enquête concernant une infraction indépendamment du secret commercial, bancaire ou en matière d'assurances qui lie les membres, les auditeurs, les dirigeants, les administrateurs ou les employés d'une organisation. En particulier, la levée du secret bancaire n'exige aucune autorisation du tribunal.

⁶⁶ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 421.

Exemples d'application (suite)

De même, dans un autre pays, il a été expliqué qu'aucune décision judiciaire n'est nécessaire pour obtenir la production de documents bancaires, financiers ou commerciaux; ces documents peuvent être demandés par le procureur ou par l'autorité chargée de l'enquête. En pratique, ces requêtes reçoivent une réponse dans un délai de 8 à 30 jours. En cas de refus, une amende peut être infligée à l'institution à qui la demande a été adressée.

Vu ce qui précède, les degrés d'application ont en général été jugés satisfaisants et il n'a été que sporadiquement recommandé aux États parties d'envisager un assouplissement des normes et des procédures de forme en la matière, surtout, comme expliqué au chapitre III, section B, sous-section 1 ci-dessous, vu les éventuels délais nécessaires pour obtenir des décisions des tribunaux permettant de lever le secret bancaire. En outre, dans une douzaine de cas, des doutes ont été exprimés concernant les dispositions applicables et la question de savoir si la législation citée couvre toutes les infractions de corruption (et pas seulement le blanchiment d'argent) ou a été appliquée en pratique. Dans deux États où la collecte des données bancaires aux fins des enquêtes nationales n'est possible en principe que lorsque l'infraction visée par l'enquête est passible d'une peine d'emprisonnement maximale d'au moins quatre ans, les autorités nationales ont été encouragées soit à adopter une législation tendant à alourdir les sanctions maximales pour corruption, soit à préciser que le secret bancaire ne s'applique pas aux enquêtes relatives à toute infraction de corruption, afin d'assurer le respect intégral de la disposition en question. Enfin, pour garantir l'efficacité des enquêtes financières et autres, il a été recommandé de simplifier et de rationaliser les procédures relatives à l'accès des services d'enquête aux documents administratifs, financiers et commerciaux; de réduire concrètement les délais (par exemple, pour obtenir un mandat délivré par un tribunal); et de faire obligation aux institutions financières de conserver les données et archives pendant une durée appropriée au déroulement des enquêtes. Dans la pratique, certains États parties, généralement dotés d'un système juridique de *common law*, prévoient la possibilité de recourir à la voie administrative, par exemple de demander la production de documents bancaires ou financiers au moyen d'une lettre du chef de l'autorité chargée de l'enquête, mesure qui contribue, selon les examinateurs, à simplifier et à accélérer considérablement les procédures applicables.

Renversement de la charge de la preuve

Plus d'un tiers des États examinés ne prévoient pas de renverser la charge de la preuve pour ce qui est d'établir l'origine licite du produit présumé du crime ou d'autres biens confiscables (alors que plusieurs États parties interprètent la disposition correspondante de la Convention dans ce sens), du moins pour les infractions de corruption. Les États parties qui rejettent cette mesure (optionnelle) la considèrent généralement soit comme une violation du principe de la présomption d'innocence, établi au niveau constitutionnel dans nombre de pays, soit comme incompatible avec la vision restrictive adoptée par le système de justice pénale à l'égard de tout renversement de la charge de la preuve dans les affaires pénales. En dépit du fait que cette mesure ne concerne pas nécessairement le stade avant que la culpabilité de l'auteur de l'infraction soit prouvée conformément à la loi, mais peut être appliquée au stade ultérieur de la détermination des sanctions applicables, ces arguments ont été généralement acceptés, vu le grand pouvoir discrétionnaire dont jouissent les États parties pour appliquer ou non la disposition en question. Toutefois, il a été recommandé dans un cas, ainsi qu'à un certain nombre de pays dans lesquels aucune justification de ce type n'a été avancée, d'envisager d'adopter les modifications législatives nécessaires. Aucune question d'application n'a été soulevée dans un État partie où la Constitution elle-même non seulement interdit la confiscation de biens acquis licitement mais aussi consacre la présomption d'acquisition licite de toute richesse.

Par ailleurs, il existe des exemples d'États où les régimes pénaux régissant la confiscation appliquent des présomptions légales en matière de preuve s'agissant de l'origine des avoirs appartenant à l'accusé et se fondent sur des normes en matière de preuve plus faibles comparées au degré de preuve requis pour la condamnation de l'auteur de l'infraction, y compris les pays mentionnés ci-dessus où des pouvoirs de confiscation étendus s'appliquent et où l'auteur de l'infraction est appelé à lever les doutes quant à la provenance de ses avoirs. On notera toutefois que, dans plusieurs cas, cela ne concerne que les avoirs appartenant à une personne impliquée dans des activités en lien avec la criminalité organisée ou le blanchiment d'argent ou à l'origine d'un enrichissement illicite (en association avec la présomption réfutable de culpabilité établie conformément à l'article 20) ou à une personne reconnue coupable d'avoir commis une infraction pénale très grave générant normalement un produit considérable. L'abaissement des exigences en matière de preuve a généralement été considéré comme un succès dans les pays concernés.

Succès et bonnes pratiques

En vertu de la loi relative au recouvrement du produit dans un État partie, la norme en matière de preuve requise permettant de statuer sur toute question soulevée dans cette loi, quant à savoir si une personne a tiré avantage d'une infraction ou sur quel montant à recouvrer doit porter la décision de confiscation, doit être celle applicable dans le cadre des procédures civiles.

En outre, la présomption en matière de preuve mentionnée ci-dessus est également une pratique standardisée dans les procédures de confiscation civiles avec ou sans condamnation, comme indiqué ci-dessus ainsi qu'au chapitre I, section B, sous-section 4 ci-dessus. Dans l'un de ces cas, l'accusé doit présenter une déclaration écrite prouvant la nature licite du bien; s'il ne le fait pas ou si la déclaration est incomplète, le bien est présumé provenir d'une activité criminelle. De même, dans un autre État, une personne dont les biens ont été gelés ou confisqués peut demander que ces derniers ne le soient pas et doit démontrer qu'ils ont été acquis licitement.

Droits des tiers de bonne foi

Peu de questions ont été soulevées concernant le paragraphe 9 de l'article 31 et peu d'observations, voire aucune, ont été formulées par les examinateurs. Dans le contexte de l'examen en profondeur, la question des droits des tiers de bonne foi semble avoir été l'une des dispositions de la Convention les plus difficiles à examiner, car les experts externes ont cherché à établir si un ensemble de lois porte ou non atteinte aux droits des tiers. Fait édifiant, dans deux cas, les examinateurs ont observé que les informations fournies par les autorités (concernant les dispositions nationales en matière de confiscation) ne dénotaient aucune disposition positive à l'égard du principe de protection des droits des tiers de bonne foi, et au final devaient employer un raisonnement *a contrario* pour conclure que ces derniers ne pouvaient (ou seulement à titre exceptionnel) faire l'objet de mesures telles que la confiscation, la saisie ou le gel des avoirs. Seuls 12 cas ont soulevé de réelles préoccupations quant à savoir si les droits des tiers de bonne foi sont adéquatement protégés dans la pratique dans tous les cas concernant des infractions liées à la corruption (et non pas seulement pour ce qui aurait trait, par exemple, aux infractions de blanchiment d'argent). Les États parties devraient s'assurer en particulier que les délais prévus pour contester ou faire valoir des droits en tant que tierce partie dans le cadre des procédures de confiscation ne sont pas excessivement restrictifs et ne portent pas atteinte à l'exercice de ces droits.

S'agissant des mesures nationales positives indiquant le respect de la disposition en question, il existe des cas où la législation nationale comprend une déclaration générale prévoyant que toute décision de confiscation doit tenir compte des droits des tiers de bonne foi ou ne devrait pas y porter atteinte. En outre, un aperçu comparatif des informations disponibles sur le sujet souligne les exemples d'application suivants, adoptés à divers degrés par les États parties: *a)* prévoir dans la législation pertinente que lorsqu'un instrument du crime ou un autre bien appartient à un tiers, il ne peut être confisqué que s'il a été transmis au tiers après la commission de l'infraction, et si le tiers savait ou avait des raisons justifiables de penser que l'objet ou le bien était lié à une infraction, ou si le tiers l'a reçu en cadeau ou gratuitement par un autre moyen; *b)* notifier aux tiers intéressés les procédures susceptibles d'affecter leurs droits de propriété ou publier largement ces procédures; *c)* autoriser les tiers à demander que leurs biens légitimes ne soient ni gelés ni confisqués, à faire appel d'une décision de gel ou de confiscation et à former un recours civil contestant la décision de confiscation; *d)* si le bien légitime a été confisqué, autoriser les parties concernées à demander une compensation égale à la valeur du bien acquis licitement; *e)* tenir compte des éventuelles actions intentées par les victimes ou les parties civiles pour déterminer l'étendue des mesures de confiscation et la manière dont on dispose des avoirs confisqués; et *f)* dans le cas où un accusé ou un suspect décède avant la fin de l'enquête ou du procès, donner au tribunal la possibilité de poursuivre les procédures civiles afin de garantir la restitution des avoirs aux tiers de bonne foi.

Exemple d'application

Dans un État, une ordonnance visant à empêcher la cession ou la dissimulation des biens provenant de certaines infractions prévoit qu'un tiers de bonne foi ne peut être assigné, poursuivi ou passible d'autres procédures pour quoi que soit qu'il aurait fait ou aurait eu l'intention de faire de bonne foi. Les autorités nationales ont été invitées à envisager l'inclusion d'une disposition dans la législation nationale qui définirait le concept de "bonne volonté" des tiers dans le cadre des procédures de confiscation.

Efficacité

Relativement peu d'États ont fourni des informations, des exemples de cas et des données statistiques concernant l'application et la valeur opérationnelle de leur législation. Dans au moins un pays, les examinateurs ont constaté que l'application des dispositions pertinentes n'était pas suffisamment documentée et que le volume des biens confisqués semblait faible par rapport au nombre de condamnations. C'est pourquoi, dans quatre cas, il a été recommandé de créer une base de données centralisée fiable sur les avoirs confisqués ou au moins de faire en sorte que les statistiques relatives à la confiscation soient rendues publiques et mises à jour régulièrement. D'ailleurs, la mise en place, dans un État, d'un tel système national de bases de données pour les biens saisis a été soulignée comme une bonne pratique.

Il convient toutefois de souligner qu'il est souvent difficile d'obtenir une vision précise des sommes totales confisquées en lien avec les affaires de corruption, car les poursuites peuvent être engagées pour des infractions différentes, plus graves ou plus aisées à prouver. Cela signifie que l'intégralité du produit confisqué dans les affaires de corruption n'apparaît pas dans les statistiques. En dépit de cela, certains succès notables ont été observés, notamment lorsque les dispositions nationales ont facilité la confiscation des avoirs dans les cas concernant des infractions de corruption à l'étranger et le rapatriement de ces avoirs dans les pays où l'acte de corruption a été perpétré. L'exemple le plus remarquable à ce sujet est le

système qu'un État a mis en place pour permettre la saisie des fonds détournés par des personnes politiquement exposées et qui a conduit à la confiscation et à la restitution de très grosses sommes au cours des 15 dernières années, ce qui a été identifié à la fois comme un succès et comme une bonne pratique dans l'application des dispositions de l'article 31, mais aussi dans le domaine de l'entraide judiciaire aux fins du recouvrement des avoirs.

Difficultés

S'agissant de l'application de l'article 31, les difficultés les plus fréquemment rencontrées concernaient: *a)* la confiscation du produit du crime provenant de toutes les infractions établies conformément à la Convention, y compris la confiscation sur la base de la valeur; *b)* la définition du produit du crime, des biens et des instruments visés par les dispositions de l'article 31, en particulier pour ce qui est de la couverture du produit du crime transformé, converti ou mêlé à d'autres biens, ainsi que des revenus ou autres avantages qui en découlent; *c)* l'absence de mesures ou l'inadéquation des mesures existantes pour faciliter la confiscation, en particulier pour permettre l'identification, la localisation et le gel des biens, notamment dans certains cas le manque de moyens humains et techniques et les conditions de forme excessivement lourdes pour le gel des comptes financiers; *d)* l'administration des biens gelés, saisis ou confisqués; et *e)* dans un nombre important d'États parties, l'adoption de mesures non contraignantes prévoyant que l'auteur d'une infraction devrait établir l'origine licite du produit présumé du crime. Dans certains cas, une révision complète s'impose afin de renforcer et de rendre plus cohérents les mesures, les cadres et les capacités existants pour procéder à la confiscation, au gel et à la saisie d'avoirs. Enfin, il faut améliorer la connaissance des possibilités existantes en matière de localisation, de saisie et de confiscation et résoudre le problème de la réticence de certaines autorités judiciaires à utiliser pleinement les instruments permettant la confiscation. Par exemple, dans un État partie, les tribunaux nationaux, peut-être motivés par des considérations ayant trait aux droits de l'homme – notamment par le risque de violation des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales et des protocoles s'y rapportant – tendent à réduire la portée de la confiscation, considérant qu'il s'agit d'une mesure extrêmement restrictive. Une application raisonnablement prudente des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption n'aurait pas de telles incidences.

C. Protection des témoins, des experts et des victimes (article 32)

Les examens ont révélé d'importantes différences entre les États parties en ce qui concerne la protection des témoins, des experts et des victimes contre des actes éventuels de représailles ou d'intimidation. Le bilan de l'analyse comparative des législations nationales peut être considéré comme positif, bien qu'il ait été constaté que, dans plusieurs États, aucune mesure n'avait été prise pour l'application effective de l'article 32. De même, un certain nombre d'États parties ont fait part des efforts limités et fragmentés entrepris pour structurer un système complet de protection des témoins, en mentionnant notamment des dispositions relativement classiques incriminant l'entrave au bon fonctionnement de la justice (comme prévu à l'article 25), des mesures pratiques informelles prises par la police ou des dispositions sur la non-divulgence de l'identité de témoins ou d'individus communiquant des informations ou de l'endroit où ils se trouvent ainsi que d'éléments susceptibles de mener à leur divulgation. La plupart de ces États parties ne disposent pas de procédures plus étoffées pour assurer la protection physique des témoins, des experts et de leur famille, et pour leur fournir une nouvelle identité ou un nouveau domicile. Dans certains cas aussi, les lois existantes prévoyant certaines formes de protection juridique et physique ne sont pas encore appliquées, ne sont

pas applicables aux infractions liées à la corruption ou ne sont appliquées que dans des circonstances très restreintes (par exemple, par des tribunaux spécialisés ayant une compétence territoriale limitée).

L'absence de programme complet de protection ou de réinstallation des témoins n'a pas amené (et ne devrait pas amener) automatiquement les experts gouvernementaux à considérer que les États susmentionnés contreviennent aux dispositions de la Convention. En outre, la mise en place d'un tel programme ne semble pas être une priorité pour les autorités nationales des pays qui n'en disposent pas encore. Les prescriptions du paragraphe 1 de l'article 32 sont impératives mais s'appliquent seulement dans la limite des moyens de l'État partie concerné, s'il y a lieu et lorsque cela est nécessaire et réalisable. De ce fait, comme il est indiqué dans le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, "l'obligation d'assurer une protection efficace aux témoins est limitée à des cas spécifiques ou à des conditions déterminées où, de l'avis de l'État partie appliquant la Convention, de telles mesures sont appropriées. Par exemple, les agents pourraient se voir accorder un pouvoir d'appréciation pour évaluer la menace ou les risques dans chaque cas et pour accorder une protection en conséquence" (par. 438). De même, l'obligation d'assurer une protection ne s'applique que dans la mesure où l'État partie concerné dispose des ressources et des capacités techniques nécessaires à cette fin. Compte tenu des principes évoqués ci-dessus et du large pouvoir discrétionnaire accordé aux États parties dans la mise en œuvre de l'article 32, les examinateurs sont invités à adapter leurs constatations aux conditions particulières observées dans chaque pays et de demander aux autorités nationales si une assistance technique est nécessaire.

Partant, dans le cas d'un État ne disposant pas d'un programme complet de protection des témoins, les examinateurs ont tenu compte du fait qu'il serait très difficile, par exemple, de parvenir à réinstaller une personne dans une autre partie du territoire de ce pays relativement petit et homogène, doté d'un degré de transparence élevé et de techniques de pointe, et du fait que, d'un point de vue pratique, il n'y avait nul besoin urgent d'un programme de réinstallation au moment de l'examen. Les experts sont donc parvenus à la conclusion que la loi de l'État en question devrait être considérée comme conforme aux prescriptions de la Convention, et se sont contentés d'engager vivement les autorités à renforcer les mesures de protection de l'identité des témoins afin d'apaiser la crainte que leur nom puisse être retrouvé. De même, concernant un petit État insulaire très peu peuplé, les examinateurs ont souligné le manque de ressources et fait part de leur inquiétude quant à la capacité de cet État de garantir l'anonymat des témoins, et ils se sont contentés de lui recommander d'envisager une participation à un programme régional de protection de la justice, ce qui contribuerait à faciliter la coopération régionale et internationale dans ce domaine. Enfin, s'agissant d'un troisième pays, les examinateurs ont pris en compte sa petite taille et ont simplement recommandé de mettre en œuvre des dispositifs de protection spéciaux pour les témoins en collaboration avec les pays voisins.

En revanche, il n'a pas été possible de tirer de telles conclusions en ce qui concerne la majorité des pays qui ne disposent pas de programmes complets de protection des témoins, en particulier les pays appartenant au Groupe des États d'Afrique et au Groupe des États d'Asie et du Pacifique⁶⁷. Les autorités nationales ont indiqué à plusieurs reprises que l'absence de tels systèmes constituait une lacune importante du mécanisme de lutte contre la corruption: les témoins ne disposent pas des garanties nécessaires concernant leur sûreté et leur sécurité pour

⁶⁷ Voir également le rapport établi par le Secrétariat sur l'application, à l'échelle régionale, des chapitres III (Incrimination, détection et répression) et IV (Coopération internationale) de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CAC/COSP/IRG/2016/5), par. 4 à 27.

leur permettre de déposer en justice et, dans les cas où ils comparaissent, hésitent à dire la vérité, en particulier lorsqu'ils ont le sentiment que les accusés jouissent d'une influence politique, financière ou autre. Dans la pratique, cela a empêché l'engagement de poursuites dans certaines affaires, les témoins n'étant pas prêts à déposer. Le public se montre également réticent à signaler les actes éventuels de représailles ou d'intimidation. En conséquence, il a été recommandé, notamment, d'adopter une législation et des mécanismes complets de protection des experts, des témoins, des victimes et des membres de leur famille lorsqu'il n'en existait pas, ainsi que d'accorder une attention suffisante à ces mesures sur le terrain en les faisant mieux connaître, par exemple, des services de police et autres services de détection et de répression chargés de les mettre en œuvre.

L'impression négative que crée cette situation est contrebalancée par le fait qu'un nombre considérable de pays ont mis en place des programmes adéquats, parfois vastes et novateurs de protection des témoins, sur la base de solides corpus de normes juridiques. Dans plusieurs cas, la manière dont ces questions ont été réglementées a été mise en avant comme étant une bonne pratique favorisant la réalisation des objectifs de la Convention. Dans un État partie, le droit des victimes et des témoins de bénéficier d'une protection appropriée dans le cadre d'une procédure pénale est même reconnu par la Constitution. En outre, dans certains cas, la législation pertinente a été élaborée avec l'aide des experts de l'ONU DC et la contribution de pays partenaires ou est le fruit des efforts déployés pour se conformer aux prescriptions d'instruments régionaux, par exemple la résolution du Conseil de l'Union européenne du 23 novembre 1995 relative à la protection des témoins dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée internationale, la recommandation n° R (97) 13 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur l'intimidation à l'encontre de témoins et les droits de la défense et la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil de l'Union européenne relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales. Il convient de remarquer qu'un État au moins, à la suite d'une évaluation des lacunes de sa législation nationale en ce qui concerne le respect de la Convention, a adopté une loi sur la protection des témoins, des experts et des personnes qui signalent des actes de corruption.

Outre les dispositions générales (par exemple, celles qui figurent dans les codes pénaux ou les codes de procédure pénale nationaux) prévoyant la protection des témoins considérés comme étant en danger réel du fait de l'assistance qu'ils ont fournie à la police ou à d'autres services de détection et de répression dans le cadre de poursuites pénales importantes, de nombreux États ont instauré des programmes nationaux de protection des témoins, des lois sur la protection des témoins et des lois et ordonnances similaires qui définissent les types de protection accordée, les bénéficiaires de cette protection, la portée et la durée de la protection ainsi que les obligations des organismes et autorités compétents. En principe, cette protection est accordée aux témoins comme aux experts qui déposent au sujet des infractions établies conformément à la Convention – hormis quelques exceptions notables – indépendamment de la nationalité du témoin. Toujours, en principe – et une fois encore hormis certaines exceptions – la protection en question peut être étendue, si nécessaire, à leurs parents ou à d'autres personnes qui leur sont particulièrement proches, conformément au paragraphe 1 de l'article 32. De même, les mécanismes nationaux destinés à protéger les personnes qui fournissent des preuves dans le cadre de procédures judiciaires ne font habituellement pas de distinction entre les victimes qui témoignent et les tiers ou experts qui déposent dans un procès, conformément à l'esprit du paragraphe 4 de l'article 32. Enfin, il apparaît que les dispositions nationales applicables s'étendent dans la plupart des cas à la protection de personnes qui participent ou ont participé aux infractions établies conformément à la Convention, et qui coopèrent ensuite avec les services de détection et de répression ou leur prêtent leur concours, conformément au paragraphe 4 de l'article 37. Les dispositions qui ne semblent pas offrir de protection aux victimes ou aux personnes qui coopèrent et, dans quelques cas, celles qui s'appliquent

uniquement aux témoins et aux experts qui sont eux-mêmes victimes ou qui ont participé à l'infraction sont considérées comme trop restrictives pour garantir l'efficacité du programme de protection des témoins. D'une manière générale, les États parties pourront envisager d'interpréter les termes "témoin" et "expert" d'une manière large en appliquant si nécessaire les mesures de protection existantes à toute personne apportant des éléments de preuve ou des compétences techniques, ou apparemment disposée à coopérer dès les premières étapes de la procédure d'enquête, indépendamment de son statut juridique officiel, même lorsqu'il n'est pas certain qu'en fin de compte, la personne en question témoignera effectivement lors du procès ou de l'audience devant le tribunal⁶⁸.

S'agissant des États parties dont les efforts sur le plan législatif sont plus limités, il conviendrait d'évaluer le contenu exact des programmes nationaux de protection des témoins sur la base des besoins effectifs du système de justice pénale de chaque pays et des limites imposées par les structures, ressources et capacités existantes. Des mesures relativement peu coûteuses ou applicables à court terme peuvent être suffisantes et préférables à d'autres solutions, et les pays souhaiteront peut-être différencier les types et niveaux de protection accordée en fonction de la gravité de l'infraction, de la contribution du témoin ou de la victime concernés et d'autres facteurs contextuels⁶⁹. À titre d'exemple, dans un État, la loi sur la protection des témoins ne s'applique qu'aux infractions passibles d'une peine maximale de dix ans d'emprisonnement ou plus, ce qui exclut toute une série d'infractions établies conformément à la Convention. Les autorités nationales ont expliqué que cette situation correspondait à la répartition des ressources au sein du système national de justice pénale et ont indiqué qu'elles envisageraient peut-être de modifier ce seuil à l'occasion de la réforme de la loi – une explication apparemment jugée satisfaisante au vu de la grande variété d'options mentionnées ci-dessus dont disposent les États parties. Par ailleurs, dans d'autres États parties, le système juridique prévoit la protection des témoins, des experts et des victimes, mais les infractions de corruption ne sont pas automatiquement visées ou ne le sont que si elles sont qualifiées d'infractions de criminalité organisée ou si la peine maximale applicable est envisagée (comme cela a été évoqué plus haut). Dans ces cas précis, il a été recommandé que cette protection soit étendue directement et expressément aux témoins et aux victimes de toutes les infractions de corruption, compte tenu des ressources actuelles et futures.

Les mesures ci-après indiquent la manière dont les États parties ont développé leurs programmes de protection des témoins, conformément au paragraphe 2 de l'article 32⁷⁰.

Protection physique

Premièrement, les États parties dont la loi est jugée conforme à la Convention emploient des méthodes d'intervention conçues pour assurer la protection physique des témoins vulnérables, de leur famille et d'autres personnes qui leur sont proches. En général, cette tâche est essentiellement menée à bien par des services de police ordinaires même si, dans certains cas, des organes spécialisés ont été établis au niveau national ou régional. L'éventail des mesures utilisées, qui sont souvent coûteuses et subordonnées au consentement des personnes protégées, est large et peut inclure:

⁶⁸ *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 32, sous-sect. II.1.

⁶⁹ Voir *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 439; et *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 32, sous-sect. II.2.

⁷⁰ Pour plus d'informations sur le contenu et l'organisation des programmes de protection des témoins, voir ONUDC, *Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée* (Vienne, 2008), chap. IV.

a) Des mesures pour la protection immédiate de la sécurité et du bien-être physiques de témoins susceptibles de faire l'objet d'actes d'intimidation ou de harcèlement pour avoir fourni un témoignage. Ces mesures consistent par exemple à assurer une protection rapprochée de la personne concernée, de son domicile et de ses biens; à équiper son lieu de résidence de dispositifs de sécurité et sécurité incendie tels que des systèmes d'alarme; à changer son numéro de téléphone et le numéro d'immatriculation de son véhicule; à mettre en place des installations et des procédures pour appeler la police en cas d'urgence telles que des lignes d'appel d'urgence; à assurer la sécurité de ses déplacements; à mettre à sa disposition des moyens spéciaux de défense personnelle, et l'avertir de l'existence d'un danger; à organiser le transfert temporaire de l'intéressé en lieu sûr; et (s'il se trouve en détention provisoire ou qu'il s'agit d'un détenu condamné) à le transférer dans un autre établissement pénitentiaire, ou en cellule individuelle ou d'isolement;

b) Des mesures visant à protéger l'identité des personnes concernées et à leur fournir un nouveau domicile, ainsi qu'il est suggéré à l'alinéa 2 a de l'article 32. Elles comprennent les mesures de protection minimale que constituent la non-divulgence de l'identité, des renseignements personnels et de l'emplacement des personnes protégées, la modification de leurs papiers d'identité, de leurs données personnelles et de leur apparence physique; la recherche d'un nouvel emploi, le changement du lieu de travail ou d'études et la réinstallation définitive dans un nouveau lieu de résidence; et l'interdiction aux services d'information (tels que les autorités locales d'enregistrement de la population, les services d'annuaire et les services des passeports) de divulguer des renseignements sur le lieu de résidence des personnes protégées ou d'autres informations les concernant. Comme cela a déjà été indiqué, on estime que la réinstallation, en particulier, présente d'importantes difficultés sur le plan pratique et devrait prendre en compte les particularités du territoire et de la population de l'État concerné;

c) Des mesures permettant la réinsertion en toute sécurité dans la communauté des témoins et de leur famille participant au programme de protection; des mesures annexes d'assistance sociale, médicale, psychologique, juridique ou financière, comme le versement de l'intégralité du salaire pendant la période où l'intéressé agit en qualité de témoin et la gratuité des soins médicaux, de l'hospitalisation et des médicaments en cas de blessure ou de maladie survenues lors de cette période; l'accès à l'information et à l'aide nécessaires pour résoudre les questions d'organisation; le remboursement de l'intégralité des coûts de transfert et de réinstallation définitifs, ainsi qu'une réparation pour tout préjudice subi suite à une déposition ou à une comparution en tant que témoin; et même, en cas de décès ou d'invalidité permanente d'un témoin suite à sa participation à un programme de protection des témoins, le paiement des frais d'inhumation et la prise en charge des frais d'éducation pour ses enfants mineurs ou à charge;

d) Des méthodes de protection indirecte ciblant la menace elle-même et consistant à réglementer la conduite des accusés susceptibles de présenter un danger pour le témoin. Ces mesures, parmi lesquelles figurent les dispositions qui entravent le bon fonctionnement de la justice (comme il est prévu à l'alinéa a de l'article 25), s'avèrent parfois au moins aussi efficaces que la protection physique directe.

Exemples d'application

Dans un État partie, la police et les organismes de détection et de répression ont accès à un éventail très large de mesures de protection des témoins et des experts, conformément aux dispositions d'une loi spéciale en la matière, notamment des programmes

Exemples d'application (suite)

complets de protection des témoins prévoyant le changement permanent de domicile, le changement d'identité, des mesures relatives à la sécurité des personnes et des domiciles, et un niveau élevé de confidentialité. Les mesures de protection sont transposées par écrit et adoptées en pleine concertation avec les témoins, qui bénéficient du soutien d'un service spécialisé de protection des témoins. Les accords écrits de ce type (par exemple, les mémorandums d'accord ou les protocoles entre l'État et le témoin sous protection) sont généralement considérés comme un moyen d'améliorer la coopération, car ils aident à préciser la relation entre les parties et à garantir la portée des mesures de protection à appliquer.

Un État partie (parmi beaucoup d'autres) accorde une protection supplémentaire aux témoins en déterminant les conditions de libération sous caution qui seront imposées à l'accusé. Lorsqu'il accorde une mise en liberté sous caution à un accusé, le tribunal peut tenir compte de la probabilité que celui-ci harcèle une personne ou menace sa sécurité ou son bien-être, altère les éléments de preuve, intimide un témoin ou entrave le bon fonctionnement de la justice.

Dans un autre État (là encore parmi nombre d'autres), la loi prévoit comme mesure de contrainte procédurale une interdiction d'approcher la victime. Cette mesure est appliquée à l'encontre de l'accusé par le tribunal de première instance compétent, sur proposition du procureur et avec l'accord de la victime ou sur demande de la victime. Le tribunal se prononce immédiatement sur la proposition ou la demande en audience publique, après avoir entendu le procureur, l'accusé et la victime. La décision du tribunal est définitive. L'interdiction est levée après le prononcé du jugement effectif ou la clôture de la procédure pour d'autres motifs. La victime peut à tout moment demander au tribunal de lever l'interdiction.

Règles de preuve

Outre la protection physique, les programmes complets de protection des témoins comportent des règles de preuve permettant de garantir la sécurité des témoins et des victimes.

Ces mesures incluent celles qui visent spécifiquement à dissimuler l'identité des témoins protégés pendant la phase préalable au procès et durant le procès telles que l'audition du témoin sous pseudonyme; la domiciliation du témoin à l'adresse du tribunal aux fins de convocation et de citation à comparaître; le témoignage derrière un écran; le recours à des techniques de déguisement et de brouillage de voix; et l'interdiction de publier les éléments de preuve.

Exemples d'application

Dans un État partie, le témoignage des personnes protégées pendant l'interrogatoire est reproduit dans un dossier, établi en deux exemplaires. Seul le code d'identification du témoin figure au dossier, à la place des renseignements concernant son identité. Le témoin ne signe que l'exemplaire original du dossier, qui est ensuite transmis au juge dans une enveloppe scellée. L'autre exemplaire est joint au dossier de l'affaire et communiqué à l'accusé et à l'avocat chargé de sa défense. L'accusé et son avocat peuvent

adresser par écrit des questions au témoin. L'interrogatoire se déroule avec modification de la voix du témoin (et de son image si la vidéoconférence est utilisée). Avant le début de l'interrogatoire, un juge du tribunal de première instance présent à l'endroit où se trouve le témoin vérifie que la personne interrogée est bien celle à qui le code d'identification a été attribué.

Dans un autre État partie, le juge chargé de l'enquête préliminaire peut, compte tenu de la gravité d'une infraction pénale ou des circonstances exceptionnelles qui l'entourent, à la demande du bureau du procureur, déclarer un témoin anonyme pour garantir sa sécurité. Sur la base de sa décision, un nom fictif est attribué au témoin et sera utilisé dans les actes de procédure. Les renseignements concernant le véritable nom, le code d'identification personnel ou, en l'absence de ce dernier, la date de naissance, la nationalité, la formation, le lieu de résidence, le lieu de travail ou d'étude du témoin déclaré anonyme sont placés dans une enveloppe portant le numéro de référence de l'affaire et la signature de la personne qui conduit la procédure. L'enveloppe est scellée et conservée séparément du dossier pénal. Les renseignements contenus dans l'enveloppe ne peuvent être examinés que par la personne conduisant la procédure, qui scellera et signera l'enveloppe à nouveau lorsqu'elle les aura examinés. Lors d'une procédure judiciaire, l'audition du témoin anonyme se déroule par téléphone, un matériel de brouillage de voix étant utilisé au besoin. Il est également possible d'adresser des questions au témoin par écrit.

Un troisième État partie offre non seulement la possibilité d'un anonymat complet (lorsque, dans le cadre d'une infraction grave, il existe une menace imminente pour la vie, la santé, la liberté ou les biens d'une personne importante, témoin ou victime, des membres de sa famille ou de proches parents), mais aussi d'un anonymat partiel. Ainsi, il sera possible de ne classer comme étant confidentielle que la partie des informations concernant le témoin ou la victime, qui sera nécessaire pour protéger ses droits et intérêts, comme la date de naissance, le numéro d'identification personnel, l'adresse de résidence, la profession, le lieu de travail ou d'étude ou les relations personnelles.

Il existe d'autres mesures permettant d'assurer la protection des témoins vulnérables pendant leur témoignage, mesures qui consistent par exemple à informer le tribunal des moyens spéciaux à mettre en œuvre pour protéger le témoin ou la victime; à prévoir des installations d'attente réservées aux victimes et aux témoins; à mener les débats ou à tenir les séances du tribunal à huis clos pour éviter le contact direct avec les personnes susceptibles de constituer une menace pour le témoin; à interroger les personnes protégées sans que l'accusé soit présent; à utiliser des témoignages préenregistrés; à mettre en place des procédures permettant aux témoins de déposer par liaison vidéo, télévision en circuit fermé ou d'autres techniques de communication, comme il est suggéré à l'alinéa 2 b de l'article 32; et à fournir une aide pratique et un soutien psychologique pendant l'audience.

Exemples d'application

La législation d'un État partie autorise un juge, à tout moment avant ou pendant une audience concernant une demande ou une procédure engagée devant un tribunal, sous certaines conditions, à prendre les mesures suivantes: *a*) ordonner l'exclusion de certains ou de l'ensemble des membres du public pendant toute la durée ou une partie de l'audience; ou *b*) ordonner qu'il ne soit publié aucun compte rendu sur l'intégralité ou une partie spécifique de la demande ou de la procédure ou en relation avec cette demande

Exemples d'application (suite)

ou procédure; ou *c*) donner les instructions et directives qu'il jugera nécessaires pour faire en sorte que nul n'ait accès (avant, pendant et après l'audience) sans l'accord du tribunal, à une déclaration sous serment, une pièce à conviction, un renseignement ou un autre document utilisé dans le cadre de la demande ou de la procédure et qui figure dans les pièces du dossier dont le tribunal est saisi ou dans les archives du tribunal.

Un autre État partie a créé un fonds consacré à la protection et au soutien des victimes et des témoins, destiné notamment à l'achat de dispositifs variés pour la protection pendant l'audience, tels des paravents empêchant le contact visuel entre la victime et l'accusé et du matériel de télévision en circuit fermé, permettant à la victime et/ou au témoin de témoigner depuis une pièce adjacente à la salle d'audience.

Les règles de preuve en matière de protection des témoins peuvent être en conflit avec les principes fondamentaux d'un procès équitable dans les États parties, principes qui concernent la protection des droits des accusés et sont consacrés dans le droit pénal procédural, la constitution, voire le texte des traités internationaux qui prévalent sur les dispositions nationales contraires. Ces principes sont aussi pris en compte à l'article 32, qui prévoit que les mesures mises en œuvre devraient être "sans préjudice des droits du défendeur, y compris du droit à une procédure régulière". La non-divulgence de l'identité du témoin ou l'utilisation de méthodes permettant un interrogatoire à huis clos ou à distance peuvent aller à l'encontre, par exemple, du droit de l'accusé d'être informé des accusations portées contre lui et des éléments de preuve à charge, du principe d'égalité des armes, du droit à une audience publique, de l'oralité de la procédure pénale principale, des principes consistant à évaluer personnellement et directement les éléments de preuve et du droit de l'accusé d'assister à son propre procès et d'interroger les témoins à charge⁷¹.

Il conviendrait de prendre en compte ce type d'intérêts conflictuels et d'envisager la possibilité que l'absence de certaines mesures permettant de garantir la sécurité des témoins, des experts et des victimes s'explique par l'impossibilité de concilier ces mesures avec les droits établis de la défense. À titre d'exemple, dans un État, les autorités ont expliqué que la Constitution prévoyait le droit pour l'accusé d'être confronté aux témoins à charge, ce qui excluait l'utilisation du témoignage par transmission vidéo lors du procès. À titre exceptionnel seulement, il a été permis à certains enfants de témoigner par télévision en circuit fermé et, dans de rares cas, certains témoins ou victimes ont également été autorisés à témoigner partiellement dissimulés derrière des lunettes ou sous une perruque ou derrière un écran, à l'abri des regards du public, mais non des jurés. Les examinateurs ont admis cette explication et n'ont pas modifié leur avis selon lequel l'État partie à l'examen avait pris les mesures appropriées pour satisfaire aux prescriptions de la Convention.

Exemple d'application

Dans un pays, en cas de danger immédiat pour la sûreté ou la sécurité de témoins dans une affaire de corruption, le tribunal peut, de sa propre initiative ou à la demande du procureur, autoriser la comparution de ces personnes sans que leur nom soit divulgué.

⁷¹Voir *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 445.

La loi prévoit toutefois qu'aucune peine ne peut être prononcée en se fondant uniquement sur des témoignages anonymes et elle envisage plusieurs situations dans lesquelles l'identité protégée peut être révélée, y compris lorsque cela peut s'avérer nécessaire pour protéger les droits du défendeur. Dans ces cas, la personne protégée est informée de cette décision de révéler son identité et peut faire appel de celle-ci devant une cour d'appel.

Accords de réinstallation

La plupart des États parties n'ont pas conclu d'accords ni d'arrangements avec d'autres États en vue de la réinstallation de personnes, ou bien n'ont pas fourni d'informations pertinentes à ce sujet, et il a donc été recommandé (dans certains cas) d'envisager, à tout le moins, une telle action. Certains experts étaient convaincus que ces accords ou arrangements étaient possibles, ou que rien dans la législation des États parties ne les interdirait dans les circonstances appropriées. Ils ont donc considéré que les États parties en question respectaient l'esprit de la Convention. Il convient toutefois de noter que le paragraphe 3 de l'article 32 crée l'obligation positive d'envisager la conclusion d'accords ou arrangements concrets de réinstallation et non, simplement, l'élimination des obstacles théoriques à la mise en place de ces accords.

Il a en effet été signalé que plusieurs services nationaux de protection des témoins concluaient avec des autorités étrangères des arrangements officiels ou informels ou des mémorandums d'accord, sur la base desquels un nouveau domicile pouvait être fourni aux personnes protégées. Un État a indiqué qu'il avait signé des accords de réinstallation avec 20 pays différents, et un autre a expliqué qu'il concluait un arrangement distinct pour chaque affaire, mais il ne lui a pas été possible de fournir d'exemple concret en la matière pour des raisons de sécurité. D'autres États parties ont indiqué qu'ils étaient parties à des accords multilatéraux sur la protection des témoins qui fournissaient un cadre plus général pour la réinstallation des personnes protégées sur le territoire d'un État partie situé dans la même zone géographique ou présentant des caractéristiques linguistiques ou culturelles similaires, comme l'Accord sur la protection des participants aux procédures pénales entre les États membres de la Communauté d'États indépendants, l'Accord sur la protection des témoins signé par les États membres du Forum de Salzbourg, la Convention de coopération policière pour l'Europe du Sud-Est, l'Accord des Balkans sur la protection des témoins et la Convention d'Amérique centrale sur la protection des victimes, témoins, experts et autres personnes intervenant dans des enquêtes et poursuites pénales, en particulier dans le cadre de la lutte contre le trafic de drogues et la criminalité organisée (non encore en vigueur).

Participation des victimes

En ce qui concerne l'obligation incombant aux États parties de tenir compte du point de vue des victimes de la corruption, certains pays n'ont pas communiqué suffisamment d'informations, ou n'ont pas précisé la nature exacte de la participation possible de la victime aux différentes étapes de la procédure pénale, se limitant à mentionner le droit à la protection dont bénéficie celle-ci. D'autres États parties, en particulier ceux qui appartiennent au Groupe des États d'Afrique et au Groupe des États d'Asie et du Pacifique, ne prévoient apparemment aucune disposition facilitant la présentation et la prise en compte des vues et préoccupations des victimes ou ne semblent leur ménager, si par exemple elles sont appelées à témoigner, que la possibilité élémentaire de faire entendre leur vues et préoccupations quant à la manière dont l'affaire les a affectées sur le plan personnel ou professionnel. Les autorités se sont parfois contentées de déclarer qu'aucune disposition de leur droit interne ne les empêchait de le faire

et qu'il appartenait au président du tribunal de décider d'entendre ou non ces points de vue et préoccupations. Ces pratiques peu satisfaisantes ont donné lieu à des recommandations invitant instamment les autorités nationales à clarifier le rôle des victimes dans le procès et à leur donner de meilleures possibilités de faire connaître leur position devant le tribunal. Les autorités d'un État partie ont fait valoir que dans les affaires de corruption, la loi ne contenait aucune disposition autorisant les victimes à témoigner parce qu'il était généralement impossible d'identifier les victimes de ces affaires. Toutefois, cet argument ne s'applique pas à toutes les infractions établies conformément à la Convention, et ne libère pas les États parties de l'obligation de permettre aux victimes identifiables de faire connaître leur position.

S'agissant des États parties qui offrent cette possibilité, un groupe (le plus important), constitué de pays de droit romano-germanique, permet aux victimes d'infractions de corruption non seulement d'intenter elles-mêmes des actions civiles devant les tribunaux civils ou de témoigner lorsqu'elles sont citées comme témoins, mais aussi de présenter leurs vues en tant que partie civile ou en tant que demandresses dans le cadre du procès pénal, en bénéficiant de droits divers tout au long de la procédure pénale. Par le passé, même dans ces États, les autorités se souciaient davantage de punir les auteurs des infractions. Ces dernières années, toutefois, les pouvoirs publics semblent avoir réorienté leur politique vers l'amélioration de la situation des victimes tout en cherchant à punir les délinquants. Les droits susmentionnés incluent le droit de contester le refus d'engager une procédure pénale ou l'abandon des poursuites; d'être informé de la nature de l'accusation; de se faire assister par un avocat et un interprète; de prendre connaissance du dossier, d'examiner les documents qui y figurent et d'en faire des copies; de consentir à l'application des ordonnances temporaires de protection ou de demander l'application d'une ordonnance de protection; de communiquer des éléments de preuve pour qu'ils soient versés au dossier de l'affaire et soient examinés au tribunal; de déposer des requêtes ou des plaintes et de citer des témoins; d'examiner les rapports relatifs aux actes de procédure et de faire des déclarations, qui seront consignées, sur les conditions, le déroulement, les résultats et les minutes des actes de procédure; de participer en tant que partie à part entière aux audiences; de consentir ou non à l'application des procédures de règlement; de formuler un avis au sujet des accusations, voire de la sanction, ainsi que du préjudice indiqué dans l'acte d'accusation et l'action civile; et de faire appel de la décision. Dans un État partie, il a été recommandé de faire en sorte que le statut de victime dans les procédures pénales soit accordé aux personnes physiques comme aux personnes morales, tandis que dans d'autres États, il a été recommandé de faire en sorte que les droits en question soient également étendus aux victimes n'ayant pas le statut de témoin.

Exemples d'application

Dans un État partie, la victime a la possibilité d'intenter une action civile à tous les stades de la procédure. Elle devient alors partie à la procédure ou au procès et jouit des droits attachés à ce statut. Ainsi, en tant que partie à l'enquête, la partie civile a droit, tout comme l'accusé, à une copie gratuite des procès-verbaux constatant l'infraction, des déclarations écrites des témoins et des rapports d'expertise. Elle peut aussi obtenir une copie, à ses frais, de toute autre pièce de la procédure, formuler des demandes ou requêtes en nullité, citer des témoins à comparaître, plaider sa cause et faire valoir son droit à réparation. En outre, une modification récente du Code de procédure pénale a donné lieu à la désignation d'un juge spécial qui est chargé d'intervenir au nom des victimes d'infractions pénales et qui, à leur demande, peut garantir la prise en compte de leurs droits dans les phases d'application et d'exécution des décisions issues d'une

procédure (par exemple, obtention d'une indemnisation ou application d'une interdiction de contact).

Dans un autre État, lorsqu'elles en font la demande, les victimes peuvent bénéficier d'une assistance psychosociale et d'une aide juridique pendant la procédure judiciaire, dès lors que cela est nécessaire pour protéger leurs droits procéduraux, la plus grande attention étant accordée à leur bien-être personnel. L'assistance psychosociale comprend la préparation de la personne concernée à la procédure et à la charge émotionnelle qu'elle suscite, ainsi que son accompagnement aux audiences pendant la procédure d'enquête et le procès lui-même. Dans ce contexte, certains États parties ont mentionné leurs obligations découlant de la directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.

Dans un deuxième groupe d'États parties, les victimes peuvent participer largement à la procédure pénale et présenter leurs vues et préoccupations de manière adéquate (par exemple, en contribuant à la procédure d'enquête, en témoignant, à l'audience au fond ou à l'audience consacrée au prononcé de la peine, au sujet des préjudices subis, en obtenant des informations sur l'état d'avancement ou l'issue d'une affaire ou en contestant les décisions favorables à l'accusé), même s'il apparaît qu'elles ne bénéficient pas de la plénitude des droits attachés au statut de partie civile décrits plus haut.

Enfin, dans un troisième groupe d'États parties dotés d'un système de *common law*, les victimes ont la possibilité de comparaître et de présenter leurs vues après condamnation de l'accusé, afin d'exclure toute divulgation préalable d'informations préjudiciables aux droits de la défense. Les vues sont présentées au moyen de déclarations orales ou écrites (souvent appelées déclarations de la victime sur les répercussions de l'infraction) qui apportent au tribunal des détails sur le préjudice subi par les victimes du fait de l'infraction et qui sont communiquées au moment du prononcé de la peine (et parfois lors de procédures concernant une libération, une entente sur le plaidoyer ou une libération conditionnelle). La présentation, la structure et le contenu de la déclaration de la victime varient en fonction des régimes législatifs en vigueur. Dans certains États, l'accusé ou son avocat peuvent convoquer la victime à un contre-interrogatoire au sujet de sa déclaration. Il existe aussi des dispositifs de soutien aux victimes qui leur permettent de bénéficier de services de conseils pendant leur présence au tribunal et qui prévoient notamment de les aider à préparer et à présenter leur déclaration. Les examinateurs ont été convaincus d'une manière générale que la disposition examinée était mise en œuvre de manière adéquate dans ces mesures permettant aux victimes de participer à la procédure après la condamnation, même dans un cas (quelque peu problématique) où les autorités avaient expliqué que la victime ne bénéficiait pas du droit proprement dit d'être entendue par un tribunal et que la décision de l'appeler à faire une déclaration au moment du prononcé de la peine incombait au procureur.

Efficacité

Même si quelques données statistiques ont été fournies sur les opérations de protection des témoins, ainsi que des indications éparses selon lesquelles, même dans les pays dotés d'une réglementation stricte, le fait que des individus ne témoignent pas parce qu'ils craignent pour leur sécurité continue de constituer un problème important, les informations sur le niveau de réalisation des objectifs des programmes de protection des témoins dans les États parties sont

rare dans l'ensemble. C'est pourquoi il n'est pas possible de formuler une conclusion globale sur l'efficacité des cadres réglementaires existants dans les affaires liées à la corruption. Il peut être d'autant plus difficile de jauger une situation que, dans certains pays, les lois sur la protection des témoins ne sont pas appliquées en raison d'un manque de ressources et de l'existence de priorités concurrentes ou, selon certaines informations, ne sont que rarement appliquées dans les affaires de corruption parce que le phénomène de la corruption n'est pas – selon les propos recueillis par les experts – manifestement lié à la criminalité organisée ou au trafic de drogues dans ces pays. Une mesure forte pour remédier à ce problème consisterait à envisager d'élaborer et d'utiliser des outils d'information statistique pour surveiller l'application des politiques de protection des témoins.

Difficultés

La principale difficulté que pose l'application de l'article 32 est de remédier aux lacunes des cadres normatifs et, dans certains États parties, à l'absence totale de mesures ou de programmes globaux de protection des témoins, des experts et des victimes, ainsi que de leurs parents ou associés. Cette situation s'explique par les coûts substantiels que ces programmes génèrent, une connaissance limitée des mesures et des pratiques les plus récentes concernant la protection des témoins et des experts, les spécificités des systèmes juridiques nationaux (et parfois la petite taille du pays ou son isolement géographique), une mauvaise coordination entre organismes et des capacités limitées (par exemple, en termes de ressources humaines et d'infrastructures institutionnelles et technologiques). Une autre difficulté tient au fait que des mesures existantes ne sont pas appliquées dans la pratique en raison du caractère nouveau des lois et des méthodes de protection des témoins, du manque d'instructions et de règlements concernant leur application, et du manque d'expérience dans la gestion des programmes pertinents. Il a été souligné que la plupart des États parties n'avaient pas conclu d'accords de réinstallation avec d'autres États parties, parfois à cause du caractère prétendument très complexe d'une telle opération. Enfin, de nombreux États parties n'ont pas mis en place de dispositions visant à permettre la présentation et la prise en compte des avis et des préoccupations des victimes.

D. Protection des personnes qui communiquent des informations (article 33)

Comme pour la protection des témoins, des experts et des victimes, d'importantes différences ont été constatées entre les États parties en ce qui concerne l'application de l'article 33 – qui ne constitue pas une disposition obligatoire – et l'incorporation dans les systèmes juridiques internes de mesures appropriées pour la protection des personnes qui communiquent des informations, c'est-à-dire les personnes qui signalent, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la Convention (appelés ici "lanceurs d'alerte"). Plus des deux tiers des États parties n'ont pris aucune mesure globale pour assurer la protection des lanceurs d'alerte, ou n'ont appliqué que partiellement la disposition à l'examen, même si une législation était en préparation dans bon nombre de pays. En conséquence, de nombreuses recommandations ont été formulées, préconisant soit de faire de l'adoption d'une telle législation – qui couvrirait toutes les infractions établies conformément à la Convention – un objectif, voire une priorité, soit de prendre des mesures supplémentaires en vue de protéger les lanceurs d'alerte, conformément à l'esprit de la Convention.

Il convient de noter qu'une telle recommandation a été jugée nécessaire, même dans le cas de certains pays du Groupe des États d'Europe orientale où les dispositions figurant dans les différentes lois prévoyaient une protection suffisante des personnes communiquant des informations, au motif que ces pays n'avaient pas mis en place une législation spéciale pour la

protection des lanceurs d'alerte. Il apparaît donc que parfois – étant donné qu'aucune prescription de ce type ne découle de la Convention et que les examens n'ont pas tous abouti à la même conclusion – l'existence de mesures ponctuelles et fragmentaires peut aboutir à leur application inégale et incohérente et nuire à l'efficacité de la protection octroyée. Lorsque cela est le cas, on pourrait envisager d'introduire la notion de "protection des lanceurs d'alerte" dans le but de renforcer la protection existante et de diminuer le nombre de cas où des demandes de ce type sont injustement rejetées par les tribunaux.

Le manque de mesures adéquates est particulièrement manifeste dans les pays dont le droit impose aux agents publics ou aux autres citoyens le devoir de signaler les soupçons de corruption, mais ne prévoit aucune mesure de protection correspondante contre les traitements injustifiés. Dans certains pays ne disposant pas de cadre spécifique pour la protection des lanceurs d'alerte, les autorités ont fait référence aux dispositions internes relatives à la protection des témoins et des experts. Néanmoins, il est important de souligner que ces dispositions ne sont pas suffisantes. Si la sécurité physique est souvent un sujet de préoccupation majeur pour les personnes qui communiquent des informations et que l'application à leur profit des mesures de protection des témoins favorise assurément le signalement des infractions de corruption, l'article 33 suppose des mesures de nature et de portée différentes et s'applique non seulement aux témoins mais également aux personnes qui n'interviennent pas dans la procédure pénale à titre officiel et peuvent ne pas avoir à y participer directement, par exemple dans les affaires qui ne vont pas au-delà de la phase d'enquête. En outre, certaines personnes peuvent, aux premiers stades d'une affaire, posséder des informations qui ne sont pas suffisamment détaillées pour constituer des éléments de preuve au sens juridique du terme, mais peuvent tout de même constituer un indice sérieux d'irrégularité et alerter les autorités de la nécessité d'ouvrir une enquête⁷². C'est pourquoi la disposition en question vise avant tout l'application de mesures de protection dans le contexte professionnel, tant dans le secteur public que dans le secteur privé.

Contrairement au groupe d'États parties mentionnés précédemment, un certain nombre de pays, en particulier les pays de *common law*, ont instauré une législation spéciale en matière de divulgation d'informations d'intérêt général et de protection des lanceurs d'alerte, qui a parfois été jugée détaillée et qualifiée de bonne pratique. Au moins l'un de ces États parties a reçu à cet effet une aide d'une institution internationale, en l'occurrence la Banque asiatique de développement. Il a parfois été fait état de l'application d'instruments internationaux contraignants qui prévoyaient la protection des employés tels que la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe (art. 9). S'agissant de la forme que prend la protection accordée aux personnes qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, signalent des activités liées à la corruption – outre l'extension à ce groupe de personnes, au besoin, de la protection physique accordée aux témoins –, il a été estimé que les trois ensembles de mesures décrits ci-après étaient importants.

Certains types de protection, que des examinateurs ont qualifiés de bonnes pratiques, sont de nature essentiellement procédurale et concernent la possibilité d'accepter des renseignements provenant de signalements anonymes (communiqués, par exemple, par le biais d'une boîte aux lettres spéciale installée à cette fin dans une institution publique, ou via Internet, un courrier électronique ou des lignes téléphoniques directes) et d'enquêter sur ces renseignements et, fait plus important, s'agissant de signalements qui ne sont pas anonymes, de protéger vis-à-vis des tiers l'identité des personnes qui communiquent des informations (dès lors que celles-ci ne consentent pas à ce que leur identité soit divulguée) ainsi que d'assurer la

⁷² *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 33, sect. I. Voir aussi ONUDC, *Guide de ressources sur les bonnes pratiques en matière de protection des personnes qui communiquent des informations* (Vienne, 2015), qui contient des exemples et des informations supplémentaires en lien avec l'application de l'article 33.

confidentialité des renseignements, dossiers et documents remis ou indiqués au moment du signalement. En particulier, la protection de l'identité de la personne qui communique des informations devrait être garantie à tout le moins au début de l'enquête et jusqu'au moment où la justice ne peut plus être rendue pleinement sans que soit divulguée son identité, par exemple lorsqu'elle est citée à comparaître en qualité de témoin.

Un deuxième ensemble de mesures concerne la protection contre l'action en justice, c'est-à-dire l'interdiction expresse des actions civiles, des poursuites (en particulier pour diffamation, faux témoignage et dénonciation calomnieuse) et de toute autre procédure judiciaire liée à des divulgations faites de bonne foi, même si les faits exposés par le lanceur d'alerte n'étaient pas suffisants pour permettre la décision d'engager des poursuites ou de prononcer une condamnation. Certains États parties accordent ce privilège en particulier aux personnes qui signalent des transactions suspectes indiquant que des infractions de blanchiment d'argent ont été commises. Il faudrait toutefois garder à l'esprit que dans de nombreux systèmes pénaux, il peut être difficile de concilier ces mesures avec les droits des personnes à l'encontre desquelles ces allégations sont formulées⁷³ ou de déterminer le moment où cette immunité a priori cesse d'être opposable ou perd son caractère absolu. En tout état de cause, le succès d'une action engagée au civil ou au pénal contre la personne qui communique des informations serait probablement subordonné à la preuve du caractère malveillant des actes en cause, ce qui constitue en soi une forme de garantie de protection et peut être vu comme diminuant la valeur ajoutée des mesures considérées.

Un troisième (et à en juger par le poids qui lui est attribué dans les examens, le plus important) ensemble de mesures pour la protection des personnes qui dénoncent des abus ou des actes de corruption concernent les conditions de travail de ces personnes et qui figurent souvent, pour cette raison, dans les législations du travail ou les codes de la fonction publique des États parties. Sans perdre de vue le caractère facultatif des dispositions de l'article 33, la protection des lanceurs d'alerte devrait inclure des mesures en vue de prévenir les traitements discriminatoires ou sanctions disciplinaires visant les personnes qui communiquent des informations, y compris les traitements et sanctions qui font suite à une violation alléguée des règles de la discrétion ou du secret professionnels. À moins d'avoir la garantie juridique d'être protégé contre les représailles sur son lieu de travail, un employé ne fera peut-être jamais la démarche de communiquer des renseignements à son employeur ou aux organismes de réglementation. Dans ce contexte, certains examens indiquent que les dispositions et principes généraux du droit du travail qui protègent contre les licenciements abusifs et établissent le droit de porter l'affaire devant les tribunaux risquent de ne pas suffire à la protection des employés qui signalent des pratiques de corruption. Il est nécessaire de définir clairement les droits des personnes qui communiquent des informations ainsi que des mesures spéciales pour renforcer leur protection, notamment l'interdiction explicite de toute décision discriminatoire de transfert, mutation, rétrogradation, diminution de salaire, suspension du contrat de travail, renvoi, retraite imposée, ou tout autre préjudice professionnel découlant du fait que des personnes ont signalé un abus; le droit d'être transféré sur demande, sans refus possible, si les divulgations entraînent des poursuites; et, finalement, le déplacement de la charge de la preuve vers l'employeur dans le cadre de procédures connexes relevant du droit du travail. D'autres mesures peuvent être prises pour renforcer l'obligation qui incombe aux autorités compétentes de protéger la personne qui communique des informations lorsqu'elle est concrètement victime d'actes de harcèlement, de persécution, d'intimidation ou d'agression de la part de ses collègues. Elles pourraient prévoir le versement à l'avance d'une compensation financière couvrant une partie des coûts des procédures judiciaires engagées par les lanceurs

⁷³Dans le *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 33, sous-sect. II.1 et II.5, il est souligné que les droits et la réputation des cibles des allégations doivent être protégés, et que la loi doit contenir des mesures minimums pour rétablir une réputation ternie.

d'alerte qui contestent une décision prononçant leur licenciement ou portant atteinte d'une autre manière à leurs droits; voire des sanctions pénales ou autres lorsqu'un agent impose une punition arbitraire ou injustifiée à un lanceur d'alerte qui aurait signalé des actes de corruption. Enfin, comme l'ont fait certains États parties, il peut être utile de mettre en place un organisme spécial auprès duquel les personnes peuvent elles-mêmes introduire des actions ou plaintes pour traitement préjudiciable, ou de déléguer ces compétences à l'autorité nationale de lutte contre la corruption, ainsi que d'étudier les moyens d'accélérer l'accès aux mécanismes de protection existants et de supprimer les lourdeurs administratives.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, une nouvelle loi contre la corruption prévoit un renversement de la charge de la preuve afin de protéger les victimes de mesures de représailles: auparavant, une personne du secteur public ou privé qui communiquait des informations et estimait être victime de représailles pouvait porter plainte, ce qui constituait le début d'un très long processus. La nouvelle loi simplifie ce système en transférant la charge de la preuve à l'employeur après que la personne ayant communiqué les informations a prouvé que son action avait contribué aux représailles alléguées. Des régimes semblables sont appliqués dans un nombre croissant d'États parties, et il existe notamment des cas où toute demande de sanction disciplinaire contre un agent public ayant communiqué des informations est présumée abusive, jusqu'à preuve du contraire, lorsqu'elle a lieu dans l'année suivant les divulgations.

De même, dans un autre État partie, le Code du travail dispose qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. En cas de litige (...), dès lors que le salarié (...) établit des faits qui permettent de présumer qu'il a relaté ou témoigné de faits de corruption, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers aux déclarations ou au témoignage du salarié.

Enfin, la législation d'un troisième État partie prévoit des mesures détaillées de protection des lanceurs d'alerte, interdisant notamment à un employeur d'infliger un "préjudice professionnel" à un employé qui a fait une divulgation protégée. L'étendue du champ d'application de la loi et la définition élargie de l'expression "préjudice professionnel" (qui inclut toute action disciplinaire, le renvoi, la suspension, la rétrogradation, le harcèlement ou l'intimidation, le transfert forcé, le refus d'un transfert ou d'une promotion, ou la menace de l'une quelconque de ces actions) ont été mises en avant en tant que bonnes pratiques par les experts gouvernementaux. Il convient également de mentionner que diverses administrations et entreprises ont mis en place des mesures spécifiques pour encourager le signalement d'abus et que la société civile appuie de manière active cette pratique et la création de mécanismes de protection. Une ligne téléphonique anticorruption nationale a été installée et les statistiques en matière de signalements, recueillies de manière centralisée, sont publiées.

Il convient de noter également que dans certains États parties, des mécanismes législatifs spécifiques de ce type visent à protéger les lanceurs d'alerte dans les secteurs aussi bien public que privé, mais que dans plusieurs cas, seuls les agents publics, et non les personnes privées, bénéficient d'une protection; à cet égard, il a été recommandé d'envisager d'étendre les règles accordant une protection contre les traitements injustifiés (licenciement abusif, par exemple) afin d'inciter les personnes autres que des agents publics à signaler les infractions établies conformément à la Convention. Une attention particulière devrait être accordée à la protection des journalistes pour autant qu'ils communiquent des informations de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables⁷⁴.

Un dernier point à aborder concerne les éventuelles restrictions en matière de communication d'informations qui, comme indiqué dans l'examen d'un État partie, sont susceptibles d'avoir une incidence importante sur la marge de protection et les moyens de divulgation à la disposition des lanceurs d'alerte potentiels. Dans le secteur public, il existe habituellement un éventail de lois qui prévoient la confidentialité de certains types d'informations, en particulier dans le domaine du renseignement et des affaires étrangères. De même, les lanceurs d'alerte dans le secteur privé peuvent conclure un accord de non-divulgation et de confidentialité avec l'employeur concerné. Ces lois et accords introduisent des restrictions s'agissant de la personne que le lanceur d'alerte est autorisé à informer et peuvent subordonner la protection de ce dernier au respect de ces restrictions. Par exemple, dans l'État partie susmentionné, alors que rien n'empêche directement un lanceur d'alerte dans le secteur privé de révéler un acte de corruption aux médias ou à une autorité, un employeur pourra ultérieurement attaquer en justice la personne qui aura pris cette liberté. En outre, l'existence d'infractions pénales pour les violations des secrets d'affaires et du secret d'État pourrait constituer un nouvel obstacle dissuasif au signalement par des employés d'infractions de corruption.

Au vu de ce qui précède, les États parties ne devraient ménager aucun effort pour parvenir à un équilibre entre la prise en compte des obligations de loyauté et de confidentialité des fonctionnaires et des employés du secteur privé envers l'État et leur employeur, respectivement, et l'obligation d'assurer la protection contre tout traitement injustifié des personnes qui communiquent des informations. Il ne faudrait pas que la violation de la confidentialité puisse devenir un obstacle à la protection, dès lors que les informations sont communiquées de bonne foi. Il serait possible, à cette fin, de mettre en place des organes de contrôle spéciaux ou des conseillers sur les questions de confidentialité, qui seraient chargés de recueillir les signalements d'abus susceptibles de causer un préjudice grave à l'organisation concernée, ou de prévoir différentes sphères de divulgation assorties des niveaux de protection correspondants – la première, au sein de l'organisation pour laquelle travaille l'intéressé et la suivante, dans des organismes et institutions externes, lorsque les démarches faites au premier niveau n'ont pas donné le résultat approprié ou sont peu susceptibles de le faire⁷⁵.

Exemples d'application

Cette solution est illustrée dans l'exemple d'un État partie qui a mis en place un système constitué de trois sphères de divulgation. Le plus sûr pour le lanceur d'alerte est de faire part à son propre employeur de ses préoccupations en matière de corruption. Une

⁷⁴Ibid., sous-sect. II.3.

⁷⁵Ibid., sous-sect. II.4.

divulgaration interne sera protégée si le lanceur d'alerte agit de bonne foi et observe la procédure prévue par l'employeur en cas de telles divulgations. Les divulgations à des organismes de réglementation spécifiés (à savoir le bureau du protecteur du citoyen et le vérificateur général des comptes) sont aussi protégées, sans qu'il soit nécessaire d'avoir auparavant fait part des préoccupations à l'employeur, lorsque la divulgation est faite de bonne foi et que l'employé estime raisonnablement que l'organisme de réglementation a l'habitude de traiter ce type de problème. Les divulgations à plus grande échelle (par exemple, à la police, à des membres du parlement et aux médias) peuvent être protégées, dès lors qu'elles sont raisonnables, faites de bonne foi et, surtout, que l'intéressé avait une raison valable de sortir des deux premières sphères.

De même, dans un autre État partie, la jurisprudence admet une exception à l'obligation de confidentialité lorsque la divulgation répond à un intérêt supérieur; dans ce cas, l'employé doit d'abord signaler les faits à l'employeur, puis aux autorités et, en dernier recours seulement, aux médias. La divulgation directe auprès des autorités est également admissible lorsqu'elle est justifiée. En pareils cas, toute procédure de licenciement pour manquement à l'obligation de confidentialité est donc considérée comme injustifiée et donne lieu à une demande de dédommagement. Le pays en question a dit également qu'il comptait prendre des mesures en vue de renforcer le mécanisme de protection en vigueur contre les traitements injustes et il a été encouragé à le faire.

Difficultés

Les difficultés signalées en ce qui concerne l'application de l'article 33 sont sensiblement les mêmes que pour la protection des témoins. En outre, il a été souligné qu'il était nécessaire de mettre en œuvre des programmes auxiliaires destinés à sensibiliser les citoyens à l'importance de la divulgation des actes de corruption, aux mécanismes de communication des informations et aux moyens de protection dont disposent les lanceurs d'alerte, ce qui faciliterait l'application pratique des lois de protection de ces derniers. D'autres mesures connexes ont été suggérées, parmi lesquelles l'octroi d'incitations financières aux lanceurs d'alerte, la création de politiques institutionnalisées de protection des lanceurs d'alerte au sein des entreprises et la mise en place d'organismes indépendants spécifiquement chargés d'appliquer les politiques internes de divulgation d'informations dans l'intérêt du public et de protection des lanceurs d'alerte.

E. Conséquences d'actes de corruption (article 34)

L'article 34 crée l'obligation générale pour les États parties de prendre des mesures pour s'attaquer aux conséquences de la corruption et vise spécifiquement à empêcher que des personnes (aussi bien physiques que morales) bénéficient de contrats, de concessions ou d'avantages similaires au moyen d'actes de corruption. Même si un certain nombre d'États parties tendent à évoquer les sanctions et les pénalités imposées aux personnes physiques et morales condamnées pour des infractions de corruption (allant de peines d'emprisonnement, de sanctions pécuniaires et de déchéances au retrait des licences professionnelles et des licences d'entreprises et à l'inscription sur liste noire), la disposition en question vise à s'attaquer aux questions qui ne font pas déjà l'objet de règles plus spéciales telles que celles qui figurent à l'article 26, au paragraphe 1 de l'article 30 et à l'article 35, et à faire en sorte, conformément à l'un des principes fondamentaux de la Convention, que la corruption ne paie pas. En d'autres termes, la condamnation des pratiques de corruption doit aller au-delà des sanctions pénales

et doit se refléter dans tous les domaines du droit, qu'il s'agisse du droit privé, du droit de la concurrence, du droit administratif, du droit fiscal, du droit des contrats ou du droit de la responsabilité civile délictuelle⁷⁶.

Si cette disposition accorde aux États parties une marge de manœuvre pour prendre les mesures correctives requises, la plupart des examens sont principalement axés sur les mesures à caractère indicatif qui y figurent, à savoir l'annulation ou la rescision de contrats et le retrait de concessions ou d'autres actes juridiques analogues. Il convient à présent de noter que l'article 34 crée l'obligation positive pour les États parties de prendre des mesures pour s'attaquer aux conséquences de la corruption et de montrer de quelle manière ils y sont parvenus. La simple déclaration, comme celle qu'a faite un État partie, selon laquelle "aucune disposition du droit interne n'empêche de considérer la corruption comme un facteur pertinent dans une procédure judiciaire pour décider l'annulation ou la rescision d'un contrat, le retrait d'une concession ou de tout autre acte juridique analogue ou prendre toute autre mesure corrective", devrait être jugée insuffisante aux fins de l'examen d'un pays.

La corruption est un facteur pris en compte dans l'annulation ou la rescision de contrats ou le retrait de concessions ou d'actes juridiques analogues dans une grande majorité de pays, bien que, semble-t-il, environ un cinquième des pays, en particulier au sein du Groupe des États d'Asie et du Pacifique et du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, ne prévoient pas cette possibilité ou n'aient pas fourni suffisamment d'informations sur ce point. Une méthode habituellement utilisée pour mettre fin à ces différents actes est l'application de principes généraux (*common law* ou code civil) du droit contractuel qui permettent d'annuler ou de rescinder un contrat reposant sur la mauvaise foi ou une fausse déclaration d'au moins un des cocontractants. La partie lésée et les personnes qui ont un intérêt légitime peuvent contester le contrat en question. Il convient de noter qu'un certain nombre de pays sont liés à cet égard par la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, dont l'article 8, paragraphe 2, impose aux parties de prévoir dans leur droit interne que tout contractant dont le consentement a été vicié par un acte de corruption puisse demander au tribunal l'annulation de ce contrat, sans préjudice de son droit de demander des dommages-intérêts.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, les contrats publics prévoient de plus en plus souvent des clauses standard destinées à permettre la rescision des contrats, le retrait des licences et l'adoption d'autres mesures correctives similaires par les pouvoirs publics lorsque des agissements délictueux ou des actes de corruption ont eu lieu. Il a été souligné qu'il pourrait être envisagé d'étendre l'utilisation de dispositions contractuelles de ce genre.

Il convient de mentionner que dans cet État partie, les activités frauduleuses, si leur existence est établie, peuvent constituer un motif suffisant de retrait d'instruments, sans même qu'il soit nécessaire d'engager de procédure judiciaire. Le transfert de propriété peut être cité à titre d'exemple: si la personne responsable du registre de la propriété est convaincue que le transfert résulte d'une activité frauduleuse, elle peut, après avoir entendu les deux parties à la demande, retirer ou annuler le transfert.

Alors que les principes susmentionnés portent normalement la possibilité d'annuler des contrats dont le contenu est licite mais qui ont été obtenus suite à des actes de corruption, bon

⁷⁶Ibid., art. 34, sect. I.

nombre d'examens ont également fait référence à la possibilité de considérer généralement comme *nul ab initio* un contrat dont l'objet est illégal ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Selon les dispositions pertinentes, un contrat établi suite à un acte de corruption sera nul si l'acte de corruption a eu une influence importante sur le contenu du contrat ou si l'objet du contrat est l'acte de corruption lui-même, par exemple lorsque l'accord fixe des honoraires spécifiques pour les services d'un intermédiaire qui a proposé d'exercer une influence illégale auprès d'un agent public. À cet égard, certains pays ont à nouveau fait allusion à l'application de la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, dont le paragraphe 1 de l'article 8 dispose que les parties prévoient dans leur droit interne que tout contrat ou toute clause d'un contrat dont l'objet est un acte de corruption sont entachés de nullité. Toutefois, il va sans dire que cette nullité n'est pas à elle seule suffisante pour répondre aux exigences de la Convention contre la corruption, dans la mesure où l'objectif de l'article 34 n'est pas de protéger les intérêts d'une partie elle-même impliquée dans un acte de corruption.

Dans un deuxième groupe de pays (distinct de celui qui s'appuie sur les éléments susmentionnés du droit contractuel fondamental), la question est réglementée (souvent pas de façon exclusive mais complémentaire) par les dispositions spéciales de divers décrets administratifs, lois sur la corruption, lois relatives à la passation des marchés publics ou lois sur les concessions, qui prévoient directement ou emportent implicitement l'invalidation des contrats et des accords de concession conclus au moyen d'actes de corruption. Les États parties ont, dans l'ensemble, été encouragés à incorporer des dispositions plus détaillées dans leur réglementation de façon que la corruption puisse être considérée comme un élément valable dans l'annulation ou la rescision d'un contrat ou le retrait d'une concession, et à définir clairement les critères applicables. Dans certains cas, il a été constaté que les contrats pouvaient être rescindés au titre des lois sur la passation des marchés publics mais qu'il n'existait pas de réglementation en matière de concessions ni d'autres mesures correctives; des recommandations ont donc été formulées aux fins de l'adoption des dispositions correspondantes. Un autre examen a abordé une question importante, à savoir que le retrait des licences et des contrats tend à être évoqué dans la réglementation nationale uniquement dans le contexte des travaux publics, ce qui signifie de toute évidence que les États concernés devraient également envisager d'adopter des mesures pour s'attaquer aux conséquences de la corruption dans le secteur privé.

Exemples d'application

Dans un État partie, outre les clauses contractuelles générales qui prévoient les conséquences des actes de corruption, la loi sur les concessions comme la loi sur les marchés publics garantissent qu'en cas de non-conformité des candidats (due à une condamnation antérieure pour infraction de corruption), aucun contrat de marché public ou de concession ne sera conclu ou, si un tel contrat est conclu, il sera réputé nul et non avenue. Il en va de même pour les violations de la procédure, en particulier dans les cas d'actes de corruption visant à remporter un appel d'offres.

Dans un autre État partie, la législation administrative prévoit la possibilité d'annuler un acte administratif, y compris les contrats et accords. Au moment d'exercer le contrôle juridique préventif auquel sont soumis les actes administratifs, le contrôleur général de l'État vérifie leur conformité avec la loi et les principes de probité, de transparence, d'ouverture, d'égalité, de libre concurrence des soumissionnaires, de strict respect des termes qui régissent le concours ou l'appel d'offres, et avec ceux qui visent à prévenir les actes de corruption. Si un manquement à ces dispositions ou principes est constaté, le contrôleur général s'abstient de traiter ces actes et avise l'organisme public compétent concerné, qui procède alors à leur annulation.

Dans certains États parties, cet aspect semble également être régi par les dispositions du droit pénal (Code pénal ou Code de procédure pénale), qui prévoient la possibilité d'une restitution, d'une remise en l'état antérieur, du rétablissement d'un droit antérieur, de l'annulation de certaines transactions ou d'une réparation des conséquences et dommages civils de la corruption, en général sur la base d'une ordonnance figurant dans la condamnation prononcée à l'issue d'un procès pénal. L'annulation du contrat, de la concession ou de tout autre instrument juridique fait partie de cette réparation.

Enfin, il est aussi fait référence à d'autres sortes de mesures correctives telles que l'inscription sur liste noire, le retrait de subventions et de licences ou d'autorisations administratives, la confiscation des garanties constituées par le contrevenant dans le cadre des procédures d'appel d'offres ou la récupération des cotisations de retraite versées par l'employeur lorsque des employés du secteur public sont condamnés pour infractions de corruption. Cette mesure part de l'idée qu'un employé reconnu coupable d'une infraction de corruption a manqué à ses devoirs contractuels.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, il a été considéré comme une bonne pratique (dans le contexte de l'article 34) que les institutions étatiques lésées par une infraction soient tenues de porter plainte et de se constituer demanderesse afin de protéger les intérêts de l'institution, indépendamment des procédures pénales engagées par le ministère public.

F. Réparation du préjudice (article 35)

L'article 35, qui porte sur la réparation du préjudice, s'avère être l'une des dispositions les moins problématiques de la Convention pour ce qui est de la conformité. Tous les États à l'examen, à l'exception d'un petit nombre, ont pris des mesures pour l'appliquer intégralement ou partiellement. Dans la plupart des États dont les dispositions ont été jugées insuffisantes, la législation nationale donne au tribunal pénal, lorsqu'il examine la sanction à imposer au contrevenant, la possibilité d'ordonner l'indemnisation de la victime ou la restitution pour pertes raisonnables et vérifiées, compte tenu, habituellement, de la nature et de la gravité de l'infraction, du degré et de la nature de tout préjudice corporel ou matériel subi par toute personne suite à sa perpétration, et de tous autres facteurs pouvant être pris en considération pour l'atténuation ou l'aggravation de la peine. Cette "ordonnance de réparation" est une forme de sanction prononcée à la discrétion du tribunal, soit de sa propre initiative, soit suite à une demande du procureur. Elle ne donne cependant pas nécessairement aux personnes ayant subi un préjudice le droit de demander réparation de la part des responsables, comme l'envisage la disposition à l'examen; et les autorités nationales des États en cause n'ont pas non plus indiqué que les dispositions pertinentes autoriseraient une victime à déposer une demande de réparation, comme cela était le cas dans des pays dotés d'une législation analogue. Cette solution devrait donc être jugée insuffisante aux fins de la Convention. En outre, dans l'un des cas à l'examen, la loi nationale anticorruption portant sur la question ne mentionne que la réparation des préjudices subis par le mandant dont le mandataire a été reconnu coupable d'une infraction de corruption et ne contient aucune disposition énonçant les règles et procédures en vertu desquelles le tribunal peut ordonner le dédommagement de la victime.

L'intention de l'article 35 est d'encourager vivement les États parties à fournir à ceux qui ont subi un préjudice quelconque du fait d'actes de corruption un fondement juridique pour demander réparation aux personnes impliquées. En effet, en règle générale, les systèmes juridiques

nationaux prévoient des procédures permettant aux personnes ou entités de demander réparation des préjudices (matériels ou non matériels) ou de toute conséquence préjudiciable subis du fait d'actes de corruption. Une note interprétative de la Convention indique que toutes entités ou personnes ayant subi des préjudices du fait d'actes de corruption devraient avoir le droit de demander réparation. L'expression "entités ou personnes" est réputée englober les États ainsi que les personnes physiques et morales⁷⁷. La plupart des pays semblent suivre cette interprétation. En outre, de nombreux États parties semblent avoir adopté une approche cohérente en matière de compensation financière au bénéfice de l'État pour le préjudice subi et de réparation pour ledit préjudice. Par exemple, dans un cas, le procureur général est tenu par la loi d'engager une procédure civile en cas d'infraction touchant des biens publics.

S'agissant de la question de savoir qui peut être tenu responsable, un recours permettant de réclamer des dommages-intérêts devrait être ouvert même dans les cas où il est allégué qu'une autorité publique s'est rendue complice d'un acte de corruption. L'administration peut être solidairement responsable, avec le coupable, des préjudices résultant d'un acte de corruption commis par un agent public. Les éléments de la responsabilité, tels que le lien de causalité et l'étendue du préjudice infligé au demandeur du fait d'un acte de corruption ("préjudice du fait de"), devront être étayés conformément aux principes qui régissent le lien de causalité et l'étendue de la réparation exigible dans le droit interne de chaque État partie. Dans le contexte de l'intention, et conformément aux dispositions de la Convention, il a été observé que l'absence d'interaction personnelle entre le ou les auteurs d'une infraction et le ou les demandeurs, ou le fait que l'auteur d'une infraction n'ait pas eu connaissance du préjudice spécifique causé aux intérêts spécifiques des demandeurs, ne devraient pas constituer un moyen de défense ou un obstacle juridique contre ceux qui ont subi un préjudice et cherchent à obtenir réparation. En d'autres termes, les moyens de demander réparation devraient être donnés dès lors que les acteurs de la corruption avaient l'intention d'infliger un préjudice à un certain groupe de personnes ou savaient qu'un tel préjudice serait infligé.

Il n'existe en général pas de disposition juridique spéciale permettant de fonder une action sur l'existence de préjudices résultant d'actes de corruption; ces cas sont traités en vertu des principes généraux du droit civil (droit des contrats et droit de la responsabilité civile délictuelle). Il existe cependant des exceptions, comme dans le cas d'un pays qui a introduit la responsabilité particulière des personnes ayant causé du tort à autrui parce qu'elles ont commis ou autorisé un acte de corruption, ou parce qu'elles n'ont pas pris de mesures raisonnables en vue d'empêcher un tel acte. Cette responsabilité porte sur la réparation du préjudice, le manque à gagner et les pertes non pécuniaires, en application des articles 3 et 5 de la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe.

La voie à suivre normalement pour obtenir réparation consiste à introduire une action civile contre l'auteur de l'infraction (et/ou les personnes civilement responsables des actions de ce dernier) devant un tribunal civil. Une condamnation pénale n'est pas une condition préalable nécessaire au lancement d'une telle action par une victime cherchant à obtenir réparation auprès de l'auteur présumé d'une infraction, et la réparation civile n'exclut pas l'application de sanctions pénales. Dans bien des cas, toutefois, les victimes de l'infraction de corruption peuvent demander réparation à la fois par cette voie ordinaire et (comme indiqué plus haut, au chapitre II, section C) en exerçant l'action civile dans le cadre d'une procédure pénale si le préjudice était la conséquence directe, personnelle et immédiate de l'infraction pénale. Ces mécanismes qui permettent aux personnes ou aux entités d'intenter des poursuites civiles en déposant une plainte devant le tribunal pénal chargé de juger l'affaire pénale, que la victime

⁷⁷Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, première partie, chap. III, art. 35, sect. C (p. 313).

soit ou non à l'origine de la procédure, ont été qualifiés de bonnes pratiques, pour autant qu'ils soient opérationnels, efficaces et fondés sur des dispositions procédurales complètes qui assurent aux victimes la restitution de leurs droits et une réparation du dommage qu'elles ont subi du fait d'actes délictueux liés à la corruption. Lorsque, en particulier, c'est l'État qui intente une action en tant que partie lésée, il devrait veiller à ce que l'autorité nationale qui le représente s'efforce d'obtenir réparation dès le début de la procédure.

Succès et bonnes pratiques

La Cour de cassation d'un État partie a expressément reconnu qu'une entreprise était recevable à se constituer partie civile dans une procédure pénale lorsque ses offres avaient été rejetées du fait de la corruption d'un agent public par l'un de ses concurrents. De la même façon, elle a reconnu qu'un tiers extérieur à l'accord frauduleux pouvait invoquer le préjudice matériel et moral qu'il avait subi par suite de ce contrat délictueux. Ainsi, un office public d'habitations à loyer modéré a été déclaré recevable à intenter une action civile dans le cadre des poursuites engagées pour corruption passive contre son directeur et sa secrétaire suite au préjudice causé à sa réputation par les actes de ses employés. Dans le même État, ainsi que dans d'autres, les organisations non gouvernementales et autres organismes et associations actifs dans le domaine de la prévention de la corruption ont la possibilité d'engager, dans le cadre de la procédure pénale, une action civile pour des infractions de corruption. Les examinateurs ont estimé qu'il s'agissait là d'une bonne pratique pour d'autres États parties prévoyant d'élargir le rôle et la participation de la société civile dans leurs procédures judiciaires internes.

Outre la possibilité qu'a un demandeur d'intenter une action civile en dommages-intérêts suite à une infraction liée à la corruption dans le cadre d'une procédure pénale, la loi d'un autre État prévoit qu'une action civile pour "préjudice collectif" peut être intentée par le bureau du procureur général du pays en cas d'infraction touchant des intérêts collectifs. La possibilité d'obtenir réparation civile du préjudice collectif causé par une infraction de corruption a été soulignée comme une bonne pratique. Enfin, des dispositions législatives prévoyant la restitution immédiate à la victime des biens confisqués à l'auteur d'un acte de corruption ont également été saluées comme étant de bonnes pratiques dans le contexte de l'article 35. Un État, en particulier, a mis en place un fonds d'indemnisation au sein de son Ministère de la justice, qui est chargé d'appliquer les décisions des juridictions pénales en matière de responsabilité civile et de réparation du préjudice. Par l'intermédiaire du fonds, les mesures nécessaires sont prises pour collecter les sommes dues auprès des débiteurs (y compris au moyen de la saisie sur salaires et autres sources de revenus) et les faire parvenir aux victimes. Le fonds garantit aussi la réparation dans les cas où les auteurs d'infractions ne s'acquittent pas de leurs responsabilités. Cette réparation s'effectue en prélevant des montants auprès d'autres sources, comme les prélèvements sur la rémunération du travail des détenus, les sommes saisies n'ayant pas été réclamées dans un délai d'un an à compter du jugement définitif, la valeur des actifs confisqués, les indemnisations dans des affaires antérieures non réclamées dans le délai légal et les pénalités imposées suite à des retards de paiement.

Il convient toutefois de noter qu'un mécanisme d'action civile lié à la procédure pénale ne sera probablement pas suffisant à lui seul pour garantir le respect de la Convention, dans la mesure où l'article 35 ne contient pas (du moins pas directement) une telle restriction. Dans un cas où il ne semblait pas y avoir de dispositions garantissant aux personnes concernées le droit d'engager une action en justice si aucune procédure pénale n'avait été engagée auparavant, il a été recommandé aux autorités de remédier à ce problème.

Chapitre III: Détection et répression

A. Dispositions institutionnelles

1. Autorités spécialisées (article 36)

L'article 36 exhorte les États parties à faire en sorte qu'il y ait un organe, des organes ou des personnes chargés de lutter contre la corruption par la détection et la répression. Excepté quelques-uns d'entre eux, tous les États parties ont mis en place un ou plusieurs organes ou services spécialisés à cet effet. Lorsqu'un tel organe n'est pas créé, cela semble souvent lié à la petite taille et à la faible population des États en question (par exemple, petits États insulaires). Bien qu'il n'y ait aucun doute que ces États sont liés par les mêmes obligations juridiques que tous les États parties à la Convention en dépit de leurs capacités administratives et de leurs ressources généralement plus limitées⁷⁸, les examinateurs ont généralement reconnu ces limites et se sont concentrés sur la nécessité de renforcer l'indépendance et les capacités des organes de justice pénale ordinaire, en particulier la police, le système judiciaire, les services de renseignement financier et d'autres organes chargés des enquêtes financières.

Dans au moins un cas, l'existence d'une unité spécialisée, au sein des services du ministère public, chargée des cas de "crimes économiques graves", y compris la corruption, n'a pas été jugée suffisante par les examinateurs, même s'il a été constaté qu'elle constituait une évolution positive étant donné qu'il n'y a pas d'unité permanente chargée spécialement des affaires de corruption. Il a donc été recommandé d'envisager la création d'une telle unité au sein des autorités nationales pour servir de chef de file dans la lutte anticorruption. Toutefois, dans plusieurs autres cas où, par exemple, des bureaux du procureur spécial chargé des infractions perpétrées à l'encontre de l'administration publique ou des commissions d'enquête sur les abus d'autorité ont été établis, les examinateurs ne trouvent aucun inconvénient à ce que les organes spécialisés rangent la corruption dans des catégories d'infractions similaires ou plus génériques, indiquant que ce n'est ni le nom ni l'étendue des compétences qui sont importants, mais plutôt la spécialisation de l'organe de détection et de répression et de ses membres. Cela est particulièrement vrai des pays les plus petits, comme l'illustre l'exemple d'un État qui est félicité pour avoir créé, malgré sa petite taille, une unité spécialisée chargée des crimes financiers au sein de la police criminelle. D'un autre côté, les États parties devraient envisager de faire en sorte que le mandat d'un tel organe s'étende à tous les comportements liés à la corruption, y compris la corruption dans le secteur privé, le cas échéant.

La plupart des pays ont opté pour une entité anticorruption spécialisée unique ou centrale – agence, commission, bureau, direction, département, office ou équipe spéciale – opérant (ou sur le point de devenir opérationnelle) soit comme structure indépendante, soit dans le cadre institutionnel du Ministère de la justice, du bureau du procureur général ou des services de police nationale. Dans les États fédéraux, il pourrait toutefois y avoir des autorités centrales dans chaque État constituant. Ces entités anticorruption sont habilitées à divers degrés à

⁷⁸Voir également la résolution 6/9 de la Conférence des États parties intitulée "Renforcement de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption dans les petits États insulaires en développement" (dans le document CAC/COSP/2015/10).

enquêter sur les infractions liées à la corruption et/ou à engager des poursuites en la matière, à coordonner les opérations nationales, à œuvrer pour la restitution des biens et des produits obtenus par la corruption ainsi qu'à centraliser les informations relatives aux modes et aux méthodes d'opération utilisés pour commettre lesdites infractions.

Certains de ces organes disposent d'une compétence opérationnelle exclusive pour mener des enquêtes visant à détecter les cas de corruption et pour utiliser des techniques et des moyens spéciaux dans le cadre des enquêtes pénales. C'est le cas par exemple dans un pays qui a créé un service anticorruption au sein de l'autorité de poursuite à la suite de la mise en œuvre des recommandations du Réseau anticorruption pour l'Europe orientale et l'Asie centrale. D'autres mènent uniquement des enquêtes préliminaires visant à dévoiler des infractions de corruption ou partagent les capacités de détection et de répression en matière de corruption avec les autorités judiciaires, la police "ordinaire" et les services du ministère public, lesquels pourraient eux-mêmes avoir un certain degré de spécialisation. Les organismes spécialisés de ce genre se concentrent souvent sur les affaires de corruption les plus graves et les plus complexes, ou celles impliquant de hauts fonctionnaires, et laissent les organes ordinaires de détection et de répression s'occuper des affaires de corruption de moindre importance. En outre, certains organes anticorruption dotés de pouvoirs d'enquête et de répression remplissent aussi des fonctions de prévention telles que l'éducation, la sensibilisation et la coordination. Ils peuvent aussi élaborer des études criminologiques analytiques sur l'application des dispositions anticorruption du droit pénal et sont habilités à rédiger et proposer des modifications à la législation existante. Cette pratique est en harmonie avec une note interprétative à la Convention, qui stipule que les organes auxquels il est fait référence à l'article 36 pourraient être les mêmes que ceux mentionnés à l'article 6⁷⁹. C'est aux autorités nationales de décider si la détection et la répression ainsi que la prévention doivent relever du mandat d'un organe unique ou si les fonctions de prévention doivent être confiées à une ou à plusieurs entités distinctes.

Exemples d'application

Le service anticorruption d'un État partie a été divisé en deux sections: la première est chargée des enquêtes relatives aux infractions et la seconde de la prévention, ainsi que de l'élaboration de programmes et de politiques publics visant à prévenir et à combattre la corruption.

Dans un autre État partie, le bureau anticorruption, en sus de ses fonctions d'enquête, sensibilise activement le public et lutte contre la corruption grâce à des programmes de conférences, des expositions, de la publicité dans les médias et des activités promotionnelles pour encourager le public à signaler les cas de corruption.

Dans un troisième État partie, la Commission anticorruption a notamment pour mandat de sensibiliser le public et de l'éduquer en ce qui concerne la lutte contre la corruption, de mener des activités de prévention de la corruption, d'effectuer des opérations d'infiltration, des enquêtes et des investigations pour détecter les cas de corruption, et d'examiner et de vérifier les déclarations de patrimoine et de revenus des hauts fonctionnaires.

⁷⁹Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, première partie, chap. III, art. 36, sect. C (p. 303).

Les experts ont observé que cette approche était propice à la lutte contre la corruption, car elle comprenait les trois stratégies clefs de l'éducation, de la prévention et de la répression. En outre, il a été noté que la législation anticorruption contenait une disposition unique en son genre qui interdisait de réduire le budget du service anticorruption d'une année sur l'autre et obligeait les institutions publiques à appliquer les recommandations relatives à la corruption que celui-ci leur adressait. Un accord tripartite entre ce service, le gouvernement et la société civile est en place pour promouvoir la collaboration dans la lutte contre la corruption, et les représentants de la société civile détiennent également un siège au conseil consultatif dudit service.

Dans un autre groupe, les États parties n'ont pas de service anticorruption distinct, spécialisé, ayant un rôle clairement défini au sein de leurs institutions nationales, mais suivent plutôt une approche plus décentralisée ou individuelle. Ces pays ont créé des départements spéciaux dans les services nationaux du ministère public, désigné des procureurs spécialisés dans les régions du pays pour enquêter sur les cas liés à la corruption, mis en place des unités spéciales de la police ainsi que des équipes d'enquêtes ou des structures d'investigation des infractions économiques au niveau régional, ou établi des instances judiciaires spécialisées pour connaître des affaires de corruption. Dans l'un de ces États parties, les procureurs peuvent solliciter l'aide et l'assistance d'une unité spéciale anticorruption qui fournit un appui juridique pendant les enquêtes et fait aussi appel à des analystes financiers et comptables qui évaluent les informations recueillies dans les affaires qui ont trait à la criminalité économique. De même, dans un autre État partie, un certain nombre de procureurs forment ensemble un "centre d'expertise" sur la criminalité économique et la corruption, en travaillant en étroite collaboration avec des comptables et des analystes financiers. Dans un troisième pays enfin, certaines des affaires les plus graves et les plus complexes, et certaines de celles qui ont une dimension internationale, sont généralement confiées à un service spécial de la police, dont les enquêteurs sont spécialisés, notamment dans les infractions financières et économiques, y compris la corruption.

Un troisième groupe d'États parties suit une approche multiservice en vertu de laquelle la responsabilité de la lutte contre la corruption est dévolue à de nombreux services ou divisions de détection et de répression indépendants dispersés dans différents organismes ou ministères (par exemple, le Ministère de la justice et celui de l'intérieur), y compris dans certains cas des services de lutte contre le blanchiment d'argent ayant des pouvoirs de détection et de répression allant au-delà de ceux d'un service de renseignement financier ordinaire. Cette approche repose sur l'idée qu'aucun organisme ne doit assumer seul la responsabilité de la lutte contre la corruption. Au contraire, cette tâche est confiée à un ensemble de différents organismes et initiatives du gouvernement conçus pour promouvoir la responsabilisation et la transparence. Des exemples de cette approche ont été jugés satisfaisants et l'article 36 a été considéré comme pleinement appliqué. Toutefois, il a été noté dans un cas que les unités spécialisées se concentraient surtout sur les infractions de fraude et de corruption perpétrées à l'étranger plutôt que sur la corruption à l'intérieur du pays. Bien que cela ait été jugé louable et, à bien des égards, unique parmi les pays, les autorités nationales ont été exhortées à envisager d'augmenter les ressources consacrées à la sphère nationale et à élaborer une stratégie nationale anticorruption.

Les trois grands systèmes susmentionnés, et leurs différentes variantes, ont certes été jugés conformes aux exigences de la Convention compte tenu du large pouvoir discrétionnaire des États parties leur permettant de choisir le modèle le mieux adapté à leurs besoins et à leurs

conditions structurelles⁸⁰, mais les examinateurs ont généralement préféré les approches plus centralisées ou les modèles intégrés qui réduisent au minimum le risque de friction et de chevauchement des fonctions. Par exemple, ils ont exprimé leur soutien dans un État à un plan de renforcement du ministère public prévoyant la création d'un bureau du procureur "suprarégional" chargé des poursuites visant les affaires très complexes. De même, dans deux États ayant adopté une approche multiservice, ils ont exhorté les autorités à poursuivre les progrès dans la mise en place d'une commission pour l'intégrité ou d'un organisme national anticorruption similaire, ou à surmonter les problèmes de coordination interinstitutionnelle en donnant à une autorité anticorruption compétente les pouvoirs d'application de la loi et de poursuites nécessaires, les ressources et les formations appropriées ainsi qu'un mandat juridique clair pour s'acquitter efficacement de ses fonctions dans l'ensemble du pays. Enfin, dans un cas, les examinateurs ont salué la mise en place et le fonctionnement d'organes spécialisés à chaque étape du processus de détection et de répression (à savoir une unité de la police anticorruption chargée des enquêtes, un bureau spécial du procureur chargé de la poursuite des infractions liées à la corruption et un tribunal pénal spécialisé de compétence exclusive en ce qui concerne les principales infractions de corruption et d'autres crimes économiques graves). Les examinateurs ont noté que les membres de ces organes étaient très motivés, comme en témoignent les statistiques qui ont montré une augmentation importante du nombre de cas de corruption portés devant les tribunaux à la suite de l'introduction de ces structures.

D'autres mesures qui ont eu la faveur des examinateurs sont la nomination de juges spécialisés dans le traitement des cas de corruption et de crimes financiers et économiques, et la création de tribunaux spéciaux anticorruption. Par exemple, dans un État ayant un tribunal spécial compétent uniquement pour une infraction de corruption particulière (l'enrichissement illicite), il a été recommandé d'étendre cette compétence à toutes les infractions établies en vertu de la Convention. De fait, les tribunaux spéciaux peuvent permettre de réduire le nombre de cas en attente et fournir une bonne occasion aux autorités judiciaires de se familiariser avec les aspects techniques des affaires de corruption et de traiter rapidement leurs subtilités de manière efficace et efficiente⁸¹.

Succès et bonnes pratiques

Dans un État partie, la création et le fonctionnement d'un service spécialisé étaient considérés comme les principaux facteurs de succès de la lutte anticorruption dans le pays. Ce service avait fait poursuivre d'anciens ministres, des parlementaires, de hauts fonctionnaires, des maires, des directeurs de société et l'un de ses propres agents. Cela a permis d'améliorer considérablement la performance du système de lutte anticorruption. Ce service semble disposer de l'indépendance nécessaire et de pouvoirs d'enquête considérables. Il jouit également d'un grand respect et d'une grande confiance de la part du public, a attiré l'attention à l'échelle internationale pour son efficacité et semble représenter à la fois une réussite et une source d'enseignements qui peuvent être utiles à d'autres pays.

Dans le même État partie, la création d'un tribunal anticorruption indépendant, lequel s'est révélé un partenaire efficace pour ce service, ajoutée à la nomination de juges spécialisés à la Cour suprême, a été notée comme une mesure positive, et des projets de tribunaux supplémentaires, un pour chaque région du pays, étaient en cours d'examen.

⁸⁰En ce qui concerne les critères à prendre en considération pour le choix du modèle approprié et les arguments pour ou contre la concentration des activités de lutte anticorruption dans les mains d'une seule autorité, voir le *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 36, sous-sect. II.1.

⁸¹Voir aussi CAC/COSP/IRG/2014/11/Add.1, par. 27.

Indépendance

L'organe, les organes ou les personnes envisagés à l'article 36 doivent jouir de l'indépendance nécessaire, conformément aux principes fondamentaux du système juridique de chaque État partie, pour pouvoir exercer leurs fonctions efficacement et à l'abri de toute influence politique ou autre indue. Dans ce contexte, la création du service anticorruption actuel d'un pays est le résultat d'un arrêt de la Cour constitutionnelle nationale, qui a constaté, premièrement, qu'en vertu de la Constitution et d'un certain nombre d'accords juridiques internationaux contraignants, l'État était tenu de mettre en place et de maintenir un organe efficace et indépendant de lutte contre la corruption et, deuxièmement, que la loi régissant la Direction de la police, qui était jusque-là chargée des affaires de corruption, était incompatible avec la Constitution et invalide dans la mesure où elle n'avait pas permis d'assurer un degré adéquat d'indépendance.

Au nombre des éléments évalués en ce qui concerne l'application de l'article 36 figurent les ressources, le budget et l'autonomie financière des organismes concernés, l'existence de garanties constitutionnelles de leur indépendance et le mode de nomination et de révocation de leurs membres et de leurs dirigeants (par exemple, décision du parlement à la suite de procédures transparentes, consultatives); la durée de leurs mandats; leur formation et leur perfectionnement professionnel; leurs rémunérations, les avantages sociaux, la sécurité de l'emploi et les possibles immunités (par exemple, contre les procès au civil ou les poursuites liées aux actes posés de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions) dont ils jouissent; la mesure dans laquelle ils peuvent autoriser des mesures d'enquête spéciales (telles que l'interception des communications), établir la priorité des enquêtes ou engager des poursuites judiciaires sans aucun contrôle externe; les obligations d'établissement de rapports et de responsabilisation auxquelles ils sont soumis (par exemple, l'obligation de présenter un rapport annuel sur leurs activités); l'évaluation de leur performance et la question de savoir si elle tient suffisamment compte de la nature et de la complexité des affaires concernées; la mise en place de mécanismes et de systèmes d'équilibre des pouvoirs (y compris à travers la participation d'organisations non gouvernementales) comme une garantie de leur fonctionnement efficace et équitable; et l'existence d'une réglementation relative aux conflits d'intérêts.

Exemples d'application

Le département de lutte anticorruption d'un État partie est rattaché au bureau du procureur général, sans toutefois en faire formellement partie, ce qui signifie que les autres départements de ce bureau ne peuvent pas s'immiscer dans ses activités. Son directeur est indépendant en matière de procédure et a le droit d'approuver des lettres de mise en accusation, qui sont requises pour porter des affaires en justice. Les rémunérations des employés du département sont déterminées séparément par le chef de l'État, qui approuve également la nomination au poste de directeur dudit département. Celui-ci jouit des pouvoirs d'un organisme du ministère public qui, conformément à la Constitution, est un organe de la branche judiciaire du pouvoir.

L'autorité anticorruption centrale d'un pays a invité ses homologues de pays voisins à effectuer un examen par des pairs de sa structure et de ses pouvoirs en tant qu'institution, avec l'appui de l'ONUSD et du Programme des Nations Unies pour le développement. L'évaluation ainsi effectuée et les discussions tenues ont facilité l'octroi d'un statut constitutionnel à cette autorité et la promulgation d'une nouvelle loi organique qui lui confère une indépendance administrative, une organisation propre et des ressources accrues pour lutter contre la corruption.

Des observations ont été formulées dans plusieurs cas sur l'indépendance opérationnelle des organismes nationaux de lutte anticorruption. Par exemple, des préoccupations ont été exprimées dans un cas sur le fait que l'indépendance du service de lutte anticorruption n'avait pas été établie dans la loi portant création du service et que le président de ce service pouvait être démis de ses fonctions par la seule décision du Président du pays dans l'intérêt du public ou de la commission. Dans un autre pays, il fallait l'autorisation préalable du bureau du procureur pour enquêter sur les affaires de corruption ou prendre des mesures apparentées visant des agents publics. Il a été noté que la législation anticorruption interdisait d'influencer le fonctionnement du service de lutte anticorruption ou de s'y immiscer, et il a été recommandé d'envisager d'établir des sanctions pénales contre ceux qui violent cette interdiction (et aussi d'élargir le mandat de ce service pour couvrir les enquêtes relatives aux infractions établies en vertu de la Convention). Enfin, dans un troisième État partie, une proposition de loi était en instance qui accorderait au gouvernement des pouvoirs d'autorisation similaires ainsi que la compétence de nommer un haut fonctionnaire de ce service. D'autres préoccupations ont été soulevées en ce qui concerne l'indépendance des contractuels et des agents du service qui pouvaient travailler à l'extérieur de celui-ci (y compris en détachement auprès d'autres institutions et ministères) et qui n'étaient soumis à aucune loi ni aucune mesure relative aux conflits d'intérêts. Le pays concerné a été invité à veiller à ce que les fonctionnaires de ce service jouissent de l'indépendance nécessaire pour exercer leurs fonctions efficacement et sans pressions indues et bénéficient d'une formation adéquate ainsi que de ressources suffisantes.

Formation et ressources

Outre l'indépendance des services spécialisés, les États parties doivent veiller à ce que les personnes concernées disposent d'une formation et de ressources appropriées pour s'acquitter de leurs tâches, lesquelles sont souvent extrêmement exigeantes. Pour atteindre cet objectif, au moins en ce qui concerne la formation, certains États parties ont signé des mémorandums d'accord avec des organisations internationales et régionales en vue de former le personnel de leurs services de surveillance et d'audit dans toutes les spécialités nécessaires. L'ONUSD a également organisé des cours et des ateliers de formation dans ces domaines. La conception d'un module de formation sur les infractions de corruption destiné spécifiquement aux juges et aux procureurs, et portant entre autres sur les exigences de la Convention, a été notée comme une bonne pratique appropriée pour le renforcement efficace des capacités des autorités de chargées de la lutte anticorruption.

Exemple d'application

Le département anticorruption d'un État partie dispose de pouvoirs de détection, de répression et de poursuites et compte 145 procureurs, enquêteurs, détectives et spécialistes. Les autorités nationales ont souligné que cet effectif était suffisant pour mener à bien efficacement les fonctions et les tâches, compte tenu du nombre d'affaires en cours et de la complexité des enquêtes, y compris des affaires financières. L'État partie a indiqué que le personnel était nommé sur ordre du procureur général parmi les employés de son bureau et d'autres organismes d'application de la loi et d'audit, compte tenu de leurs qualifications et de leur expérience professionnelles. Les fonctionnaires de ce bureau sont recrutés sur la base d'un processus compétitif d'examen en trois étapes: une épreuve écrite, une dissertation et une entrevue. Chaque année, le directeur du département approuve le programme de formation, qui est suivi tout au long de l'année. La formation des agents du département se déroule selon un calendrier hebdomadaire dans le cadre de

séminaires et de sessions internes de formation, ainsi que de séminaires et de conférences organisés en coopération avec un certain nombre d'organisations internationales. Le nombre d'affaires pénales, et notamment d'affaires de corruption passive, que le département a portées devant les tribunaux et sur lesquelles il a enquêté a augmenté chaque année depuis la création de cet organe.

Difficultés

Une difficulté commune a trait au renforcement de l'indépendance opérationnelle des organes spécialisés chargés de la détection et de la répression ainsi que des poursuites. En outre, étant donné que ce sont des organes nouvellement créés, les autorités nationales de lutte anticorruption rencontrent souvent des difficultés liées à leurs capacités et à leurs ressources limitées. Des recommandations ont été formulées dans de nombreux cas sur l'amélioration des procédures de dotation en personnel (par exemple, par le recrutement à travers des compétitions publiques, sur la base du mérite et de l'expérience, plutôt que par cooptation), ainsi que pour garantir, préserver ou augmenter leurs effectifs et leurs ressources de formation et améliorer leurs capacités; accroître leur présence dans les diverses régions et provinces; élargir leur mandat en matière de détection et de répression; examiner les moyens de promouvoir l'utilisation des ressources disponibles, y compris la création de synergies entre les autorités chargées des enquêtes et des poursuites; améliorer l'efficacité et l'efficience de la gestion des cas; accroître l'appui politique; et continuer à combattre la corruption en recourant à des organismes de détection et de répression indépendants qui veilleraient, en particulier, à résoudre les problèmes d'application rencontrés dans ce domaine.

En outre, il a été recommandé dans certains cas d'envisager de clarifier les structures hiérarchiques entre les différentes autorités de détection et de répression, dans la mesure où il y avait un certain chevauchement dans leurs diverses fonctions. De fait, malgré les efforts considérables investis dans la mise en place de cadres juridiques et institutionnels de lutte anticorruption, un sérieux problème semble être l'absence d'une vision globale des réformes liées à cette lutte, ce qui entraîne le double emploi. Cette fragmentation institutionnelle réduit l'efficacité de la lutte contre la corruption dans la pratique. Dans le même contexte, les examinateurs ont également noté dans plusieurs autres systèmes juridiques la nécessité d'assurer une coordination interinstitutions efficace et d'élaborer des indicateurs statistiques permettant d'établir des critères de référence ainsi que des stratégies, et de mesurer les progrès accomplis par les organismes de lutte anticorruption concernés.

2. Coopération avec les services de détection et de répression (article 37)

L'article 37 de la Convention prévoit que les États parties doivent prendre des mesures pour encourager la coopération entre les services de détection et de répression et des personnes qui (contrairement aux lanceurs d'alerte ou aux témoins ordinaires) pourraient elles-mêmes faire l'objet de poursuites, du fait de leur participation directe ou indirecte à des infractions de corruption (et qui sont appelées les "collaborateurs de justice"). Tout d'abord, conformément au paragraphe 4 de cet article, les États parties doivent veiller à ce que cette catégorie spéciale de témoins bénéficie, *mutatis mutandis*, de la protection contre les représailles ou intimidations possibles, prévue à l'article 32. C'est généralement le cas dans les États parties, dans la mesure où la législation nationale contient des programmes adéquats de protection des témoins, et des

problèmes surgissent lorsque les dispositions nationales ne permettent pas d'atteindre et de respecter les normes de cet article. D'autres préoccupations ont été exprimées dans certains examens sur l'absence soit de mesures spécifiques de protection pour les délinquants qui collaborent avec la justice (par exemple, protection de l'anonymat), soit de données précises sur des cas concrets où de telles mesures ont été appliquées. Les États parties ne tiennent normalement pas de registre pour les mesures de protection appliquées séparément pour les collaborateurs de justice.

Les États parties sont également invités à fournir des incitations et des motivations concrètes aux délinquants pour qu'ils coopèrent en fournissant des informations qui peuvent être utiles à des fins d'enquête et de preuve, en vue de priver les auteurs d'infractions des produits des crimes et de récupérer ces produits. La substance de ces incitations et de ces motivations et les mesures possibles à prendre pour les introduire sont laissées à la discrétion de chaque pays. Entre autres mesures capables de promouvoir les objectifs de la Convention, les États parties sont instamment invités en particulier à prévoir la possibilité d'alléger les peines des accusés qui ont coopéré de manière substantielle en ce qui concerne les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions de corruption (art. 37, par. 2) ou de leur accorder l'immunité de poursuites (art. 37, par. 3).

Il a été constaté qu'un grand nombre d'États parties n'avaient pas de politique explicite ni de disposition juridique adéquate en place mais, dans certains cas, la législation destinée à résoudre le problème ou à améliorer la situation était en cours d'élaboration. Dans bon nombre de ces cas, il a été recommandé d'envisager la possibilité de réduire les peines des personnes qui avaient participé à des actes de corruption, d'élargir la portée des dispositions existantes ou de prendre d'autres mesures pour encourager une coopération active et substantielle avec les services de détection et de répression.

Allègement des peines

La plupart des États parties ont mis en œuvre des mesures conformes à l'esprit du paragraphe 1 de l'article 37. Il y a certes quelques pays où des dispositions spéciales prévoient l'imposition de peines réduites aux auteurs d'actes de corruption qui apportent leur coopération au cours de la procédure et facilitent l'arrestation d'un ou de plusieurs auteurs d'infractions, mais les dispositions en place dans la majorité des États parties sont des dispositions de nature générique (qu'on trouve généralement dans le Code pénal), et qui permettent de considérer cette collaboration, au pénal, comme une circonstance atténuante et d'en tenir compte au moment de fixer la peine de l'auteur de l'infraction. Dans certains pays, cette possibilité n'a pas été explicitement inscrite dans la loi, mais a néanmoins été reconnue comme une pratique normale des tribunaux nationaux.

La prise en compte de la coopération de l'accusé dans le sens susmentionné n'a d'effets tangibles qu'au cours des délibérations des tribunaux et aucune garantie n'est donnée à l'avance à la partie intéressée. Les actes de collaboration qui peuvent conduire à un traitement indulgent (par exemple, l'imposition d'une peine inférieure à la peine minimum prévue, la substitution d'une peine, comme l'emprisonnement, par une peine moins dure, comme une amende, ou la non-imposition d'une peine complémentaire de rigueur prévue par la loi) comprennent normalement des actions efficaces qui peuvent avoir conduit à la détection et à la divulgation d'une infraction, comme le fait pour une personne de se rendre et d'avouer une infraction, de dénoncer d'autres complices, de collaborer à la collecte de preuves et aussi de fournir une assistance dans la recherche et la détection des produits de l'infraction, comme une forme de réparation des torts causés ou de prévention d'autres conséquences néfastes de l'infraction. La mesure dans laquelle une peine plus légère est imposée dépend habituellement

du degré de coopération de la partie défenderesse particulière et de l'effet de cette coopération dans la réduction des dommages causés par l'infraction, et est laissée à la discrétion du tribunal. Étant donné qu'il s'agit d'un principe général de la fixation de la peine, il n'y a normalement pas de lignes directrices ni d'autres critères à cet égard et les décisions sont prises au cas par cas.

Il convient de noter que des dispositions génériques de ce genre ne sont pas toujours considérées comme suffisantes aux fins de la Convention. Par exemple, il a été recommandé, dans le cas d'un petit nombre d'États parties, d'élargir la portée de la législation nationale relative à l'allègement des peines et de prévoir la possibilité de ne pas sanctionner les personnes qui collaborent spontanément et activement, bien que le Code pénal de ces pays reconnaisse déjà comme motif de réduction de la peine ou "circonstances atténuantes" toute tentative de l'auteur visant à empêcher ou à éliminer les effets de l'infraction. De même, de nombreuses recommandations ont été faites aux autorités d'un État partie ayant des dispositions encore plus limitées en vertu desquelles seule la "confession spontanée d'une infraction", un concept souvent considéré d'un œil critique par les experts gouvernementaux, est considérée comme une circonstance justifiant un allègement de peine. Cette question est aussi examinée ci-dessus à la sous-section 1 de la section A du chapitre I.

Certains pays ont établi des dispositions visant à fournir des incitations spéciales en vue de la récupération des produits d'infractions spécifiques, par exemple en cas de détournement de fonds publics ou privés. Dans ces cas, la restitution des biens détournés ou le dédommagement intégral de la partie lésée avant que les procédures pénales n'atteignent un certain point (par exemple, avant la mise en accusation du prévenu) peut se traduire par l'imposition d'une peine beaucoup plus clémente. Cette approche, qui a été généralement encouragée comme étant conforme aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 37, est à bien des égards souhaitable du point de vue des victimes, car cela signifie qu'elles peuvent être dédommagées immédiatement au lieu d'attendre la fin du procès qui peut durer des années.

Exemples d'application

Les peines pour détournement ou appropriation illicite de biens sont réduites de moitié dans un État si le préjudice causé ou les avantages acquis par l'auteur sont très minimes ou s'il rembourse intégralement la victime pour le préjudice causé avant que l'affaire ne soit renvoyée devant un tribunal. Si le remboursement intervient pendant le procès et avant le jugement, alors la peine est réduite du quart.

Dans un autre État, la possibilité de renoncer volontairement aux biens détournés avant le procès est offerte aux prévenus dans certaines affaires de corruption très médiatisées, et cet élément est ensuite pris en compte lors de la fixation de la peine. Bien qu'elle ne fasse pas partie d'une procédure officielle, cette possibilité a été saluée comme propice à la réalisation des objectifs de la Convention et à la sauvegarde des intérêts des victimes.

En outre, des lois instituant diverses formes de composition pénale, d'accords de coopération préjudiciaire et de poursuites simplifiées sont en place ou en cours d'élaboration dans plus d'un tiers des États parties. En vertu des dispositions pertinentes, le prévenu doit reconnaître être entièrement ou partiellement responsable d'une infraction, accepter de possibles poursuites civiles (y compris la renonciation à la propriété ou l'abandon volontaire d'objets

qui ont été saisis et sont sujets à confiscation et le paiement des montants estimés acquis de l'infraction ou de leur valeur estimée ainsi que le dédommagement de tout tort causé) et ne pas contester les circonstances de la mise en accusation, en échange d'un chef d'inculpation moindre ou d'une sanction réduite. Dans ces cas, le tribunal ne tient pas d'audience normale mais plutôt prononce le verdict au vu des éléments de preuve recueillis au cours des délibérations préliminaires, confirmant dans les faits l'accord entre le ministère public et les avocats de la défense de la personne qui collabore avec la justice. Un régime similaire semble s'appliquer dans certains États parties spécialement en ce qui concerne les infractions de corruption. Dans ces cas, la Commission nationale de lutte anticorruption peut réduire ou modifier autrement les chefs d'inculpation au cas par cas dans des conditions appropriées de coopération. Ce genre de procédure simplifiée est considéré comme une importante mesure incitative pour les délinquants qui peuvent être soucieux d'éviter l'impact négatif d'un procès criminel sur leur réputation et sont donc prêts à coopérer avec les autorités en admettant les faits qui leur sont reprochés. Toutefois, la possibilité d'alléger une peine peut être liée non seulement à l'étendue de la coopération fournie mais aussi à la gravité de l'infraction et au degré de culpabilité du prévenu, compte tenu du principe de proportionnalité. On pourra par conséquent exclure tout allègement de peine lorsqu'il s'agit d'une grave affaire de corruption ou que de sérieuses circonstances aggravantes entourent la conduite de la personne qui apporte sa coopération⁸².

Dans les cas d'accord de plaider, le tribunal conserve normalement un certain pouvoir discrétionnaire et de contrôle en ce qui concerne l'autorisation de l'accord, afin de vérifier que l'accusé a bénéficié de l'assistance d'un avocat, comprend qu'il a le droit de faire valoir son innocence et d'exiger un procès, plaide volontairement, comprend les termes de tout accord et les conséquences de son plaider de culpabilité, en particulier la renonciation au droit d'appel de toute décision rendue sur la base de l'accord, et n'a pas agi sous la contrainte ni en raison de promesses inappropriées du procureur. De fait, comme indiqué dans le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (par. 475 a), la possibilité pour les juges d'imposer des peines plus clémentes, sans jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire à cet égard, doit être abordée avec prudence, car elle pourrait soulever des préoccupations concernant l'indépendance de la justice, entraîner des abus et engendrer un risque de corruption des procureurs. La nécessité de faire preuve de prudence a été confirmée dans un État où le juge a été chargé de valider des arrangements à l'amiable conclus entre le défendeur et le procureur mais ne pouvait amender leur contenu. Dans cet État, la Cour constitutionnelle a estimé que l'implication et le rôle limités du juge dans la poursuite en question étaient anticonstitutionnels et des mesures sont en train d'être prises afin d'amender la loi pertinente. La nécessité de transparence et de prévisibilité dans l'évaluation des arrangements à l'amiable a été soulignée.

Immunité de poursuites

Le nombre d'États parties dans lesquels les prévenus qui coopèrent peuvent bénéficier de l'immunité de poursuites est généralement plus faible que celui des États parties dans lesquels ils bénéficieraient probablement d'une réduction de peine. Fait intéressant, une loi prévoyant une immunité ou une mesure équivalente est clairement inenvisageable dans certains pays en raison de principes fondamentaux du droit national (par exemple, les principes de légalité et d'égalité des traitements) interdisant l'octroi de l'immunité lors de poursuites. De même, dans d'autres États parties, les autorités ont également fait valoir qu'une telle pratique serait

⁸² *Guide technique d'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 37, sous-sect. II.2.

contraire à la tradition juridique. Même si tous ces États parties ont certes un système de droit romano-germanique, il convient de noter que tous les pays ayant des traditions juridiques similaires ne semblent pas partager leurs réserves, du moins pas dans la même mesure. Dans tous les cas, comme mentionné plus haut à la sous-section 1 de la section A du chapitre I, la disposition du paragraphe 3 de l'article 37 indique la possibilité de donner aux autorités nationales compétentes chargées des poursuites la possibilité de fournir une aussi forte incitation à une personne qui coopère, si cela devait être jugé approprié.

Parmi les États parties qui prévoient une certaine forme d'immunité (sinon de poursuites, du moins en ce qui concerne l'imposition de peines), nombreux sont ceux (en particulier les pays ayant un système de *common law*) qui ont fait état des vastes pouvoirs discrétionnaires des procureurs, qui leur permettent, sous certaines conditions et conformément au paragraphe 3 de l'article 31, de ne pas engager de poursuites judiciaires, de suspendre ou d'arrêter celles-ci (ou encore de saisir le tribunal d'une requête à cette fin) en échange de la coopération substantielle d'une personne ayant participé à des activités criminelles avec un service de détection et de répression. En outre, d'autres États parties ont évoqué des dispositions législatives spéciales régissant le traitement favorable accordé aux personnes qui coopèrent, soit de manière générale à l'égard de toutes les infractions, soit spécifiquement en matière de criminalité économique ou d'accusations liées à la corruption. Il a été constaté que ces mécanismes faciliteraient considérablement la détection des infractions de corruption et stimulaient la coopération avec les autorités chargées de l'application de la loi. Une immunité totale en vertu de ces dispositions suppose normalement que cette personne fournit des preuves décisives nécessaires à la condamnation d'un agent public ou d'un autre auteur ou complice de la commission de l'infraction concernée. Dans des cas précis, l'immunité pourrait aussi être accordée si un accord de dédommagement est conclu. Dans ces cas, il serait souhaitable d'envisager de suspendre la prescription jusqu'à ce que cet accord soit effectivement mis en œuvre.

Exemples d'application

Dans un État partie, une disposition spéciale du Code pénal autorise le bureau du procureur à mettre fin à des poursuites pénales contre un suspect ou un accusé, avec son consentement, si celui-ci a considérablement facilité l'établissement des faits liés à un élément de preuve d'une infraction pénale qui est important du point de vue de l'intérêt général dans la procédure et si la détection de l'infraction et la collecte d'éléments de preuve auraient été impossibles ou essentiellement compliquées sans cette assistance. Le bureau du procureur peut ordonner la reprise de la procédure si le suspect ou l'accusé cesse de fournir l'assistance, ou s'il commet intentionnellement une nouvelle infraction pénale dans les trois ans suivant l'arrêt des poursuites.

Dans un autre État partie, un coauteur ou complice peut devenir témoin à charge, à condition que ses poursuites soient levées. En vertu de la loi pertinente, le procureur peut informer le tribunal qu'il sera demandé à une personne convoquée en qualité de témoin à charge de répondre à des questions qui pourraient l'incriminer en ce qui concerne une infraction. Là-dessus, le tribunal doit informer ce témoin, entre autres, qu'il est tenu de déposer et de répondre à toute question qui lui sera posée, et que s'il répond franchement et honnêtement à toutes les questions, il sera libéré de toute poursuite à l'égard de l'infraction ainsi déterminée et de toute infraction à l'égard de laquelle un verdict de culpabilité serait indiqué concernant une accusation liée à l'infraction ainsi spécifiée.

Exemples d'application (suite)

Enfin, un troisième système juridique reconnaît deux types d'immunité: l'immunité transactionnelle et l'immunité contre l'utilisation de certains témoignages. L'immunité transactionnelle préserve l'accusé de poursuites pour toutes les infractions au sujet desquelles il témoigne ou coopère. Elle est rarement accordée et est généralement utilisée avec des délinquants mineurs qui peuvent fournir des témoignages importants contre des accusés plus coupables. Le second type d'immunité, l'immunité contre l'utilisation de certains témoignages, plus restreinte, permet d'amener un témoin qui invoque le droit de ne pas s'accuser lui-même à répondre à une question particulière. Dans ces cas, l'immunité s'applique uniquement à la réponse à cette question, et l'individu qui en bénéficie peut encore être poursuivi tant que les preuves qu'il a fournies en témoignant sous la protection de cette immunité ne sont pas utilisées dans cette poursuite.

Outre les possibilités susmentionnées, l'immunité peut être accordée sous certaines conditions dans de nombreux pays (en particulier du Groupe des États d'Asie et du Pacifique et du Groupe des États d'Europe orientale, comme indiqué à la sous-section 1 de la section A du chapitre I ci-dessus), dans les cas de corruption active et, plus rarement, de corruption passive ou de trafic d'influence où le contrevenant, avant d'être reconnu comme un suspect, informe sans délai ou dans un court laps de temps (un ou deux mois maximum) les autorités compétentes de l'acte de corruption et ainsi dévoile l'infraction avant qu'une enquête ne soit lancée. En vertu d'une approche similaire qui tient plus de l'octroi d'une immunité que de l'allègement de peine et parfois prend la forme d'une commutation ou d'une rémission de peine, suivie dans certains cas dans les affaires de blanchiment d'argent, l'auteur de l'infraction n'est pas sanctionné si, avant que celle-ci ne soit terminée, il met un terme à sa participation et/ou informe les autorités de l'infraction avant qu'elle ne soit révélée par une autre source.

Fait intéressant, l'un des États appliquant le principe ci-dessus pour les personnes ayant notifié leur participation à des infractions de corruption active et de trafic d'influence a rapporté les résultats d'une analyse nationale, effectuée en 2012, et dans le cadre de laquelle il a été constaté, entre autres: *a)* que la clause d'immunité pour le signalement des délinquants s'est révélée un outil utile en ce qui concerne la découverte et les investigations des infractions de corruption, en l'absence d'un autre instrument aussi efficace dans la procédure pénale nationale; *b)* que sans cette disposition juridique, le nombre de cas dans lesquels les services nationaux de lutte anticorruption ont enquêté sur des infractions de corruption passive et de trafic d'influence et dans lesquels des condamnations définitives ont été prononcées aurait été réduit des deux tiers; *c)* que sans cette disposition juridique, les formes organisées de commission d'infractions de corruption auraient été beaucoup plus difficiles à déterminer; et *d)* qu'aucun cas d'utilisation abusive de cette clause n'a été signalé.

Compte tenu des considérations du genre de celles susmentionnées, la plupart des équipes d'examen étaient satisfaites de ces dispositions dans le contexte de l'article 37 et, dans certains cas, ont exhorté les autorités nationales à envisager d'élargir la portée de la législation pertinente pour couvrir des cas spécifiques d'un plus large éventail d'infractions en vertu de la Convention, et pas seulement ceux de corruption active ou de blanchiment d'argent.

Toutefois, comme pour l'article 15, certains examinateurs ont exprimé des réserves quant à la conformité des dispositions ayant trait à l'immunité automatique avec l'article 37 de la Convention, notamment dans les cas de corruption étrangère et en ce qui concerne les dispositions équivalant à des mesures d'immunité sans réserve en cas de confession spontanée. Ces

réserves étaient particulièrement explicites dans l'évaluation d'un élément particulier d'une législation nationale octroyant l'immunité à un fonctionnaire qui a déclaré avoir reçu un pot-de-vin dans les 30 jours qui ont suivi. L'équipe d'examen a critiqué cette disposition, arguant en principe que: *a)* l'article 37 ne mentionne l'immunité que comme une possibilité pour les personnes autres que celles qui participent à une infraction – une interprétation erronée, comme expliqué plus loin; *b)* la disposition nationale va trop loin en permettant à un fonctionnaire de recevoir de fait un pot-de-vin et de réfléchir aux risques de découverte de l'infraction pendant une période de 30 jours; et *c)* cela revient à un type de disposition reposant sur le "repentir réel" qui pourrait faire l'objet d'abus, car les services de détection et de répression n'ont aucun pouvoir discrétionnaire et la déclaration du fonctionnaire doit être acceptée quels que soient la gravité de l'infraction et le montant en cause. Toutefois, ce rejet catégorique de la disposition d'immunité en question est en partie basé sur de fausses prémisses. Il doit être clair que l'article 37 ne prévoit pas la possibilité d'accorder l'immunité uniquement aux personnes qui n'ont pas participé à l'infraction de corruption examinée, mais surtout à celles qui y ont participé. En outre, et malgré le fait que ce type de disposition reposant sur le repentir réel prévu pour les délinquants accusés de corruption passive est inhabituel dans les États parties, son introduction peut être considérée comme relevant de leur pouvoir discrétionnaire, même si des mesures nationales plus larges pourraient être jugées comme plus efficaces pour appliquer pleinement la Convention.

C'est une autre question de savoir si, et dans quelle mesure, les services de détection et de répression devraient avoir un pouvoir discrétionnaire concernant la décision d'accorder l'immunité aux accusés en question. Ceci est en effet une question litigieuse: l'absence de pouvoir discrétionnaire dans le cas susmentionné et dans d'autres États parties a été vue par certains examinateurs comme un élément qui compromet les objectifs de la Convention et empêche une évaluation adéquate de la culpabilité du délinquant, tandis que d'autres ont considéré le fait que les autorités avaient des pouvoirs discrétionnaires et n'avaient pas accordé automatiquement l'immunité de poursuites dans les cas d'autodénonciation comme un facteur qui décourageait les personnes ayant participé à la commission d'une infraction de coopérer. Par exemple, dans un État partie où la loi autorise le juge d'instruction ou le tribunal, à n'importe quel stade de la procédure, à offrir de gracier une personne à condition qu'elle fasse une déclaration complète et véridique concernant non seulement les circonstances eu égard à ses connaissances relatives à l'infraction mais aussi toute autre personne impliquée dans la commission de celle-ci, les autorités nationales ont soutenu (et l'équipe d'examen a semblé convenir) que cette disposition ne garantissait pas une coopération suffisante parce que, entre autres, elle ne donne pas à un complice le choix de coopérer de son plein gré pour demander une quelconque immunité ou exemption. Le problème ici semble n'être ni plus ni moins que celui du caractère discrétionnaire de la décision de gracier.

Ces points de vue contradictoires indiquent qu'il vaudrait mieux laisser aux États parties eux-mêmes la prérogative de la solution appropriée pour la mise en œuvre de la procédure des différentes formes d'immunité. Cela dit, il convient de noter qu'un certain pouvoir discrétionnaire semble approprié et même inévitable dans la plupart des cas, ne serait-ce qu'en ce qui concerne l'évaluation du niveau de coopération, les mobiles de la personne qui signale des comportements illicites aux autorités ainsi que la sincérité et la valeur des révélations pertinentes. Sur la base de ce pouvoir discrétionnaire, une application plus souple des dispositions pertinentes est possible, ce qui permet au procureur de "peser" au cas par cas le degré de coopération de l'auteur de l'infraction et les avantages que l'on peut en tirer. C'est probablement pour cette raison, comme en témoigne la majorité des examens, que les mesures entièrement non discrétionnaires ne sont pas fréquentes. La libération de la responsabilité ou la dispense de peine sont normalement laissées à la discrétion des procureurs ou des tribunaux en fonction de l'assistance apportée dans le cadre de l'enquête.

Lorsqu'elles sont octroyées, il faut s'employer à prévenir les doutes et les réserves en ce qui concerne la méthode utilisée en prenant toutes les précautions nécessaires pour limiter les abus possibles. Par exemple, il est souhaitable que la loi précise clairement non seulement le laps de temps dans lequel l'infraction doit être signalée (par exemple, avant que les autorités n'aient connaissance du comportement délictueux pertinent), mais aussi les autres circonstances dans lesquelles le comportement d'un délinquant constitue une raison d'octroyer l'immunité, comme la coopération dans les enquêtes et les poursuites ultérieures. En outre, les organismes chargés de l'application de la loi pourraient chercher à corroborer les informations fournies avant d'accorder l'immunité à une personne qui collabore. Si la décision est prise par le ministère public, il pourrait s'avérer nécessaire de prévoir une forme de contrôle par le juge pour confirmer les conditions de tout arrangement informel et faire en sorte que la décision d'octroyer l'immunité soit contraignante pour toutes les parties⁸³. La législation nationale pourrait prévoir la possibilité de lever l'immunité, dans le cas où la personne concernée a tenté d'induire en erreur un organisme d'application de la loi. Et l'État partie pourrait émettre des directives énonçant en détail les principes d'exercice du pouvoir discrétionnaire, ce qui pourrait servir à aider les autorités compétentes à décider si l'octroi de l'immunité de poursuites peut être approprié dans l'intérêt de la justice⁸⁴.

Enfin, l'immunité peut certes constituer une puissante mesure incitative pour encourager une personne ayant participé à une infraction à coopérer et permettre de traduire en justice les auteurs présumés de graves affaires de corruption qui autrement ne seraient pas résolues, mais il faut garder à l'esprit, comme noté dans le *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, qu'une exonération totale de châtement peut compromettre l'efficacité des mesures anticorruption lorsqu'elle est appliquée catégoriquement ou trop fréquemment ou – pis encore – lorsque le public a l'impression que cette immunité est accordée à des personnes politiquement ou financièrement influentes. Il importe donc d'établir un équilibre approprié entre les avantages indiscutables de l'octroi d'une immunité dans des cas particuliers et la nécessité de préserver la confiance du public dans l'administration de la justice⁸⁵.

Autres mesures incitatives

Outre les mesures de base d'allègement de peine et d'octroi d'immunité de poursuites, un certain nombre d'autres mesures de persuasion et d'incitation importantes peuvent être utilisées pour encourager les auteurs d'actes de corruption à coopérer avec les autorités. Les mesures possibles consisteront notamment à faire en sorte que: *a)* le ministère public donne son assentiment ou ne s'oppose pas à une requête du prévenu demandant la suspension de la détention provisoire; *b)* la procédure de restitution des biens appartenant au contrevenant saisis soit accélérée, dans la mesure où cela ne nuit pas aux intérêts du ministère public; *c)* les autorités garantissent un régime carcéral plus clément au délinquant qui a coopéré, après sa condamnation; *d)* la détention provisoire du suspect ou de l'accusé soit appliquée dans un centre de détention proche de son lieu de résidence; *e)* les autorités favorisent une situation où l'application d'une peine prononcée à l'étranger se poursuivrait dans les installations locales; et *f)* que le ministère public serve d'intermédiaire entre le délinquant et les services administratifs – tels que les services d'immigration et de naturalisation, l'administration fiscale et douanière, voire les affaires étrangères – chargés des questions concernant le délinquant. Dans ces cas, lorsque le consentement ou la coopération de tiers sont requis pour l'octroi d'une incitation, le procureur peut assumer l'obligation d'effectuer la tâche de médiation au mieux de sa capacité, même si aucune garantie ne peut être donnée quant au résultat escompté.

⁸³ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 475, al. b.

⁸⁴ Voir aussi le *Guide technique d'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 37, sous-sect. II.3.

⁸⁵ *Ibid.*

Arrangements internationaux

Le paragraphe 5 de l'article 37 demande instamment aux États parties d'envisager de conclure entre eux des accords ou des arrangements pouvant autoriser les autorités compétentes d'un État à accorder un traitement préférentiel à une personne se trouvant dans un autre État, qui apporte sa coopération. Malgré l'importance de cette disposition et des solutions qu'elle pourrait apporter aux problèmes dus à l'augmentation du nombre de procédures pénales en cours en parallèle dans plus d'un État sur les mêmes faits (par exemple, corruption active d'agents étrangers dans un État et corruption passive d'agents nationaux dans un autre), la grande majorité des États parties n'ont conclu aucun arrangement de ce genre, ni donné aucune indication qu'ils ont envisagé de le faire, ce qui a conduit dans de nombreux cas aux recommandations correspondantes. Certains États parties ont exprimé la volonté de prendre des mesures à cette fin et d'autres ont simplement noté que rien dans leur législation ne faisait obstacle à la conclusion d'arrangements appropriés lorsque le besoin se fait sentir, comme stipulé dans la disposition en question. Dans certains cas, les autorités nationales ont indiqué qu'elles voulaient tirer des enseignements de l'expérience d'autres pays sur cette question et recevoir des modèles d'accords ou d'arrangements.

3. Coopération entre autorités nationales (article 38)

La collaboration des autorités et des agents publics avec les services et les autorités chargés des enquêtes et des poursuites liées aux infractions pénales est essentielle pour l'ensemble des efforts de lutte contre la corruption, et la plupart des États parties ont pris des mesures pour encourager et favoriser cette coopération. L'article 38 demande instamment aux États parties de veiller en particulier à ce que les fonctionnaires et les institutions publiques en informent, de leur propre initiative, les services de détection et de répression lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de penser qu'une infraction de corruption d'agents publics nationaux, de corruption dans le secteur privé et de blanchiment d'argent a été commise et également de fournir toutes les informations nécessaires à l'enquête sur ladite infraction aux services de détection et de répression.

De fait, alors que certains États parties semblent réglementer uniquement les modalités et les procédures de renvoi d'infractions présumées aux parquets nationaux, de nombreux autres (environ les deux cinquièmes du nombre total d'États) ont en plus mis en place (par exemple, dans leur code de procédure pénale) une obligation directe et précise des fonctionnaires de signaler aux services de détection et de répression, de leur propre initiative, toute infraction ou irrégularité, y compris les incidents de corruption, dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Certains États ont aussi établi des dispositions et des règlements spéciaux mentionnant explicitement le devoir de signaler les infractions liées à la corruption, ainsi que les violations ou les transgressions des règlements financiers et administratifs ayant trait aux deniers publics. Les États parties sont généralement exhortés à envisager d'introduire de telles obligations ou, lorsqu'ils envisagent déjà de le faire, à aller de l'avant et à adopter cette mesure.

Exemples d'application

La législation d'un État partie précise les procédures à suivre par les fonctionnaires pour communiquer des informations sur tout motif raisonnable qu'ils peuvent avoir de penser qu'une infraction de corruption a eu lieu. Si un agent public ou une institution publique reçoit des informations de citoyens au sujet d'une infraction présumée de corruption,

Exemples d'application (suite)

celles-ci doivent être transmises à l'unité d'enquête interne de cette institution. Cette unité doit procéder à un examen préliminaire de ces informations et, s'il existe des motifs suffisants de penser que les éléments d'une infraction de corruption sont détectés, elle peut recommander au directeur de cette institution de transmettre la question aux organismes de détection et de répression (à savoir au bureau du procureur, conformément au Code de procédure pénale).

De même, dans un autre État partie, la déclaration des erreurs administratives et des violations qui créent les conditions de corruption, de fraude ou d'irrégularités est une obligation directe de chaque agent public, comme spécifié dans les codes de déontologie et la loi régissant la fonction publique. En outre, chaque organisme public central possède des services d'inspection spécialisés chargés de recueillir, d'analyser et de vérifier les indices de corruption et d'informer les autorités chargées des poursuites des preuves concernant des activités criminelles. Un service d'inspection rattaché au Conseil des ministres coordonne et appuie les activités de chacun des services d'inspection.

Un troisième État a introduit, spécifiquement à l'intention des inspecteurs et du personnel du service des impôts, des directives ayant trait à leur obligation de signaler aux autorités chargées de l'application de la loi les cas de soupçon de fraude dans le pays ou à l'étranger. Des orientations sont données sur le moment de signaler ceux-ci, l'entité qui doit être notifiée et les informations à fournir.

Le fait pour un fonctionnaire de ne pas signaler des préoccupations ou des indices raisonnables d'activité criminelle peut lui valoir des mesures disciplinaires. En outre, dans certains pays, notamment du Groupe des États d'Europe orientale, la non-divulgence de soupçons, notamment d'infractions graves ou très graves, y compris certaines des infractions établies conformément à la Convention (telles que le blanchiment d'argent et la corruption), constitue une infraction pénale et est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de cinq ans dans certains cas. La dénonciation peut ne pas être obligatoire lorsqu'elle risque raisonnablement de déboucher sur des poursuites pénales contre le fonctionnaire ou des membres de sa famille.

Diverses mesures ont aussi été prises par les États parties pour encourager la coopération et l'échange d'informations entre les autorités nationales, y compris le devoir, ancré dans la loi, de coopérer et de fournir toutes les informations nécessaires aux services du ministère public ou aux organismes nationaux de lutte anticorruption. Les États parties qui n'imposent pas un tel devoir sont encouragés à faire en sorte que leur législation demande explicitement aux autorités publiques de répondre aux demandes pertinentes et de faire preuve de coopération. Il y a également des lois qui confèrent aux membres de ces services ou des organismes anticorruption le pouvoir et l'autorité nécessaires pour exiger et recueillir des renseignements et des rapports spécifiques d'organismes nationaux, provinciaux et locaux; demander l'appui de la police et des forces de sécurité dans le but de lancer des procédures et de convoquer des gens pour témoigner et analyser les informations produites par d'autres autorités publiques. Dans ce contexte, de nombreux examens ont mentionné spécifiquement les fonctions des services nationaux de renseignement financier de recevoir, d'analyser et de contrôler les déclarations d'opérations suspectes faites par diverses entités et de communiquer les preuves de corruption ou de blanchiment d'argent aux autorités publiques compétentes en vue de nouvelles mesures et d'enquêtes. Des accords interinstitutions, des mémorandums d'accord, des instructions ou des réseaux communs de coopération et d'interaction ont souvent été établis.

À titre d'exemples, on peut citer notamment diverses formes d'accords entre le ministère public ou l'autorité nationale chargée de la lutte anticorruption et différents ministères, entre les services nationaux de renseignement financier et d'autres parties prenantes engagées dans la lutte contre le blanchiment d'argent ou entre les différents organismes de détection et de répression eux-mêmes, et qui visent toutes à partager des renseignements sur la lutte contre la criminalité et la corruption et à mettre en œuvre d'autres formes de collaboration. Le partage actif d'informations est particulièrement recommandé.

Exemples d'application

Dans un État partie, une disposition constitutionnelle requiert que toutes les sphères du gouvernement coopèrent les unes avec les autres en toute confiance mutuelle et de bonne foi en entretenant des relations cordiales, en s'apportant les unes aux autres soutien et assistance, en se consultant sur des sujets d'intérêt mutuel et en adhérant aux procédures convenues. La politique établie demande une coopération effective entre les services du ministère public, les organismes d'enquêtes et les autres autorités publiques, et ne pas s'y conformer peut mener à des procédures disciplinaires.

D'autres pays ont lancé des comités interinstitutions d'application ou des systèmes d'échange de renseignements (parfois appelés "instances anticorruption" ou "instances d'intégrité") entre divers organismes; d'autres encore tiennent régulièrement des réunions de coordination. Ces initiatives, qui visent à permettre aux différents acteurs de se tenir régulièrement informés de l'évolution de la situation et à promouvoir la coordination et le partage d'informations entre tous ceux qui interviennent dans la lutte contre la fraude et la corruption, ont été notées comme des faits marquants positifs et même de bonnes pratiques.

Une importance particulière a été attachée à l'existence de registres (en particulier sous forme électronique), de bases de données, de systèmes de mise à jour automatique et d'autres moyens permettant de partager l'information pour promouvoir la coopération entre les autorités compétentes. Dans un cas, les autorités nationales ont été encouragées à mettre en œuvre des plans permettant à l'organisme national de lutte anticorruption d'avoir accès aux bases de données de toutes les institutions de l'État. Plus important encore, de nombreux experts gouvernementaux ont souligné la nécessité d'établir une base de données centrale unique ou un système national d'information central unique sur les infractions de corruption et la récupération des actifs de l'État (par exemple, au sein de l'organisme national de lutte anticorruption), car cela pourrait faciliter la transmission et la communication d'informations par les organismes publics aux autorités chargées des enquêtes et des poursuites et aussi aider à mieux suivre les affaires dès le début d'une enquête jusqu'à la fin de la procédure pénale. Toutefois, les bases de données partagées peuvent ne pas toujours répondre aux besoins d'un système judiciaire pénal et peuvent même nuire à d'autres considérations, notamment les exigences de confidentialité et de protection des données. C'est ainsi que les services de police d'un État partie ont indiqué qu'il fallait maintenir des bases de données séparées en raison des différences de mandats, et que tant que les procureurs et les agents chargés de l'application de la loi travaillent en étroite collaboration, les informations essentielles pertinentes seront partagées.

Enfin, il a été noté que la coopération en général serait renforcée par une analyse exhaustive de l'état, de la structure, de la dynamique et des tendances de la corruption ainsi qu'une analyse des activités de détection et de prévention de la criminalité, car cela permettrait de

déterminer les principales orientations futures de la lutte anticorruption. Des mesures visant à faciliter ces activités comprennent la collecte centralisée de statistiques, l'établissement unifié de rapports sur les affaires de corruption et la consolidation des rapports par un organisme unique. Là encore, la création de bases de données centralisées apparaît comme utile dans ce contexte, de même que la tenue régulière de conseils de coordination des organismes chargés de l'application de la loi et des organismes de contrôle.

Succès et bonnes pratiques

On a estimé que les détachements de personnel entre différents organismes gouvernementaux et services de détection et de répression chargés de la lutte contre la corruption, y compris le service national de renseignement financier, et la mise en place de personnel d'inspection de l'organisme de lutte anticorruption dans chaque ministère et au niveau régional favorisaient la coopération et la coordination interinstitutionnelle ainsi qu'un fonctionnement plus efficace de ces services.

Il a en outre été déterminé que le recours à la technologie moderne pour relier électroniquement les services du ministère public et les postes de police permettait d'accélérer les procédures d'enquêtes et de renvoi des affaires et facilitait le suivi et la collecte de données statistiques. Enfin, un État partie a été félicité pour avoir élaboré un processus informatique unique en vue de l'échange rapide, efficace et sécurisé de l'information entre la police et les services fiscaux ainsi que les organismes de placement.

Difficultés

Les difficultés les plus communes dans ce domaine ont trait à l'efficacité de la coordination interinstitutions et au renforcement de l'efficacité de la gestion des affaires de corruption, en particulier entre les organismes chargés de la lutte anticorruption; la réduction du risque d'enquêtes parallèles menées par des responsables et des procureurs ayant des compétences matérielles et territoriales concurrentes; le renforcement des capacités de ces organismes et des services de détection et de répression, notamment en matière de communication et de partage de données; et l'examen des moyens d'améliorer l'utilisation des ressources disponibles, par exemple par la création de synergies en vue d'établir des statistiques complètes sur la lutte contre la corruption. Un certain nombre d'observations et de recommandations ont été formulées dans ces domaines, notamment en ce qui concerne les États du Groupe d'Asie et du Pacifique et ceux du Groupe d'Europe orientale. Comme indiqué dans le contexte à la fois de l'article 38 et de l'article 36, l'amélioration et le renforcement de la coordination interinstitutions pourraient empêcher la fragmentation des efforts et permettre de disposer d'un système efficace d'"équilibre des pouvoirs" pour combattre efficacement la corruption.

Outre les considérations ci-dessus, il a été signalé que, dans certains cas, les fonctionnaires rechignaient à communiquer des informations aux organismes chargés de l'application de la loi de leur propre initiative, en particulier lorsque la dénonciation anonyme n'est pas prévue, et craignaient d'éventuelles représailles. Il est donc important de donner aux personnes qui signalent de bonne foi et coopèrent pour répondre aux demandes d'informations l'assurance qu'elles ne subiront aucune conséquence fâcheuse si l'assistance fournie ne conduit pas à des résultats concrets⁸⁶. Le manque de financement pour couvrir les frais

⁸⁶Ibid., art. 38, sect. II.

encourus lorsque des fonctionnaires témoignent dans des affaires de corruption et l'absence d'incitations financières pour encourager les fonctionnaires retraités à témoigner ont également été signalés comme des obstacles empêchant d'appliquer pleinement les dispositions de l'article considéré. En outre, dans un État partie, les organismes publics ne signalent pas régulièrement les incidents de corruption, mais s'emploient plutôt à les résoudre en prenant des mesures administratives de leur propre chef; cela a été considéré comme un compromis dans la lutte contre la corruption.

4. Coopération entre autorités nationales et secteur privé (article 39)

L'article 39 demande aux États parties de favoriser des relations de coopération entre leurs autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites et le secteur privé sur les questions relatives aux infractions de corruption. Cela se justifie par le fait qu'une telle coopération est importante pour détecter les actes de corruption et mener efficacement les enquêtes pertinentes⁸⁷. De fait, plusieurs États parties ont mentionné de solides cadres réglementaires et de corégulation régissant les relations entre le secteur privé et les services de détection et de répression, avec diverses mesures encourageant la coopération et les contrôles internes et allant de principes et de recommandations de gouvernement d'entreprise à des codes de conduite et des mémorandums d'accord en passant par des pactes d'intégrité, des promesses d'intégrité d'entreprise et autres partenariats officiels ou officieux avec les parties prenantes du secteur privé, les organismes de réglementation et d'autres acteurs pertinents. D'autres cadres comprennent des dispositions juridiques habilitant des fonctionnaires des services du ministère public ou de l'organisme national de lutte anticorruption à demander aux entités du secteur privé et aux individus des rapports et des éléments de preuve, dont certains sont énumérés au paragraphe 7 de l'article 31, et prévoyant des sanctions en cas de refus d'obtempérer.

Exemples d'application

Dans un État partie, l'organisme de lutte anticorruption coopère activement avec la société civile et a signé un mémorandum d'accord avec un réseau d'organisations non gouvernementales pour lutter contre la corruption. Ses agents participent régulièrement à des événements organisés par les ONG, mènent des activités de sensibilisation du public contre la corruption, et participent à des émissions de télé et de radio ainsi qu'à des tables rondes et autres débats publics. Dans le même temps, les représentants de la société civile contribuent à leur formation, tandis que les ONG communiquent des informations à l'organisme sur des allégations de corruption.

Dans un autre système juridique, le Ministère de la justice a créé un réseau de coopération anticorruption qui réunit les principaux organismes publics et d'autres parties prenantes représentant le secteur privé, la société civile et la recherche en vue de la coordination interorganismes et d'activités de sensibilisation. On espère que ce réseau sera un élément moteur des futurs efforts d'ajustement du dispositif juridique et institutionnel de lutte anticorruption dans le pays.

⁸⁷Dans ce contexte, voir aussi ONUDC, *Un programme de déontologie et de conformité contre la corruption pour les entreprises: guide pratique* (Vienne, 2013), p. 102 à 105.

Les mesures évoquées par les États parties sont le plus souvent liées à des institutions financières – l'un des principaux secteurs visés au paragraphe 1 de l'article 39 – et se concentrent souvent sur le blanchiment d'argent. Elles concernent, dans une large mesure, les activités des services nationaux de renseignement financier et en particulier l'obligation faite à une série d'entités déclarantes du secteur privé spécifiées dans la loi antiblanchiment d'argent (par exemple, banques, établissements de crédit, institutions financières, agents des sociétés de bourse, courtiers des marchés à terme et d'options, bureaux de change, sociétés d'assurance, notaires, juristes et auditeurs, etc.) de prendre des mesures diligentes requises, d'informer les services de renseignement financier respectifs (ou, dans certains cas, le ministère public) de toute transaction ou de tout fait suspects aux fins de la détection des infractions pénales et de fournir des renseignements et des documents aux agents autorisés sur demande. Normalement, lors de l'enquête sur des transactions suspectes signalées, les personnes concernées ne peuvent opposer l'argument ni du secret bancaire ou professionnel, ni du secret des opérations au service de renseignement financier, ni aucun accord juridique ou contractuel de confidentialité. Les mesures liées dans le domaine du blanchiment d'argent qui ont été notées comme étant de bonnes pratiques dans un État comprennent l'organisation de cours et d'ateliers de formation destinés aux intermédiaires financiers et aux vérificateurs ainsi que des initiatives visant à sensibiliser davantage les autorités nationales compétentes et le secteur privé.

Dans un certain nombre de cas, des recommandations ont été formulées pour demander d'étendre la coopération entre les autorités nationales de détection et de répression et les entités privées et de sensibiliser davantage le public à la lutte contre la corruption, en particulier lorsqu'il n'y a pas de politique de collaboration structurée, que seules des mesures relatives à la participation de la société civile ont été prises ou que les États parties n'ont mentionné que des partenariats avec des institutions financières dans le domaine du blanchiment d'argent. Les limitations sur l'obtention d'informations et de documents auprès d'établissements du secteur privé dues au secret bancaire et aux restrictions en matière de confidentialité imposées en dehors du contexte des transactions suspectes ont été notées comme autant de sujets de préoccupation et, dans un cas, il a été recommandé d'abaisser le seuil de transaction en espèces à partir duquel un rapport de signalement de transaction suspecte doit être soumis.

Encourager le signalement des infractions de corruption

Le paragraphe 2 de l'article 39 – une disposition non contraignante – impose aux États parties d'encourager leurs ressortissants et les autres personnes ayant leur résidence habituelle sur leur territoire à signaler aux autorités nationales chargées de l'application de la loi la commission d'une infraction, au même titre que les fonctionnaires. De fait, un certain nombre d'États parties ont établi une obligation générale de signaler les incidents de corruption, valable pour tous les citoyens ou pour des catégories professionnelles spécifiques du secteur privé. En outre, comme avec les fonctionnaires, la non-divulgaration de tels incidents par les citoyens peut parfois constituer en soi une infraction. Toutefois, il y a beaucoup moins d'États parties ayant des dispositions de ce type que d'États imposant une obligation de signalement à leurs fonctionnaires. Normalement, le secteur privé a un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le signalement, aux organismes chargés de l'application de la loi, des cas mettant en jeu des infractions établies par la Convention. Cela a été généralement accepté par les examinateurs mais, dans certains cas, des recommandations demandant l'adoption de mesures équivalentes ont été formulées, en particulier dans la mesure où les pays concernés ont introduit ou prévu d'introduire le délit de corruption dans le secteur privé dans leur cadre juridique.

Certains examens ont aussi fait état d'autres mesures encourageant les particuliers à signaler les infractions de corruption, y compris des procédures pratiques facilitant le signalement des cas de corruption, la mise en place de lignes téléphoniques, de services Internet et d'outils

électroniques pour signaler les infractions en général et les cas de corruption en particulier, l'information du public sur ces possibilités (par exemple, par des conférences, des expositions, la publicité dans les médias et des campagnes promotionnelles) et la mise en œuvre de programmes de coopération destinés à combattre et à prévenir la criminalité et auxquels participent toutes les parties prenantes concernées (les membres du gouvernement, la police, les médias et la collectivité). L'établissement de camps de jeunes et l'élaboration de méthodes plus créatives de lutte anticorruption mettant en jeu la participation de ceux-ci à cette lutte ont été soulignés comme étant de bonnes pratiques. L'ouverture d'une ligne téléphonique spéciale sans frais d'interurbain sur la corruption par le service de lutte anticorruption compétent du bureau du procureur dans certains États a aussi été considérée comme un exemple important et positif d'application du paragraphe 2 de l'article 39. Dans d'autres cas, la mise en place et l'utilisation d'un portail national d'examen des plaintes et des signalements ou d'un "bureau d'information et de vérification" pour le dépôt des plaintes ont été notées avec satisfaction. Les États parties devraient éviter, d'une manière générale, de limiter ces possibilités à des secteurs particuliers (par exemple, le procureur) et veiller à assurer la visibilité des moyens de signalement ainsi qu'à faciliter l'accès à ces derniers. Dans le même contexte, il a été souligné que la mise en œuvre de la disposition au niveau national pourrait être améliorée et plus efficace grâce au renforcement des capacités de collecte et de systématisation des informations recueillies au moyen des lignes téléphoniques spéciales sur la corruption (par exemple, nombre de signalements reçus, nombre de signalements qui ont contribué à des enquêtes ou des poursuites concernant des infractions de corruption, et suite donnée à ces signalements). Il conviendrait de noter que certaines de ces mesures coïncident avec celles énoncées ci-dessus aux sections C et D du chapitre II et soulèvent de nombreuses questions qui y ont été examinées, par exemple en ce qui concerne la sûreté physique et la sécurité d'emploi des personnes déclarantes, la nécessité de garder confidentielle leur identité et la possibilité de rapports anonymes.

Exemple d'application

Afin de faciliter le signalement d'actes de corruption aux autorités chargées des poursuites, le bureau du procureur général d'un pays a créé un outil électronique au moyen duquel la personne déclarant l'infraction alléguée doit décrire les faits, insérer des dates, identifier le suspect et les entités impliquées et expliquer comment elle a eu connaissance de l'acte de corruption. La personne qui signale l'acte a un mot de passe pour accéder à sa communication et a également accès à l'enquête. Son identité est protégée et les signalements, confidentiels, peuvent ou non conduire à l'ouverture d'une procédure pénale.

Une mesure de nature différente, mais qui vise également à encourager les gens à signaler la commission d'infractions, est la mise en place d'incitations matérielles ou immatérielles. Dans plusieurs États parties, notamment du Groupe des États d'Asie et du Pacifique et dans certains États africains, les personnes qui communiquent des informations permettant de récupérer des avoirs qui appartenaient à l'État, de découvrir toutes les infractions signalées ou certaines infractions spécifiques (y compris des infractions de corruption et de détournement de fonds) ou, d'une manière générale, d'arrêter un délinquant, peuvent demander une récompense financière, soit de l'État lui-même (par exemple, un montant équivalant au dixième de la valeur des biens confisqués auprès du délinquant) soit, plus rarement, sur des fonds privés recueillis dans le cadre d'un programme de coopération pour la lutte contre la criminalité. Dans quelques-uns de ces cas, la disposition pertinente a été notée comme une bonne pratique, même là où elle n'avait pas encore été appliquée. Dans certains États parties, la loi

prévoit la possibilité de récompenser les membres du public ou des fonctionnaires qui ont fourni une assistance dans la prévention et l'éradication des actes de corruption.

Difficultés

Un sujet de préoccupation est que les entités du secteur privé semblent parfois préférer demander de l'aide à leurs associations professionnelles, pour régler un différend lié à la corruption dans le cadre d'une procédure civile, plutôt que de passer par la procédure pénale officielle. Même lorsque ces entités s'adressent aux autorités, elles fournissent souvent des informations incomplètes ou de qualité insuffisante. Dans un contexte similaire, quelques examens ont analysé les aspects de politique anticorruption visés au paragraphe 2 de l'article 39 dans une perspective plus large, en attirant l'attention sur le fait qu'il est extrêmement important d'amener le public à avoir confiance et foi dans le cadre institutionnel chargé de faire respecter la primauté du droit, comme condition préalable essentielle pour convaincre les citoyens, ainsi que les entités du secteur privé, de signaler les infractions de corruption. Cela passe par la supervision des citoyens (par exemple, à travers le droit à l'information) et, par-dessus tout, l'assurance de la transparence, de la responsabilisation et de la cohérence du système judiciaire, y compris la conclusion en temps voulu des poursuites pénales. Il a été noté avec satisfaction que dans la poursuite de ces objectifs, l'un des États en question avait, entre autres, reconnu les limites de l'autorégulation en ce qui concerne la supervision de la profession juridique, interdit les procédures judiciaires à huis clos et les réunions tenues en l'absence de la partie adverse, amélioré le système disciplinaire concernant la possibilité de manquements de la part des juges, réformé la gestion des processus en éliminant la possibilité de choisir les juges et renforcé le mode de traitement des affaires de justice.

B. Autres dispositions

1. Secret bancaire (article 40)

Comme cela a déjà été indiqué ci-dessus à la section B du chapitre II, le secret bancaire ne semble pas poser de problèmes sérieux dans la plupart des systèmes juridiques. Le respect des dispositions de la Convention ayant trait au signalement des transactions suspectes et à la création d'un service de renseignement financier (art. 14 et 58) peut déjà être considéré comme une étape fondamentale vers l'élimination des obstacles que pose l'application du secret bancaire en ce qui concerne les enquêtes pénales nationales. L'article 40 complète ces dispositions en introduisant une obligation plus large de faire en sorte que les lois et règlements protégeant les informations bancaires soient modifiés pour permettre de mettre en œuvre efficacement les mesures de lutte anticorruption.

De fait, même dans les cas où des règles de secret bancaire strictes sont en place, les États parties ont déclaré avoir des mécanismes appropriés pour non seulement surmonter les obstacles découlant de ces règles lors des enquêtes relatives aux infractions établies conformément à la Convention, mais aussi obliger les banques et les institutions financières à dévoiler les informations qu'elles détiennent sur leurs clients ou sur toute autre opération ou transaction qu'ils font avec elles, à la demande d'un juge, d'un procureur ou de toute autre autorité compétente (y compris, dans la plupart des cas, le service de renseignement financier) généralement en fonction du stade de la procédure⁸⁸. Cela implique également que les personnes qui

⁸⁸En ce qui concerne la question de savoir qui devrait avoir l'autorité de lever le secret bancaire, dans quelles circonstances et à quelles fins, voir *ibid.*, art. 40, sous-sect. II.1.

donnent des signalements ou des informations aux autorités compétentes soient à l'abri de sanctions civiles, pénales ou administratives et exemptées de toute responsabilité découlant de la divulgation de secrets, c'est-à-dire d'informations qu'elles avaient l'obligation de ne pas divulguer. La pratique consistant à accorder aux services de détection et de répression un accès efficace et rapide aux informations financières a été spécialement mentionnée. Les dispositions législatives réduisant les prescriptions de preuves ou de procédures concernant les ordres mettant en jeu la levée du secret bancaire dans le cadre d'enquêtes pénales et permettant aux procureurs et aux autres personnes chargés des enquêtes préliminaires d'interdire aux institutions financières d'informer les clients et les parties externes que certaines vérifications sont en cours ont été très bien accueillies.

Succès et bonnes pratiques

Un registre national des comptes bancaires a été créé dans un État partie pour faciliter le travail des services d'enquête. Il est tenu par la Direction générale des finances publiques et est utilisé pour identifier les comptes de toutes sortes (comptes bancaires, postaux, d'épargne, etc.) et pour fournir aux personnes autorisées (y compris le pouvoir judiciaire et les fonctionnaires de la police judiciaire enquêtant sur une infraction pénale) des informations sur les comptes de particuliers ou d'entreprises. Des registres centralisés similaires de comptes bancaires, tenus par les autorités fiscales, les banques centrales ou les services de renseignement financier existent dans d'autres pays et ont été recommandés par les acteurs pertinents et les examinateurs comme un moyen efficace de gagner du temps et d'accroître l'efficacité des procédures pertinentes, à condition qu'ils soient régulièrement actualisés et que les responsables de l'application de la loi aient accès de manière appropriée à leur contenu.

Exceptionnellement, il a été constaté que les lois de quelque 12 États comportaient beaucoup de limitations sérieuses: dans les deux premiers, déjà mentionnés ci-dessus à la section B du chapitre II, la collecte et la communication de renseignements bancaires ne sont pas possibles pour les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de moins de quatre ans, y compris un certain nombre d'infractions établies dans la Convention – mais, dans un cas, un projet de loi était en cours pour régler ce problème. Dans au moins neuf autres États du Groupe des États africains et du Groupe des États d'Asie et du Pacifique, les moyens juridiques disponibles pour surmonter les obstacles découlant des lois ayant trait au secret bancaire semblent ne se rapporter qu'aux enquêtes nationales sur les affaires de blanchiment d'argent et ne pas s'appliquer aux autres infractions liées à la corruption.

En dehors de ces exceptions, il a été noté dans les quelques systèmes juridiques où la levée du secret bancaire a été un sujet de préoccupation que les obstacles étaient surtout liés aux retards possibles durant le processus d'obtention de l'autorisation judiciaire à cet effet. Ces retards pourraient avoir, entre autres conséquences, que des suspects soient prématurément informés d'une enquête en cours. Un certain nombre de recommandations ont donc été formulées pour demander aux États d'envisager d'assouplir les normes et les procédures dans les enquêtes nationales sur les affaires de corruption en tenant compte de l'approche globale de la législation nationale en ce qui concerne l'autorité capable d'accorder l'autorisation nécessaire. Par exemple, dans un cas où le secret bancaire peut être levé sur autorisation de la juridiction compétente, à la demande du procureur lorsqu'il existe des preuves d'agissements délictueux, il a été recommandé d'assouplir les exigences formelles pour l'obtention d'une autorisation – peut-être compte tenu du fait qu'une procédure simplifiée est déjà en place dans

l'État partie en question en ce qui concerne le blanchiment d'argent, en vertu de laquelle le procureur général peut exiger des banques de fournir les données pertinentes. Des recommandations similaires ont été formulées dans un État où la procédure de demande de relevés bancaires, même si elle est faite à l'insu de la partie adverse, pourrait faire l'objet de longues contestations judiciaires, entraînant ainsi des retards inutiles qui pourraient entraver les enquêtes en cours. Il a été recommandé d'introduire un registre central de comptes bancaires dans un autre État où une ordonnance du tribunal de dévoiler des renseignements doit d'abord être envoyée aux associations bancaires du pays, et seulement ensuite transmise aux (certaines de) banques qui en sont membres, tant les associations que les banques concernées ayant le pouvoir de contester cette ordonnance dans le cadre d'un processus qui peut prendre jusqu'à plusieurs semaines.

Dans un autre cas tout particulièrement, il a été noté que les enquêteurs avaient du mal à obtenir la levée du secret bancaire, non seulement en raison des retards dans le traitement des demandes de levée de ce secret par les juges et la communication ultérieure d'informations par les banques, mais en raison des normes particulièrement strictes concernant les preuves imposées par le juge en charge pour accorder son autorisation. Aussi a-t-il été recommandé de prendre des mesures propres à faciliter l'application, dans la pratique, des normes relatives à la levée du secret bancaire.

Enfin, dans un État partie, alors que les organismes chargés de l'application de la loi et les juges peuvent, dans la pratique, obtenir ou saisir des documents bancaires, commerciaux ou financiers auprès des banques et autres établissements financiers, cela semble conditionné par une autorisation écrite du président de la banque centrale. Une recommandation visant à éliminer cette exigence a été formulée.

2. Antécédents judiciaires (article 41)

L'article 41 – une disposition facultative – suggère que les États parties examinent l'opportunité de tenir compte de toute condamnation précédente éventuelle de l'auteur présumé d'une infraction dans un autre État, afin d'utiliser cette information dans le cadre d'une procédure pénale relative à une infraction établie conformément à la Convention. D'après une note interprétative, le terme "condamnation" devrait s'entendre d'une condamnation qui n'est plus susceptible de recours⁸⁹.

Cet article n'a pas été appliqué dans de nombreux (plus du tiers) systèmes juridiques. Dans certains cas, il semble qu'il n'y ait aucune législation ni aucune pratique sur l'utilisation des dossiers criminels étrangers, mais certaines autorités nationales font parfois valoir que cela pourrait être théoriquement possible étant donné qu'aucune disposition ne l'interdit et qu'il est généralement possible d'accepter des documents de procédures émis par le système juridique d'un autre pays. Dans d'autres États parties, il est clair que des condamnations précédentes dans un autre État partie ne peuvent être prises en compte en ce qui concerne la corruption ou peuvent l'être seulement dans une mesure limitée (par exemple, lorsqu'elles sont liées au blanchiment d'argent ou proviennent d'un État membre d'une organisation régionale). Le Code pénal d'un pays stipule que si une infraction a fait l'objet de poursuites dans un autre système juridique et que cela a abouti à une condamnation et à l'exécution d'une peine, le tribunal national (en jugeant la même affaire) doit, dans la détermination de la peine,

⁸⁹ *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, partie I, chap. III, art. 41, sect. C (p. 339).

tenir compte de celle purgée à l'étranger. Les examinateurs ont considéré cette disposition comme conforme à la Convention. Toutefois, les dispositions de ce genre ne comportent pas un examen général du casier judiciaire des délinquants à l'étranger (dans le cadre de poursuites pénales pour des faits différents) et ne sont que très peu pertinentes pour l'application de cet article.

D'un autre côté, les tribunaux nationaux peuvent, dans la majorité des cas, tenir compte de condamnations prononcées ailleurs, que ce soit dans le cadre de la détermination de la responsabilité d'une personne accusée d'une infraction de corruption (par exemple, comme preuve de moralité douteuse ou de manque de crédibilité d'une personne) ou, comme c'est plus souvent le cas, au stade de fixer la peine d'un coupable (par exemple, pour déterminer s'il y a récidive, des circonstances atténuantes telles qu'une conduite passée irréprochable ou l'application d'une peine complémentaire ou d'une mesure de sécurité). Nombreux sont les États prévoyant cette possibilité qui sont liés par des instruments internationaux tels que la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (art. 56) et la décision-cadre 2008/675/JAI du 24 juillet 2008 du Conseil de l'Union européenne relative à la prise en compte de condamnations entre les États membres à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, établissant une obligation minimale d'attacher à une condamnation prononcée dans un autre État tous les effets ou une partie des effets que leur loi interne attache aux jugements rendus sur leur territoire.

Exemple d'application

Le Code pénal d'un État partie prévoit que toute condamnation dans un autre État est considérée en principe comme égale à une condamnation dans cet État partie si elle est prononcée pour une infraction qui est également punissable en vertu du droit national, et si le jugement a été rendu à la suite d'une procédure conforme aux principes énoncés à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les conditions dans lesquelles une condamnation antérieure est prise en compte, les conséquences attachées par les différentes législations nationales à des condamnations antérieures, les questions comme celles de savoir si ces effets sont considérés par la législation nationale comme des questions de fait ou de droit procédural ou matériel, et s'ils doivent s'appliquer au stade d'avant le procès (par exemple, en ce qui concerne les règles de la détention provisoire), durant le procès ou au moment de l'exécution de la condamnation, sont toutes laissées à la discrétion des États parties. Certains examinateurs semblent considérer l'utilisation du casier judiciaire d'un autre État uniquement pendant la phase de détermination de la peine comme seulement partiellement suffisante, mais n'importe laquelle des options susmentionnées satisfait à la disposition de la Convention en vertu de laquelle les États peuvent prendre en compte les condamnations antérieures dans un autre État dans les procédures pénales concernant des infractions de corruption, dans les conditions et aux fins qu'ils jugent appropriées. De fait, la logique du casier judiciaire dans la plupart des États n'est rien d'autre que de permettre l'imposition de sanctions et de mesures de sécurité appropriées et proportionnées, en garantissant les effets préventifs nécessaires et en reflétant, entre autres, la personnalité et le comportement antérieur du délinquant⁹⁰.

⁹⁰Voir *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 41, sect. II.

Toutefois, la seule possibilité théorique des effets ci-dessus peut se révéler insuffisante si les autorités nationales n'ont pas connaissance d'une condamnation prononcée à l'étranger. Les États parties devraient donc s'efforcer de recueillir des données à partir des casiers judiciaires d'autres États, en particulier sur leurs ressortissants, ce qui se fait souvent en se référant à des accords d'entraide judiciaire bilatérale ou à d'autres instruments juridiques internationaux en matière pénale tels que l'Accord de Riyad sur la coopération judiciaire (art. 5), la décision-cadre 2009/315/JAI du 26 février 2009 du Conseil de l'Union européenne concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les États membres, la Convention sur l'assistance juridique en matière pénale entre les États membres de la communauté des pays lusophones (art. 17), la Convention sur l'assistance judiciaire et les relations juridiques en matière civile, familiale et pénale de la Communauté d'États indépendants (art. 79) et la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (art. 13 et 22). Ces instruments énoncent des dispositions sur l'échange de données nationales de jugement avec d'autres États et, plus particulièrement, sur l'échange régulier d'informations ayant trait aux condamnations pénales ou aux mesures de sécurité imposées à des ressortissants ou des résidents des États participants sur le territoire les uns des autres. En outre, des informations relatives aux jugements prononcés à l'encontre de délinquants par d'autres pays sont régulièrement échangées à travers des instruments généraux d'entraide juridique et par l'intermédiaire des services de police ainsi que des réseaux des services de renseignement financier (par exemple, en ce qui concerne les infractions présumées de blanchiment d'argent).

Exemples d'application

Dans un État partie, les données concernant un citoyen ou un résident permanent, un étranger titulaire d'un permis de séjour ou d'un droit de résidence permanente, ou une personne morale enregistrée dans le pays qui ont été condamnés par un tribunal d'un autre État sont consignées dans le registre des peines, dans les cas déterminés et conformément à la procédure prescrite par les conventions internationales et les accords de coopération entre les organismes publics.

Les États membres de l'Union européenne ont établi en 2012 le Système informatisé européen d'information sur les casiers judiciaires, qui permet l'échange de renseignements sur les condamnations et les extraits de casiers judiciaires d'une manière presque entièrement automatisée et sécurisée, avec traduction automatique, un tableau des infractions et des sanctions qui sont valables pour tous les États membres et un code unique pour chaque famille d'infractions et de sanctions. Ce système permet aux juges et aux procureurs d'accéder facilement à des informations complètes sur l'historique des condamnations de tout citoyen de l'Union européenne, quel que soit le pays de l'Union où il a été condamné dans le passé.

Les États parties qui envisagent une application plus complète de l'article 41 peuvent trouver utile d'établir une base de données unifiées sur les casiers judiciaires et de permettre à d'autres pays d'y avoir directement accès, ce qui, d'un point de vue tant juridique que technique, facilitera le partage d'informations. En ce qui concerne l'aspect juridique, les États parties doivent déterminer si leur législation permet la communication à d'autres États de données comme celles du casier judiciaire, et la revoir en conséquence. S'agissant de l'aspect technique, il peut s'avérer pratique pour les États parties de désigner une autorité centrale chargée de l'échange international de l'information pertinente. Cette tâche peut être confiée à l'autorité chargée de la coopération internationale en matière pénale⁹¹.

⁹¹Ibid.

3. Compétence (article 42)

En ce qui concerne la compétence nationale à l'égard des infractions établies conformément à la Convention (droit pénal international au sens strict), les dispositions contraignantes de l'article 42 exigent d'abord que les États parties adoptent les principes de territorialité et de pavillon ainsi que le principe *aut dedere aut judicare* (extrader ou juger) aux fins du paragraphe 11 de l'article 44, c'est-à-dire dans les cas où ils n'extradent pas une personne au seul motif qu'il s'agit d'un de leurs ressortissants.

Principes de territorialité et de pavillon

Tous les États parties sauf un ont une compétence établie pour les actes commis entièrement ou partiellement sur leur territoire (ou ayant un effet sur celui-ci) quelle que soit la nationalité du délinquant, tel que requis par l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 42 et la note interprétative pertinente de la Convention⁹². La seule exception importante concerne un pays où le corps de la législation anticorruption n'est pas applicable à une partie semi-autonome de son territoire, tandis que quelques autres États appliquent des restrictions en ce qui concerne les infractions commises à bord de navires battant pavillon d'un autre État dans les ports nationaux ou dans leurs eaux territoriales, et à bord d'aéronefs survolant leur espace aérien. Tout aussi problématique est le cas d'un État qui ne semble avoir aucune réglementation sur la question de la compétence.

La territorialité est souvent interprétée au sens large, ce qui signifie, d'une part, qu'il suffit d'un lien réel et important entre l'infraction et le territoire national et, d'autre part, que les tentatives ou les actes préparatoires sont pris en considération, même s'ils ont lieu hors du territoire national, si l'infraction pénale devait être commise entièrement ou partiellement sur ledit territoire. La mise en place de la compétence territoriale s'applique normalement aussi aux infractions commises à l'aide de techniques informatiques et, dans ce cadre, il est généralement entendu que la Convention couvre l'exercice de la compétence sur les infractions commises à l'aide de ces techniques, même si leurs effets se sont produits hors du territoire de l'État partie.

La grande majorité des États parties étendent également leur compétence territoriale aux infractions commises entièrement ou partiellement à bord d'aéronefs immatriculés conformément à leur droit interne ou de navires battant leur pavillon, comme stipulé par la disposition de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article 42. Dans quelques cas, la compétence nationale s'étend même aux aéronefs étrangers s'ils atterrissent sur le territoire national après que l'infraction a été perpétrée. En revanche, environ un sixième des États parties, dont la plupart ont des systèmes de *common law*, ne semblent pas appliquer le principe de pavillon ou ne l'appliquent pas dans toutes les occasions possibles (par exemple, en ce qui concerne les infractions liées à la corruption ou hors de leurs frontières nationales). Dans la plupart des cas, des recommandations appropriées ont été formulées à cet égard.

⁹²Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, partie I, chap. III, sect. C (p. 351).

Succès et bonnes pratiques

D'après les règles de compétence d'un État partie, une infraction pénale est considérée comme ayant été commise sur le territoire national si le délinquant a: *a*) commis l'acte, au moins en partie, sur le territoire national, même si la violation effective d'un intérêt protégé ou la menace pour cet intérêt s'est produite ou devait se produire, entièrement ou partiellement, en dehors de ce territoire; *b*) commis l'acte en dehors du territoire national, si la violation effective d'un intérêt protégé ou la menace pour cet intérêt devait se produire sur son territoire, ou si une telle conséquence aurait dû se produire, au moins en partie, sur son territoire; ou *c*) commis l'acte en dehors du territoire national à bord d'un navire battant son pavillon national, ou à bord d'un aéronef inscrit dans le registre national des aéronefs.

Aut dedere aut judicare (extrader ou juger)

En ce qui concerne l'adoption du principe *aut dedere aut judicare* (extrader ou juger), qui exige tout d'abord la possibilité d'établir une compétence sur les infractions commises à l'étranger par des ressortissants d'un pays, la plupart des États parties ont (au moins dans une certaine mesure) mis en œuvre la prescription pertinente et ont parfois été félicités pour cette pratique par les examinateurs. Plusieurs États parties ont mis en place des mesures qui interdisent l'extradition de nationaux ou ne l'autorisent que dans le cadre de traités internationaux, et conformément au principe de réciprocité; cette question est examinée plus avant à la section A du chapitre I de la deuxième partie ci-dessous. Toutefois, il convient de noter que dans un certain nombre de cas, il n'y a pas de restrictions constitutionnelles ou juridiques à la remise, par extradition, de ses propres ressortissants par un pays. De fait, la tendance parmi de nombreux États parties ayant un système de *common law* est de ne pas refuser d'extrader leurs propres ressortissants en raison de la nationalité, ce qui signifie que dans ces pays, la question des poursuites en lieu et place de l'extradition n'a de l'importance que si l'extradition est refusée pour d'autres raisons.

En revanche, le paragraphe 4 de l'article 42, qui exhorte les États parties à établir leur compétence dans tous les cas où un délinquant présumé n'est pas extradé, ne semble pas appliqué ou n'est appliqué que dans des circonstances limitées (par exemple, en ce qui concerne le blanchiment d'argent ou lorsque cela est stipulé dans un traité bilatéral ou multilatéral) dans la majorité des États. Dans ces pays, l'application du principe extrader ou juger se limite habituellement à permettre une compétence extraterritoriale sur les cas de non-extradition de nationaux. Toutefois, il convient de noter qu'il peut souvent y avoir d'autres raisons qui empêchent l'extradition d'un délinquant telles que les questions liées aux conditions des droits humains dans l'État requérant. Ces situations peuvent survenir en particulier dans les cas impliquant des infractions de corruption. Il importe donc que ces obstacles à l'extradition ne se traduisent pas par l'impunité du contrevenant.

Exemples d'application

Dans un État partie, l'extradition des ressortissants du pays est possible. Si un traité international établit que la nationalité est sans objet aux fins d'extradition, la personne n'aura pas la possibilité d'être poursuivie par les tribunaux nationaux, mais doit être

extradée. La tendance est que les demandes d'extradition de ressortissants sont acceptées. En l'absence de traité d'extradition, la personne peut avoir la possibilité d'être poursuivie dans son propre pays par le même tribunal qui aurait le pouvoir de rejeter l'extradition. Dans ce cas, il sera demandé à l'État requérant l'extradition de transmettre toutes les preuves existantes. Ainsi, l'État en question a pleinement honoré l'obligation de poursuivre ses propres ressortissants quand une demande d'extradition est rejetée uniquement en raison de la nationalité.

En plus de ce qui précède, la législation pénale d'un autre État est également applicable à un étranger qui commet à l'étranger, contre un autre pays ou un étranger, une infraction punissable en vertu de la loi du pays où elle a été commise par une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus, si cette personne est appréhendée sur le territoire de l'État en question, mais n'est pas livrée à un pays étranger. Sauf dispositions contraires, un tribunal ne peut dans ce cas imposer une peine plus lourde que celle prévue par la loi du pays dans lequel l'infraction pénale a été commise.

Enfin, la loi d'un troisième État est applicable à toute infraction pénale commise par un ressortissant étranger dans un autre pays, si elle est considérée comme une infraction pénale en vertu du droit national et est également punissable conformément à la loi du pays où elle a été commise. Une base juridictionnelle est fournie non seulement lorsque l'extradition est refusée en raison de la nationalité, mais également lorsqu'elle est refusée pour d'autres motifs sans lien avec la nature de l'infraction.

Outre les principes de base ci-dessus, les États parties sont également encouragés (au paragraphe 2 de l'article 42) à élargir le champ de leur compétence extraterritoriale aux cas où les victimes sont leurs ressortissants (principe de personnalité passive), lorsque l'infraction est commise par un de leurs ressortissants ou par une personne apatride résidant sur leur territoire (principe de personnalité active), que l'infraction est liée à des infractions de blanchiment d'argent dont la commission est prévue sur leur territoire ou qu'elle est commise contre l'État (protection de l'État). De fait, la plupart des pays ont élargi le champ de leur compétence pour inclure un ou plusieurs des liens juridictionnels ci-dessus, et très peu d'entre eux continuent de se conformer à une tradition de compétence essentiellement territoriale qui ne prévoit aucune forme de compétence extraterritoriale en matière de corruption.

Principe de personnalité active

Parmi les options de base de compétence extraterritoriale, celle à laquelle on devrait attacher le plus d'importance semble être le principe de personnalité active, compte tenu également de la nécessité de couvrir les infractions telles que celle de corruption internationale, commise en principe par des nationaux à l'étranger⁹³. De fait, l'application de l'alinéa 1 de l'article 16 passe par ce principe. La plupart des États parties ont introduit les dispositions pertinentes, au moins en ce qui concerne les infractions les plus pertinentes de corruption à l'étranger et/ou de blanchiment d'argent, et les appliquent parfois lorsque le délinquant obtient la citoyenneté après que l'infraction a été commise. Les examinateurs ont formulé des observations sur les dispositions juridictionnelles générales de cette nature, applicables à la fois à la conduite dans le pays et à celle des citoyens, des résidents et des entreprises à l'étranger et ont souligné comme une bonne pratique les versions étendues du principe de personnalité active, couvrant

⁹³ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 213; et *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, chap. III, art. 42, sous-sect. II.3.

toutes les infractions commises à l'étranger par des fonctionnaires nationaux et des membres du corps diplomatique dans l'exercice de leurs fonctions ou en conséquence de celles-ci, ou spécifiquement les actes de corruption commis à l'étranger par des ressortissants étrangers exerçant une autorité publique nationale ou par des fonctionnaires d'une organisation internationale basée sur le territoire national.

Exemple d'application

En ce qui concerne la corruption, un principe de personnalité active étendue s'applique dans un système juridique à toutes les personnes ayant des "liens étroits" avec l'État partie, ce qui englobe non seulement les citoyens mais aussi les personnes résidant habituellement dans le pays et les personnes morales constituées en vertu du droit interne (y compris les filiales nationales de sociétés étrangères).

Des problèmes ont été relevés dans environ un cinquième des États parties, notamment du Groupe des États d'Asie et du Pacifique ainsi que du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, en ce qui concerne le fait que le principe de personnalité active n'a pas été établi comme prévu dans la Convention (par exemple, il était limité aux personnes comme les responsables ou les représentants diplomatiques exerçant des fonctions officielles à l'étranger), ainsi que dans au moins un quart des États parties où les dispositions pertinentes ne sont pas étendues aux apatrides résidant habituellement sur leur territoire. En dehors de ces cas, la disposition de la double incrimination (ou de l'absence de toute autorité de l'État pour l'exercice du pouvoir judiciaire au lieu de commission) est appliquée dans plusieurs États parties aux infractions commises à l'étranger par un ressortissant, mais ce principe général ne peut être applicable en ce qui concerne les infractions graves, les délits de corruption, d'autres infractions contre le service ou spécifiquement en ce qui concerne les infractions de corruption active et passive et/ou de trafic d'influence commises vis-à-vis des fonctionnaires nationaux et étrangers. La disposition de la double incrimination signifie normalement que la conduite incriminée devrait être punissable dans le pays où elle a eu lieu. Il n'est pas nécessaire que la qualification de l'infraction soit la même dans les deux pays, et la question de savoir s'il est réellement possible de poursuivre l'auteur de l'infraction n'est pas non plus importante. Par exemple, cela n'a aucune importance si les infractions sont éteintes par l'expiration du délai de prescription en vertu de la loi de l'autre pays.

Par ailleurs, les ressortissants ne peuvent être poursuivis en justice dans certains États parties pour un certain nombre d'infractions commises à l'étranger que sur la base d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit, ou d'une dénonciation officielle par les autorités du pays où l'infraction a été commise. Dans un certain nombre de ces pays, les examinateurs ont considéré que, pour les infractions commises à l'étranger par leurs ressortissants, les États parties à la Convention étaient encouragés à établir leur compétence sans condition et, pour cette raison, ils ont recommandé que les États en question retirent la condition susmentionnée du droit national. Des recommandations similaires ont été formulées dans les États dont la juridiction nationale s'étend aux infractions commises par leurs ressortissants à l'étranger uniquement lorsqu'elles vont à l'encontre des droits légaux d'un autre de leurs ressortissants ou lorsqu'une demande d'extradition de l'autre l'État est refusée en raison de la nationalité de l'auteur, conformément au principe *aut dedere aut judicare*. Toutefois, les dispositions du paragraphe 2 de l'article 42 sont facultatives et donnent aux États parties un large éventail d'options en ce qui concerne la détermination des bases juridictionnelles de leur droit pénal.

Principe de personnalité passive

Dans environ la moitié des États parties, le principe de personnalité passive n'a pas été établi ou est restreint ou encore n'est pas clairement défini, ce qui, dans certains cas, a conduit aux recommandations correspondantes des examinateurs. Lorsqu'il y a des dispositions établissant la compétence concernant les infractions commises contre des ressortissants en dehors du territoire de l'État, elles ne couvrent pas les infractions de moindre importance; de plus, il peut s'avérer nécessaire que la condition de double incrimination (ou de l'absence d'une autorité de l'État exerçant le pouvoir judiciaire au lieu de commission) soit remplie, comme c'est aussi le cas avec le principe de personnalité active.

Exemple d'application

La loi d'un État partie reconnaît un principe de personnalité passive étendue, en vertu duquel les tribunaux nationaux ont compétence sur une infraction commise à l'étranger contre un citoyen ou une société, une fondation ou une autre entité juridique nationale, ou contre un étranger qui est résident permanent dans le pays, si l'infraction est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de six mois. En outre, la disposition de la double incrimination s'applique, ce qui signifie que si l'infraction a été commise sur le territoire d'un autre État, le droit national ne s'applique que si elle est aussi punissable en vertu de la loi du lieu de commission et qu'une peine aurait pu être imposée par un tribunal de cet autre État. Dans ce cas, une sanction plus sévère que celle prévue par la loi du lieu de commission ne peut être imposée.

Protection de l'État

Dans la plupart des États parties, le principe de la protection de l'État a été limité ou n'a pas été établi en ce qui concerne les infractions prévues par la Convention et des recommandations ont souvent été formulées en conséquence. Elles concernent les pays dont les règles de compétence ne concernent que des infractions commises contre la sécurité nationale, la sécurité extérieure ou intérieure ou le système constitutionnel de l'État. On ne peut considérer les infractions de corruption comme appartenant à ces catégories. Ces recommandations concernent également les pays dont les lois portent sur les infractions commises à l'encontre des fonctionnaires nationaux dans le cadre de leur emploi ou de leur service ou en rapport avec ledit emploi ou service, dans la mesure où certaines infractions liées à la corruption (en particulier la corruption active) ne font pas du fonctionnaire lui-même une victime (les infractions ne sont pas commises contre lui). La question mérite un examen plus approfondi dans la mesure où certains examinateurs ont exprimé une opinion différente à cet égard.

La plupart des pays qui reconnaissent le principe de protection de l'État se réfèrent généralement à des actes dirigés contre les droits ou les intérêts nationaux, militaires ou économiques de l'État, des actes dirigés contre l'exercice de l'autorité de l'État ou portant atteinte à celle-ci, ou des infractions commises contre l'État ou l'administration publique. L'adoption de bases de compétence de ce genre peut se révéler particulièrement importante en ce qui concerne les affaires de corruption dans lesquelles un étranger a soudoyé un fonctionnaire à l'étranger. Dans ces cas, le principe de protection de l'État permet de poursuivre l'auteur de la corruption (l'étranger), parce que l'infraction de corruption cible les intérêts de l'État, à savoir le bon fonctionnement de ses institutions publiques et de son administration.

Exemple d'application

Conformément à la loi d'un État partie, les actes criminels suivants commis à l'étranger sont l'objet de poursuites indépendamment de la loi pénale de l'État étranger où l'acte criminel a été commis: *a)* les violations délictueuses des fonctions officielles, la corruption et d'autres actes criminels connexes, si l'acte a été commis au profit d'un fonctionnaire national; et *b)* les actes criminels commis contre un fonctionnaire national dans le cadre de l'exercice de ses fonctions officielles.

Compétence pour les actes préparatoires du blanchiment d'argent

En ce qui concerne la base de compétence facultative suggérée à l'alinéa c du sous-paragraphe 2 de l'article 42 pour les tentatives et les actes de nature participative commis hors du territoire d'un État en vue de la commission d'une infraction de blanchiment d'argent sur son territoire, les États parties n'ont normalement introduit aucune disposition spéciale de compétence pour les couvrir. En outre, les renseignements fournis à cet égard dans plusieurs examens étaient vagues et inadéquats. Toutefois, le principe proposé semble satisfait dans la plupart des cas par les dispositions générales (par exemple, celles ayant trait aux tentatives et à la participation figurant dans la partie générale du Code pénal national) régissant le lieu où une infraction est réputée commise, par exemple par l'établissement de la compétence contre des personnes agissant à l'étranger lorsque les conséquences de l'acte sont destinées à se produire sur le territoire national ou contre des complices lorsque l'acte principal est commis à l'intérieur des frontières nationales.

La prudence est de mise en ce qui concerne le fait que l'alinéa c du sous-paragraphe 2 de l'article 42 ne concerne pas la question de l'application des infractions nationales de blanchiment d'argent aux produits ou instruments du délit ayant trait aux infractions présumées commises dans un autre pays. Comme indiqué ci-dessus à la sous-section 1 de la section D du chapitre I, la distinction de cette question de la présente question, c'est-à-dire celle de l'exercice de la compétence à l'égard des actes de participation commis dans un autre pays, est parfois source de confusion entre les autorités nationales et les examinateurs.

Coordination des actions

La plupart des pays semblent respecter l'obligation de chercher à coordonner leurs actions avec les autres États parties lorsqu'ils mènent des enquêtes ou ont engagé des poursuites ou une procédure concernant les mêmes actes de corruption, comme stipulé au paragraphe 5 de l'article 42. Cette coordination est habituellement basée sur les principes établis d'entraide judiciaire et des règles de coopération internationale (y compris par l'application directe de la Convention) qui facilitent l'échange d'informations entre les organismes chargés de l'application de la loi et les autorités centrales en ce qui concerne les processus d'extradition, et prévoient des mécanismes de consultation pour résoudre les allégations de compétence contradictoires possibles concernant la même affaire. Ces procédures de consultation peuvent avoir comme conséquence qu'un État partie s'en remette à l'enquête ou à la poursuite d'un autre, ou déboucher sur un accord pour poursuivre certains acteurs ou les auteurs de certaines infractions, et laisser d'autres acteurs ou des agissements liés aux autres États parties intéressés⁹⁴. Toutefois, certains pays ont fourni des informations insuffisantes sur la manière dont ils se conforment à cette exigence. Dans plusieurs cas, les examinateurs ont souligné la nécessité

⁹⁴ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 512.

d'une action législative ou autre pour promouvoir les consultations entre les autorités compétentes et faire en sorte que les voies de communication existantes soient utilisées dans la pratique.

Autres bases de compétence

Enfin, le paragraphe 6 de l'article 42 précise que la liste des bases de compétence prévues dans ledit article n'est pas exhaustive et que les États parties peuvent bien établir des règles de compétence pénale allant au-delà de celles prévues par la Convention – l'exemple le plus important étant évidemment celui du principe de compétence universelle – sans préjudice des normes du droit international général. Il semble, d'après les examens, qu'aucune autre base de compétence pénale n'ait été établie sur la corruption dans la grande majorité des États. Toutefois, il semble en outre qu'il y ait une certaine confusion au niveau des autorités nationales sur le sens de cette disposition, et les informations fournies ne sont pas toujours suffisantes. Par ailleurs, certains États ont indiqué qu'en plus des bases de compétence visées à l'article 42, ils appliquent la compétence universelle ou étendent leur compétence à toutes les infractions énumérées dans les traités internationaux auxquels ils sont parties, à condition que les auteurs des infractions n'aient pas été sanctionnés dans un autre État. Toutefois, ces possibilités ne semblent pas s'appliquer spécifiquement aux infractions de corruption.

En revanche, quelques pays ont fourni des indications plus claires sur la manière dont ils ont appliqué les dispositions du paragraphe 6 de l'article 46 (qui couvre le principe d'universalité). Par exemple, au moins deux États parties ont apparemment introduit ce principe en ce qui concerne les infractions de corruption active et passive; un État semble avoir établi une compétence sur les infractions de blanchiment d'argent commises à l'étranger, quel qu'en soit l'auteur, lorsqu'une convention internationale octroie cette compétence à ses tribunaux nationaux et un autre État semble avoir introduit une version plus limitée de ce principe pour les infractions de blanchiment d'argent commises sur le territoire d'une organisation régionale dont cet État est membre. Toutefois, même dans ces cas, une certaine incertitude demeure et il a été généralement recommandé que les questions pertinentes soient clarifiées en ce qui concerne l'interprétation de la législation existante pour permettre d'établir un dispositif de compétence complet et souple pour les infractions de corruption.

DEUXIÈME PARTIE: COOPÉRATION INTERNATIONALE

Observations générales

A. Portée

L'un des principaux objectifs de la Convention, formulé clairement à l'alinéa b de son article premier, est de promouvoir, de faciliter et d'appuyer la coopération internationale aux fins de la lutte contre la corruption. Le chapitre IV définit un cadre juridique couvrant six grandes modalités de coopération internationale en matière pénale, à savoir l'extradition, le transfèrement des personnes condamnées, l'entraide judiciaire, le transfert des procédures pénales, la coopération entre les services de détection et de répression et les enquêtes conjointes.

Lorsqu'on examine l'état de l'application du chapitre IV de la Convention, il importe de rappeler la nature d'un nombre important de dispositions, qui ne font qu'exiger des États parties qu'ils respectent une série de conditions formelles et envisagent d'établir certaines structures ou de conclure des accords dans certains domaines. Par exemple, la Convention oblige les États parties à envisager d'établir des instances d'enquête conjointes. En d'autres termes, la Convention exige souvent des États qu'ils se dotent ou envisagent de se doter de certains dispositifs ou mécanismes opérationnels. Le Mécanisme d'examen de l'application de la Convention permet néanmoins d'examiner la situation des pays, et aux pays faisant l'objet d'un tel examen d'évaluer l'efficacité des mécanismes qu'ils ont adoptés et la manière dont ceux-ci sont utilisés en pratique. Dans la mesure du possible, il a été rendu compte de ces considérations dans les sections qui suivent.

B. Modalités d'application

De manière générale, en ce qui concerne l'exécution de leurs obligations découlant du chapitre IV de la Convention, les États parties peuvent être rangés dans deux catégories. Entrent dans la première les pays qui suivent l'approche "dualiste" en matière de coopération internationale, qui les oblige à adopter une législation nationale pour donner effet sur le plan interne aux traités internationaux. À l'opposé, les pays entrant dans la deuxième catégorie suivent une approche "moniste", dans le cadre de laquelle les traités internationaux qu'ils ont ratifiés (et qui ont été publiés au journal officiel) font de plein droit partie intégrante de leur ordre juridique interne. Normalement, ces traités sont, en droit, hiérarchiquement supérieurs aux lois nationales. Dans la mesure où les dispositions des traités internationaux ratifiés sont "directement applicables", les autorités compétentes des pays "monistes" peuvent les appliquer directement sans avoir besoin d'adopter une loi d'application. Une disposition conventionnelle peut être considérée comme directement applicable si, au regard d'un système juridique donné, elle est suffisamment détaillée pour pouvoir être appliquée directement et immédiatement.

Compte tenu de la distinction ci-dessus entre systèmes moniste et dualiste⁹⁵, il apparaît qu'en matière de coopération internationale la législation nationale sert un double objectif: premièrement, elle donne effet aux dispositions des traités ou accords multilatéraux ou bilatéraux ratifiés dans les pays dotés d'un système dualiste et, deuxièmement, elle impose des obligations de fond et procédurales supplémentaires ou complémentaires en relation avec les différentes modalités de coopération internationale.

D'un autre point de vue, certains pays considèrent que l'application de certaines dispositions de la Convention relève simplement de la pratique. L'application de la Convention dans le cadre d'une pratique établie concerne essentiellement les dispositions relatives aux obligations de consultation avec les pays requérants et, dans plusieurs cas, les questions de confidentialité (art. 46, par. 20) et le respect de la "règle de spécialité" (art. 46, par. 19). On considère souvent que le respect de principes généraux comme ceux de la bonne foi ou de la courtoisie internationale donne effet à certaines de ces obligations, voire à toutes.

C. Tendances et difficultés en matière d'application

L'analyse comparative des rapports des pays examinés a mis en lumière des tendances générales (et les difficultés qui leur sont associées) dans l'application des dispositions du chapitre IV. Ces tendances sont décrites ci-après.

Plusieurs pays ont adopté ou prévoient d'adopter une réglementation au niveau ministériel dans le domaine de la coopération internationale en matière pénale. Le recours à des instruments juridiques administratifs, notamment pour donner effet aux dispositions de la Convention, donne la possibilité de rationaliser les procédures internes d'entraide judiciaire, en particulier de les rendre plus efficaces, au moyen de procédures normatives accélérées en dehors du processus législatif ordinaire, souvent lent. Les domaines que les pays réglementent ou ont l'intention de réglementer au moyen d'actes de caractère administratif sont pour l'essentiel ceux concernant le fonctionnement des autorités centrales en matière d'entraide judiciaire et la gestion des affaires pour les demandes d'entraide judiciaire reçues.

Dans plusieurs pays, on constate une tendance marquée à donner effet aux dispositions du chapitre IV au moyen d'instruments législatifs qui n'ont pas été spécifiquement conçus pour donner effet à la Convention mais concernent la réaction de la justice pénale à la criminalité organisée et/ou transnationale en général. C'est le cas par exemple des lois relatives aux techniques d'enquête spéciales. De plus, le fait que la grande majorité des États parties à la Convention sont aussi parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et que les dispositions relatives à la coopération internationale de ces deux instruments se chevauchent substantiellement a peut-être amené les États à envisager de leur donner effet simultanément. Une telle approche a l'avantage évident d'éviter une réaction cloisonnée à des infractions multiples qui sont souvent (et de plus en plus) intrinsèquement liées. Dans le même temps, elle risque de laisser de côté certaines des obligations propres à la Convention.

Dans plusieurs cas, ce n'est pas nécessairement pour donner effet directement aux obligations internationales que leur impose la Convention que des États parties ont adopté une législation interne conforme à celle-ci. Des facteurs internes ont joué un rôle également important. Par exemple, un pays a dû insérer un nouveau chapitre sur l'entraide judiciaire dans sa

⁹⁵Voir ONUDC, *Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition* (Vienne, 2012), p. 9 et 10.

législation procédurale du fait d'une vaste réforme de ses principes juridiques visant à mettre en place un système accusatoire de justice pénale.

Si un certain nombre d'États monistes affirment être en mesure d'appliquer les dispositions de la Convention sans qu'il leur soit nécessaire d'adopter une législation d'application, on a relevé que plusieurs dispositions du chapitre IV ne faisaient que définir des cadres juridiques généraux et n'étaient pas directement applicables. C'est le cas par exemple de l'article 45 (Transfèrement des personnes condamnées), de l'article 47 (Transfert des procédures pénales) et de l'article 49 (Enquêtes conjointes). Bien que les autorités compétentes puissent en théorie appliquer directement ces dispositions, il est difficile pour elles de le faire en pratique si une législation interne d'application n'est pas adoptée sous une forme ou sous une autre.

En matière de coopération internationale, les pays considèrent généralement les accords bilatéraux et régionaux par lesquels ils sont liés comme des bases légales "prioritaires" aux fins de l'extradition et de l'entraide judiciaire concernant entre autres les infractions liées à la corruption. Il est également fréquent que des pays déclarent se conformer aux dispositions de la Convention en renvoyant à l'applicabilité de dispositions identiques ou comparables figurant dans des traités régionaux en vigueur. L'expérience acquise par les pays qui appliquent directement des arrangements régionaux peut sans doute leur permettre de tirer des enseignements et leur fournir des pratiques établies pouvant être utiles pour l'application directe de dispositions comparables ou identiques énoncées dans la Convention.

Chapitre I: Extradition et transfèrement des personnes condamnées

A. Extradition (article 44)

La plupart des États parties réglementent l'extradition dans leur droit interne, habituellement dans leur code de procédure pénale ou dans des lois spécifiques relatives à l'extradition et à la coopération internationale. On constate à l'examen que la question est loin d'être toujours traitée avec le même degré de détail. Ainsi, dans six États, le droit interne ne contient pas de dispositions en la matière et l'extradition relève exclusivement de l'application directe des traités en vigueur. Par ailleurs, trois États n'ont aucune disposition ad hoc, si ce n'est, dans leur constitution, des articles relatifs à l'extradition dont le champ d'application est limité. Dans un pays, les tribunaux, en l'absence de législation sur l'extradition, agissent pragmatiquement en observant comment la même question ou une question comparable a été réglée dans d'autres pays de même tradition juridique. Dans un pays, il existe une législation sur l'extradition, mais elle s'applique uniquement aux infractions de blanchiment d'argent. Le fait que le pays en question ait annoncé l'adoption d'un projet de loi sur la lutte contre la corruption contenant des dispositions relatives à l'extradition limitées au domaine de la corruption indique peut-être une tendance au cloisonnement en matière d'extradition. En général, dans un certain nombre de pays, les lois relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent créent en matière d'extradition un régime "autonome" coexistant en tant que *lex specialis* avec les dispositions relatives à l'extradition applicables aux infractions pénales en général.

Si certains États se fondent largement sur les traités, d'autres ont mentionné l'importance des arrangements non contraignants dans leur pratique de l'extradition, notamment des arrangements sous-régionaux prenant la forme de dispositifs législatifs réunissant des groupes de pays de même tradition juridique (par exemple les pays du Commonwealth). Ces arrangements régissent souvent la remise mutuelle des fugitifs de manière moins formelle que les traités proprement dits.

La majorité des États ont indiqué qu'ils projetaient de conclure de nouveaux traités bilatéraux d'extradition ou qu'ils avaient d'une manière générale l'intention de le faire. Un pays a annoncé une stratégie dans le cadre de laquelle il entendait œuvrer avec d'autres pays de sa région à l'élaboration d'un traité d'extradition type. Une fois mis au point, ce traité type servirait de modèle ou de texte de référence aux pays de la région souhaitant négocier de nouveaux traités bilatéraux d'extradition.

Les infractions donnant lieu à extradition

Seule une minorité d'États semble s'appuyer exclusivement sur des listes d'infractions donnant lieu à extradition, ce qui fait que dans certains pays, les infractions visées dans la Convention ne sont que partiellement couvertes. Dans un de ces pays, seuls la corruption, la soustraction de biens et le blanchiment d'argent figurent dans cette liste. Dans de tels cas, les examinateurs ont recommandé que la liste des infractions donnant lieu à l'extradition soit modifiée pour qu'y figurent au minimum les comportements dont l'incrimination est obligatoire au regard de la Convention.

Dans les lois nationales et les traités relatifs à l'extradition les plus récents, les infractions donnant lieu à extradition semblent définies sur la base du critère de la peine minimale et non énumérées dans une liste, suivant ainsi l'exemple du Traité type d'extradition (art. 2, par. 1)⁹⁶. Normalement, ces lois et traités prévoient différents seuils selon que l'extradition est demandée aux fins de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine prononcée à l'étranger.

En ce qui concerne l'extradition aux fins de poursuites pénales, un pays exige une peine minimale d'au moins quatre ans d'emprisonnement, mais d'autres n'en exigent aucune. La majorité des États parties ont néanmoins fixé le seuil à une année de privation de liberté ou à une peine plus sévère, sauf disposition contraire prévue par un arrangement particulier. Moins fréquemment, la législation nationale ou les traités bilatéraux fixent une peine minimale de deux ans d'emprisonnement, voire, dans deux États parties, de six mois.

Un pays fixe une peine minimale de trois ans d'emprisonnement excepté, notamment, pour les infractions fiscales, économiques ou financières. Dans ce pays, les infractions de corruption sont considérées comme des infractions économiques et donc comme donnant lieu à extradition, même si elles ne satisfont pas au critère susvisé.

Les peines minimales sont considérablement plus légères en ce qui concerne l'extradition en vue de l'exécution d'une peine à l'étranger, la remise des condamnés étant autorisée s'ils ont été condamnés à une peine comprise entre deux et huit mois d'emprisonnement (généralement quatre) ou à une peine plus lourde, ou si le reliquat de leur peine est d'une durée équivalente.

Comme on l'a noté dans le cadre de certains examens de pays, l'abandon progressif, lors de la négociation de nouveaux traités internationaux, de la pratique rigide des listes d'infractions en faveur du critère de la peine minimale confère davantage de souplesse au processus d'extradition. Toutefois, du fait de l'adoption de ce critère, lorsque des infractions visées par la Convention sont punies d'une peine plus légère, l'extradition peut s'avérer impossible. À cet égard, un certain nombre d'examens de pays ont révélé l'existence d'infractions liées à la corruption punies de peines plus légères que la peine minimum requise pour l'extradition. Par exemple, dans un pays, seuls les crimes peuvent donner lieu à extradition, et celle-ci est donc impossible pour certaines infractions visées dans la Convention, par exemple la corruption dans le secteur privé. Dans un autre pays, les infractions d'abus de fonctions et d'entrave au bon fonctionnement de la justice continuent pour la même raison de ne pas donner lieu à extradition.

Il peut être remédié à cette carence soit en réduisant la peine minimale requise pour l'extradition par les lois nationales et les traités en vigueur, soit en alourdissant les peines inférieures à la peine minimale afin que toutes les formes de conduite incriminées conformément à la Convention donnent lieu à extradition.

Succès et bonnes pratiques

Un État partie n'a fixé aucune peine d'emprisonnement minimale pour l'extradition en ce qui concerne les infractions liées au blanchiment d'argent.

⁹⁶Résolutions 45/116 et 52/88 de l'Assemblée générale, annexe.

Dans l'esprit du paragraphe 3 de l'article 44 de la Convention, dans la plupart des États parties, les infractions accessoires donnent lieu à extradition si l'infraction principale satisfait au critère de la peine minimale. Certains États n'ont pas de législation à cet égard mais affirment être en mesure d'extrader en raison des infractions accessoires sur la base soit de la pratique établie soit en appliquant directement la Convention. Des exceptions ont été constatées dans deux cas: dans un État, les personnes recherchées doivent consentir à être extradées en raison d'infractions accessoires qui ne sont pas elles-mêmes des infractions donnant lieu à extradition (c'est-à-dire les infractions passibles d'une peine inférieure à 12 mois). Dans l'autre État, les infractions accessoires ne donnent lieu à extradition que si la peine d'emprisonnement maximale encourue pour ces infractions dans leur ensemble atteint le seuil de deux ans d'emprisonnement. Au moins 44 États parties ont confirmé qu'en règle générale l'extradition pour des infractions accessoires n'était pas impossible. Cela a amené certains examinateurs à faire des recommandations. Il convient tout de même de garder à l'esprit le caractère facultatif du paragraphe 3 de l'article 44 de la Convention.

La double incrimination

La majorité des États parties énoncent expressément le principe de la double incrimination dans leur législation; deux pays ont toutefois simplement indiqué que ce principe était appliqué en pratique. Seuls deux États parties ne semblent pas considérer l'absence de double incrimination comme un motif de rejet d'une demande d'extradition, et un autre la considère comme un motif facultatif. Deux pays ont confirmé qu'ils pouvaient accorder l'extradition pour des formes de conduite ne constituant pas des infractions au regard de leur droit pénal sur la base du principe de la réciprocité et/ou en application directe de la Convention. La législation d'un autre État partie n'exige en règle générale la double incrimination que pour extraire des nationaux, et il peut être fait droit à une demande d'extradition d'un non-ressortissant en l'absence de double incrimination. De plus, deux États parties ont fait part de leur volonté d'élaborer – ou ont élaboré – des projets de dispositions modifiant leur législation afin de supprimer l'obligation de double incrimination pour la totalité ou une partie des infractions réprimées par leur droit interne, indiquant ainsi leur intention d'appliquer la disposition facultative du paragraphe 2 de l'article 44 de la Convention.

Si la double incrimination semble généralement être une condition de l'extradition en droit interne, les traités bilatéraux d'extradition prévoient parfois des exceptions. De la même manière, des instruments internationaux prévoient un assouplissement de la règle de double incrimination entre États participants. L'exemple le plus frappant est celui du mandat d'arrêt européen, dans le cadre duquel les États membres de l'Union européenne ont supprimé cette condition dans leurs relations mutuelles pour des infractions très diverses, y compris la corruption et le blanchiment d'argent, dès lors que les infractions en cause sont passibles d'une peine privative de liberté d'au moins trois ans dans le pays qui a décerné le mandat d'arrêt. D'autres États ont évoqué la convention sur le mandat d'arrêt nordique et l'accord entre l'Union européenne et l'Islande et la Norvège sur la procédure de remise entre les États membres de l'Union européenne et l'Islande et la Norvège (qui n'est pas encore en vigueur), ainsi qu'un accord quadripartite récemment signé sur l'extradition simplifiée. Dans le cadre de ce dernier accord, la condition de double incrimination est réputée satisfaite lorsque l'extradition est demandée en raison de formes de conduite qui sont considérées comme des infractions par l'État requérant et l'État requis en application d'accords internationaux les obligeant à les considérer comme telles.

Conformément au paragraphe 2 de l'article 43 de la Convention, le principe de double incrimination est presque toujours réputé respecté quelle que soit la terminologie utilisée pour qualifier l'infraction en cause ou la catégorie d'infractions dont elle est censée relever. Il suffit

donc aux États requis d'établir qu'une conduite équivalente à celle pour laquelle l'extradition est demandée est réprimée dans leur droit interne. Dans plusieurs cas, les examinateurs ont qualifié cette approche interprétative de succès et de bonne pratique. Un pays a explicitement retenu le concept "fondé sur la conduite" en substituant dans son droit interne la notion de "double punissabilité" à celle de double incrimination.

Si, s'agissant des infractions de corruption, certains États parties n'ont eu aucun mal à obtenir la coopération d'autres États ou à coopérer avec d'autres États sur la base du principe de double incrimination, d'autres ont rencontré des difficultés liées au fait que les pays requis n'avaient pas érigé en infractions certains actes visés dans des articles non contraignants de la Convention, comme la corruption passive d'agents publics étrangers, la corruption dans le secteur privé ou l'enrichissement illicite. Un État a par exemple souligné que, du fait que les agents publics étrangers et les fonctionnaires d'organisations internationales publiques n'entraient pas dans la définition du terme "agents publics" retenue dans sa législation et qu'il interprétait strictement le principe de double incrimination, il lui était impossible d'extrader en raison des infractions prévues à l'article 16 de la Convention. Compte tenu de ces difficultés, les États parties ont souvent été invités à envisager de moduler la condition de double incrimination et à autoriser l'extradition d'une personne en raison d'infractions que leur droit interne ne réprime pas. Qui plus est, il est recommandé d'ériger en infraction l'ensemble des actes visés par la Convention afin que l'absence de double incrimination ne fasse pas obstacle à la remise des suspects.

Les bases légales de l'extradition

En ce qui concerne la base légale pour recevoir ou adresser des demandes d'extradition, dans la majorité des États, un traité n'est pas nécessaire. Les paragraphes 5 et 6 de l'article 44 ne sont pas techniquement applicables à ces États; néanmoins, plusieurs experts gouvernementaux les ont encouragés à notifier au Secrétaire général qu'ils étaient prêts (ou ne l'étaient pas) à utiliser la Convention comme base légale de l'extradition, bien qu'ils ne soient pas techniquement tenus de procéder à une telle notification.

Il convient de noter que le fait de n'être pas tributaire d'un traité, considéré comme une bonne pratique par plusieurs experts gouvernementaux, n'est pas seulement la prérogative des pays de droit civil. Bien que la majorité des pays de *common law* exigent un traité ou n'autorisent l'extradition hors du cadre conventionnel que vers certains pays membres du Commonwealth, il existe des exceptions notables. De plus, au moins cinq États de *common law* ont habilité leurs autorités compétentes à faire une déclaration spéciale afin de considérer d'autres pays comme des "pays d'extradition" ou "pays pour lesquels le principe de la courtoisie est appliqué" en l'absence d'un traité.

Dans la plupart des cas où l'extradition est possible même en l'absence d'un traité, une condition de réciprocité est prévue, un pays exigeant même des engagements écrits de réciprocité et un autre subordonnant l'extradition à ses intérêts et à l'existence de bonnes relations avec le pays requérant. Dans certains cas, des difficultés majeures ont été signalées, certains délinquants en fuite se réfugiant dans un pays de la région avec lequel le pays en question n'avait pas conclu de traité d'extradition.

Certains pays, et cela est intéressant, subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité dans leurs relations avec certaines catégories de pays et non avec d'autres. L'exigence d'un traité est également liée à d'autres considérations. Par exemple, un pays n'exige un traité que lorsque la demande concerne ses nationaux. Du point de vue des normes légales, les législations nationales créant une hiérarchie ou établissant une priorité entre les pays requérants aux

fins de l'extradition reflètent habituellement le traitement préférentiel accordé à des pays expressément désignés ou à des pays appartenant à des groupements régionaux définis, mais elles peuvent aussi avoir d'autres origines.

Bien que la majorité des États ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité, en pratique la plupart d'entre eux s'appuient dans une large mesure sur des processus conventionnels, reconnaissant ainsi implicitement le caractère formel de la procédure d'extradition. Dans ce contexte, la très grande diversité des arrangements en matière d'extradition a été relevée: traités bilatéraux et conventions spécialisées contenant des dispositions relatives à la coopération internationale (parmi lesquels d'autres instruments de lutte contre la corruption tels que la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales) ou encore dispositifs multilatéraux et instruments régionaux de natures très diverses tels que les conventions interaméricaine, européenne et de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest sur l'extradition, le Protocole d'extradition de la Communauté de développement de l'Afrique australe et le Mécanisme du Commonwealth en matière d'extradition. Un État partie, qui subordonne certes l'extradition à l'existence d'un traité, a signalé qu'il avait conclu des traités bilatéraux d'extradition avec pas moins de 133 États ou organisations multilatérales, dont l'Union européenne, et que 30 nouveaux traités généraux d'extradition avaient pris effet depuis l'entrée en vigueur de la Convention. Dans un autre État partie, les traités bilatéraux sont considérés comme valides et applicables bien qu'ils aient été conclus par l'ancienne puissance coloniale de l'État concerné. Les traités régionaux sont généralement des traités d'extradition à part entière ou des traités généraux d'entraide judiciaire contenant des dispositions sur l'extradition. Dans l'ensemble, les traités bilatéraux sont conclus entre pays de la même région, qui partagent la même langue ou qui entretiennent des liens historiques ou économiques étroits.

Outre les arrangements existants en matière d'extradition, la majorité des États parties se sont déclarés prêts à envisager la possibilité d'adhérer à de nouveaux traités ou de conclure de nouveaux traités pour permettre l'extradition ou en accroître l'efficacité, ou ont indiqué promouvoir activement cette politique, préconisée au paragraphe 18 de l'article 44 de la Convention. Quelques États parties ont fourni la liste des pays avec lesquels des traités étaient en train d'être négociés ou allaient l'être, et un État a mis en avant sa politique actuelle consistant à négocier en priorité avec les pays accueillant un grand nombre de ses nationaux. Ces efforts ont généralement été encouragés comme propres à assurer l'application intégrale du chapitre IV, en particulier s'agissant des pays qui n'ont conclu que peu d'arrangements en matière d'extradition avec d'autres États parties.

Étant donné les réseaux d'extradition complexes décrits ci-dessus, la Convention a vocation à jouer un important rôle d'appui en complétant ou en renforçant les dispositions préexistantes⁹⁷. La plupart des États considèrent avoir satisfait à la principale obligation énoncée au paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention, à savoir que les infractions de corruption sont de plein droit incluses dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États parties en tant qu'infractions donnant lieu à extradition – au moins dans la mesure où les infractions concernées ont été incluses dans leurs législations nationales respectives et où les peines encourues sont conformes aux prescriptions des traités en vigueur. De même, dans les cas plus rares où une liste d'infractions figure dans un traité bilatéral, même si l'infraction de corruption en cause ne figure pas dans la liste, un pays peut étudier une demande d'extradition présentée par l'autre partie au traité soit dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le traité, soit en appliquant directement la Convention contre la corruption. Ainsi, deux pays considérés comme donnant effet au paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention ont indiqué que, sans

⁹⁷Voir également *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 541.

qu'elle puisse à elle seule servir de base légale à l'extradition, la Convention pourrait être utilisée pour élargir le champ d'application d'un traité bilatéral en ce qui concerne les infractions donnant lieu à extradition. La plupart des États parties semblent conscients de leur obligation de veiller à ce que les infractions en matière de corruption soient incluses comme donnant lieu à extradition dans tous les traités qu'ils concluront à l'avenir.

Succès et bonnes pratiques

Un État partie applique le "principe de faveur". Initialement élaboré dans le cadre du droit du travail et du droit relatif aux droits de l'homme, ce principe a été élargi à la coopération internationale par la jurisprudence de cet État. Ainsi, les dispositions des traités internationaux tels que la Convention sont interprétées de manière à favoriser au maximum la coopération internationale en matière judiciaire. Selon les examinateurs, il s'agit là d'une bonne pratique et d'un exemple de la manière dont les politiques et la jurisprudence peuvent promouvoir la coopération internationale.

En outre, la Convention elle-même peut servir de base légale à l'extradition. Le paragraphe 5 de son article 44 engage les États qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité à l'utiliser à cette fin. Cette disposition vise à renforcer le rôle de la Convention en tant que "passerelle" entre les pays aux fins de l'extradition en élargissant le champ d'application géographique des réseaux existants d'accords régionaux et bilatéraux. Elle vise aussi indirectement à éviter aux États d'avoir à négocier de nouveaux accords d'extradition, un processus souvent particulièrement long.

La majorité des États ont confirmé qu'ils étaient prêts à utiliser la Convention comme base légale, et certains en ont informé le Secrétaire général. Un État a donné une précision utile, à savoir qu'aux fins de l'extradition, tout traité multilatéral auquel il est partie et qui contient une disposition sur l'extradition est considéré comme un traité d'extradition. Un seul pays a adopté une approche "hybride" dans le cadre de laquelle ce n'est qu'indirectement qu'il considère la Convention comme une base légale. Selon ce pays, une demande d'extradition émanant d'un État partie avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition sera examinée avec tout le sérieux voulu et exécutée en application d'un accord spécial ad hoc, sous réserve de réciprocité.

Dans six cas, il a été spécifiquement recommandé aux États parties examinés d'envisager d'achever l'incorporation de la Convention dans leur législation nationale, de retirer les réserves qu'ils avaient formulées ou d'adopter la législation nécessaire pour que la Convention puisse servir de base légale à l'extradition, afin de compenser le nombre très limité de traités bilatéraux ou multilatéraux auxquels ils étaient parties. Parmi les États qui ne subordonnent pas nécessairement l'extradition à l'existence d'un traité, certains ont pris d'autres mesures pour que l'extradition soit possible en raison des infractions visées par la Convention dans leurs relations avec d'autres États parties.

Exemple d'application

Un État partie est en mesure d'accueillir des demandes d'extradition même en l'absence de traité bilatéral d'extradition sous réserve que l'État requérant soit déclaré "pays d'extradition" dans sa réglementation nationale. Après avoir signé la Convention, cet État a

adopté des règles spécifiques pour donner effet aux dispositions de celles-ci sur l'extradition et prévoyant notamment que tout État partie à la Convention sera toujours considéré comme un "pays d'extradition", ce qui lui permet de s'acquitter des obligations internationales que lui impose la Convention sans avoir à modifier les règles à chaque fois qu'un autre État devient partie à la Convention.

Bien que, comme indiqué ci-dessus, la plupart des États parties puissent en principe invoquer la Convention comme base légale de l'extradition, il semble qu'un très petit nombre d'entre eux le fassent en pratique, pour plusieurs raisons qui sont apparues lors des examens et sont exposées ci-après.

Les praticiens méconnaissent la possibilité de recourir à la Convention comme base légale. Si ceci a été expressément confirmé par un État partie, l'impression générale est que, dans plusieurs pays, la question de savoir si la Convention peut et/ou doit servir de base à l'extradition n'a pas encore été suffisamment analysée par les autorités gouvernementales et judiciaires compétentes.

Dans certains pays il n'est guère besoin en pratique d'utiliser la Convention comme base légale du fait que l'ensemble ou la plupart des demandes d'extradition formulées et reçues concernent soit des pays avec lesquels il existe un traité d'extradition, soit des pays voisins relevant d'arrangements régionaux d'extradition.

Certains États préfèrent les traités d'extradition bilatéraux ou régionaux. Un État a indiqué qu'il était prêt à fonder ses demandes d'extradition sur la Convention mais qu'il préférerait utiliser si possible des arrangements bilatéraux. Un autre État a indiqué qu'il préférerait utiliser les traités bilatéraux ou régionaux plutôt que les traités multilatéraux, parce qu'en général les premiers avaient été élaborés compte tenu des besoins juridiques internes des parties et en pleine connaissance de leurs procédures légales respectives. Selon ce pays, cette approche limitait l'incertitude et accroissait les chances d'aboutir des demandes d'extradition. Un autre État a fait valoir dans le même sens que souvent les traités bilatéraux contenaient, en matière d'extradition, des règles plus exhaustives et détaillées que la Convention.

Gestion du temps et procédures d'extradition simplifiées

En ce qui concerne le paragraphe 9 de l'article 44 et l'obligation de s'efforcer d'accélérer les procédures d'extradition, des différences substantielles sont apparues dans la durée moyenne de ces procédures, qui se situe entre 1 à 2 mois et 12 à 18 mois. Selon un pays, environ 50 % des procédures d'extradition, en particulier celles concernant des pays voisins, sont menées à bien en 18 jours. Les plus longues, signalées par un pays, avaient duré jusqu'à deux ans.

Des pays ont indiqué que les différences dans la durée des procédures d'extradition dépendaient souvent des circonstances dans lesquelles la demande avait été présentée. Un État membre de l'Union européenne a par exemple indiqué qu'il fallait en général plus de temps (environ un an) pour extradier des fugitifs vers des États non membres. Les raisons fréquemment citées pour justifier ces délais étaient la complexité de l'affaire, les obligations de traduction, la durée des procédures d'appel, les procédures de demande d'asile menées en parallèle et les échanges nécessités par le manque de clarté de la demande d'extradition. Dans un pays, la lenteur des procédures d'extradition tient notamment au fait que la décision finale est prise par le Conseil des ministres au complet. Dans un autre, la durée de la procédure, qui est normalement de 12 mois, peut être ramenée à 4 mois si la documentation étayant la demande

d'extradition est dûment présentée. Un autre pays s'est heurté à plusieurs obstacles pour obtenir la coopération d'autres États et a notamment reçu tardivement l'assistance demandée en raison des coûts élevés et de la lourdeur des procédures.

Le procureur général d'un pays a adopté des procédures obligeant les services compétents à examiner les demandes d'extradition en temps voulu, et au moins cinq États ont adopté une législation imposant des délais définis, sans toutefois fournir d'informations sur les conséquences du non-respect de ces délais. À cet égard, une décision intéressante de la Cour suprême d'un pays a été mentionnée, aux termes de laquelle le fait de ne pas instruire une demande dans un délai raisonnable peut violer les droits de la personne visée et entraîner le rejet de la demande sur la base de dispositions d'ordre public de la loi sur l'extradition. Si aucune demande d'extradition n'a été rejetée sur cette base, ce principe d'origine jurisprudentielle devrait inciter puissamment l'État concerné à examiner en temps voulu les demandes d'extradition même complexes qu'il reçoit.

Succès et bonnes pratiques

Un État saisit toutes les demandes d'extradition qu'il reçoit et formule dans une base de données électronique, ce qui permet à ses fonctionnaires de suivre les progrès des demandes et d'identifier les mesures de suivi appropriées. Un autre État a élaboré des instructions et procédures pratiques claires (sous la forme d'un manuel sur l'extradition, d'un tableau d'exécution des tâches et d'une liste de contrôle), assurant une certitude administrative et juridique pour la présentation et le traitement des demandes d'extradition.

Près de la moitié des États parties examinés envisagent d'introduire dans leur législation interne des procédures simplifiées, généralement fondées sur le consentement à l'extradition de la personne visée, ou ont pris des mesures concrètes pour simplifier le processus d'extradition et mettre en place des réseaux de coopération plus efficaces afin d'échanger des informations en temps réel avec les autorités étrangères, en amont ou lors de la présentation officielle de la demande d'extradition. Dans un État, seuls les non-nationaux peuvent se prévaloir des procédures d'extradition simplifiées et, dans deux autres, de telles procédures ne sont prévues que dans les lois relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent. Un autre État partie a indiqué que la procédure simplifiée était appliquée dans environ la moitié des cas et permettait d'accorder l'extradition en quelques jours, voire en quelques heures. Dans le même sens, un troisième pays a estimé que si aucune traduction n'était nécessaire, la procédure d'extradition simplifiée pouvait être menée à bien en 24 heures.

Les accords multilatéraux ou régionaux prescrivent également des procédures simplifiées et des délais plus courts, par exemple le Mécanisme du Commonwealth en matière d'extradition, le mandat d'arrêt européen, la Convention interaméricaine sur l'extradition, le troisième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, le dispositif du Forum des îles du Pacifique et l'accord multilatéral sur l'extradition entre les pays nordiques.

Les États parties qui ne l'ont pas encore fait sont invités à prendre des mesures pour accélérer les procédures, notamment à fixer de délais pour la prise des décisions en matière d'extradition, à élaborer des principes directeurs à l'usage interne des autorités compétentes et à instaurer un dialogue permanent avec les homologues étrangers. En outre, plusieurs examinateurs ont souligné qu'il importait de prendre des mesures pragmatiques pour que l'ensemble

des parties prenantes connaissent mieux les lois et procédures applicables et les délais à respecter, et de pouvoir assurer le suivi des dossiers d'extradition et recueillir des données sur la durée exacte des procédures. Ils ont aussi fréquemment recommandé la mise en place de systèmes de gestion des affaires. Il est toutefois clair à cet égard que dans plusieurs pays le manque de compétences informatiques s'agissant de créer et de gérer des bases de données électroniques constitue un obstacle.

Exemples d'application

Un pays a mis en place un comité sur l'extradition composé de représentants de l'autorité centrale chargée des questions d'extradition, du service des poursuites, de la police nationale, d'INTERPOL et d'autres organismes, afin d'améliorer et de simplifier les procédures d'extradition, et d'examiner et de traiter les principaux problèmes rencontrés en la matière.

Une disposition de la loi sur l'extradition d'un autre pays vise à accélérer le traitement des demandes d'extradition urgentes par téléphone, télécopie ou télex.

La législation interne d'un État partie prévoit un traitement judiciaire plus rapide et plus efficace des affaires de corruption. Selon les autorités nationales, cette mesure pourrait être étendue aux procédures d'extradition.

Le mandat d'arrêt européen, appliqué par tous les États membres de l'Union européenne sur la base du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, a été mentionné comme un outil particulièrement efficace dans le domaine de la détection et de la répression, et a considérablement amélioré l'administration de la justice au sein de l'Union européenne. Ce mandat est délivré et exécuté directement par, entre autres, les autorités judiciaires, l'exécutif (notamment les ministères) n'intervenant plus ou ne le faisant que pour faciliter la transmission. Le mandat est délivré sous la même forme simple dans tous les États membres, ce qui facilite son utilisation et sa traduction, les motifs de refus sont limités et des délais sont fixés pour la décision d'exécution du mandat et cette exécution, ce qui accélère la remise de l'intéressé par rapport à l'ancienne procédure d'extradition. On estime actuellement qu'en moyenne le laps de temps nécessaire pour exécuter un mandat est passé de plus de 9 mois à 43 jours. Ce chiffre ne tient pas compte des cas dans lesquels la personne consent à être remise et où ce laps de temps a été estimé à 13 jours seulement^a.

^a *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 153.

Les preuves exigées dans les procédures d'extradition

On a constaté une absence d'uniformité concernant le niveau de preuve exigé par les législations nationales pour accorder l'extradition. Certains pays ne demandent à l'État requérant aucune preuve de la commission de l'infraction et limitent l'examen de la demande à une vérification du respect des conditions formelles et légales de l'extradition. Tel est le cas en particulier lorsque l'extradition est accordée en application d'un traité. L'État requérant se contente normalement de fournir les documents certifiés nécessaires tels qu'une déclaration relative à l'infraction visée par la demande d'extradition qui précise la date et le lieu où celle-ci a été commise, un extrait des dispositions légales et des peines applicables, un mandat d'arrêt ou une preuve de la condamnation ou de la peine prononcée, une description de la personne concernée accompagnée de toute information permettant d'établir son identité et sa

nationalité, ainsi qu'une déclaration précisant la conduite retenue comme constituant l'infraction. Il n'est pas nécessaire de communiquer l'intégralité des éléments de preuve.

En revanche, d'autres États exigent que soient satisfaites plusieurs normes de fond en matière de preuve, qui reposent sur les notions de "motifs raisonnables et suffisants" (probable cause) ou de "charges suffisantes" (*prima facie case*) en *common law*. Autrement dit, ils doivent s'assurer que si l'infraction visée par la demande de remise avait été commise sur leur territoire, ils disposeraient de suffisamment de preuves pour juger la personne ou, à tout le moins, décerner un mandat d'arrêt à son encontre. De même, dans certains pays, l'extradition aux fins d'exécution d'une peine peut être refusée s'il existe des raisons particulières de penser que le jugement n'a pas été précédé d'une évaluation régulière de la culpabilité de l'accusé. Bien que les pays de *common law* soient généralement plus exigeants en matière de preuve que les pays de droit civil, une tendance à assouplir la charge de la preuve imposée aux pays requérants a été constatée dans les premiers, ce qui confirme l'existence à cet égard d'un processus de convergence (certes lent) entre les deux systèmes juridiques.

Succès et bonnes pratiques

Trois pays de *common law* ont pris d'importantes mesures pour alléger la charge de la preuve imposée aux États requérants lors des procédures d'extradition.

Dans le premier, des amendements à la loi sur l'extradition ont introduit un processus simplifié d'administration de la preuve lors des audiences d'extradition. Suite à ces amendements, l'État requérant est autorisé à présenter un compte rendu de l'affaire certifié par une autorité judiciaire ou un procureur. Ce compte rendu contient un résumé des preuves dont dispose l'État requérant aux fins des poursuites, ce qui permet au tribunal d'analyser plus rapidement l'affaire. Grâce à l'introduction de ces comptes rendus, qui simplifient les conditions et modalités de l'administration de la preuve dans les procédures d'extradition, la charge imposée aux autorités compétentes en matière d'extradition et aux organes judiciaires a été considérablement réduite.

Dans le deuxième pays, des modifications apportées à la loi sur l'extradition en 2012 ont abrogé des dispositions qui exigeaient que dans les procédures d'extradition les preuves soient produites sous forme de déclarations écrites sous serment, et ont permis à l'État requérant de présenter une copie de la législation pertinente. Les moyens par lesquels les demandes d'arrestation provisoire sont transmises comprennent désormais tout moyen susceptible de laisser une trace écrite, sous réserve que son authenticité soit établie. De plus, l'État requérant peut fournir des photographies, des empreintes digitales ou des empreintes palmaires pour faciliter l'identification de la personne visée et les tribunaux peuvent ordonner la remise d'une personne même si la demande comporte des erreurs mineures ou techniques. De plus, les conditions d'admissibilité des preuves documentaires, qui étaient relativement rigoureuses, ont été assouplies.

Un troisième État a donné des informations sur les arrangements conclus en matière d'extradition avec des pays membres comme lui du Forum des îles du Pacifique et a confirmé qu'ils ne contenaient pas de dispositions sur l'administration de la preuve. L'extradition est en effet accordée dans le cadre d'un système d'approbation mutuelle des mandats d'arrêt, mentionné dans le rapport de ce pays comme facilitant considérablement la remise rapide et efficace des fugitifs.

Il est fréquent que les pays appliquent, en matière de preuve, des normes plus ou moins rigoureuses selon les États, généralement selon que la demande est fondée sur un traité

prescrivant des normes moins rigoureuses ou sur la réciprocité, et selon que l'État requérant appartient à certains groupes de pays jouissant d'un traitement préférentiel.

Plusieurs rapports de pays recommandent d'alléger la charge de la preuve dans les procédures d'extradition afin de faciliter la formulation par les États requérants de demandes d'extradition ayant de meilleures chances d'aboutir. Cette recommandation a semblé nécessaire, par exemple, dans le cas d'un État ayant indiqué que, dans les rares occasions où il avait refusé l'extradition, c'était parce que les éléments de preuve produits ne démontraient pas de façon raisonnable et suffisante que la personne dont l'extradition était demandée avait commis l'infraction dont elle était accusée. Un État a expressément reconnu que ce qui prenait le plus de temps dans la formulation d'une demande d'extradition était la préparation des éléments attestant l'existence de charges suffisantes (*prima facie evidence*). Dans un autre pays, la charge de la preuve était si lourde ("au-delà de tout doute raisonnable") qu'en pratique elle faisait obstacle à l'exécution des demandes reçues, mais des amendements à la loi sur l'extradition étaient envisagés pour l'assouplir.

Pae ailleurs, même dans les pays qui appliquent la norme de "motifs raisonnables et suffisants" (*probable cause*) ou des normes juridiques équivalentes, les tribunaux peuvent souvent atténuer les conséquences excessives d'une stricte application de la loi. C'est ce qu'ont confirmé deux pays qui exigent la preuve de charges suffisantes tout en interprétant cette exigence avec souplesse. Les autorités d'un autre État ont souligné qu'un système national d'extradition exclusivement judiciaire pouvait compenser un critère d'établissement de la preuve contraignant. Dans le pays concerné, l'exécutif ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire et doit remettre la personne si la Cour suprême autorise son extradition.

Exemples d'application

Deux pays qui sont liés par un vieux traité d'extradition énonçant des normes rigoureuses en matière de preuve ont adopté un protocole en modifiant le texte. Le nouveau libellé réduit substantiellement l'obligation de l'État requérant de fournir des informations permettant à l'État requis d'établir l'identité et la nationalité de la personne dont l'extradition est demandée ainsi que de la localiser physiquement.

La législation d'un autre État partie prévoit, afin de faciliter l'extradition vers des pays de droit civil et d'accélérer le processus, que le juge auquel la demande d'extradition est soumise doit accepter comme preuve décisive un certificat de l'autorité de l'État requérant chargée des poursuites indiquant qu'elle dispose de preuves suffisantes pour poursuivre la personne concernée.

Un autre État a indiqué que, malgré l'obligation faite par sa législation d'appliquer le critère de charges suffisantes dans les dossiers d'extradition, ladite obligation pouvait être levée s'il existait une disposition similaire dans un accord contraignant en matière d'extradition avec un autre pays. En vertu des traités bilatéraux d'extradition auxquels l'État en question est partie, l'exemption s'applique à l'ensemble des infractions donnant lieu à extradition.

L'arrestation de la personne visée par la demande

Presque tous les États parties ont adopté des mesures pour s'assurer de la présence de la personne visée pendant la procédure d'extradition. La détention, en particulier, peut toujours être

ordonnée sur demande, sur la base de la législation nationale et, souvent, de dispositions des traités d'extradition applicables. Dans un État, les tribunaux sont habilités à examiner la légalité de la détention pendant la procédure d'extradition comme ils le font pour la détention préventive. Un autre pays a indiqué qu'il pouvait être relevé appel dans les 24 heures de la décision d'un juge de placer la personne visée en détention.

Certains pays ont donné des informations détaillées sur la durée maximale de la détention dans le cadre des procédures d'extradition. Cette durée varie considérablement, allant de 20 jours dans le cadre de la Convention sur l'extradition de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest à 6 mois dans la législation interne d'un État.

Dans certains cas, si la détention de la personne visée durant la procédure d'extradition reste la règle, il est possible d'ordonner sa remise en liberté sous caution, de lui interdire de quitter le territoire ou encore d'imposer des mesures de substitution si les circonstances justifient des mesures moins rigoureuses, notamment lorsque la personne ne présente pas de risque de fuite, s'il est peu probable que l'extradition soit accordée ou encore pour des raisons de santé. Un État a mentionné la possibilité de s'assurer de la présence de la personne faisant l'objet de la demande d'extradition en confisquant son passeport ou en la faisant surveiller par la police.

Tant les autorités nationales que les examinateurs ont souligné l'importance du système de notices rouges d'INTERPOL, qui constitue un instrument efficace pour placer les fugitifs en détention provisoire en attendant la réception d'une demande officielle d'extradition. Toutefois, à cet égard, les États n'ont généralement pas précisé s'ils considéraient qu'une notice rouge d'INTERPOL constituait une demande d'arrestation provisoire valide et directement exécutoire. Seul un État a expressément confirmé que l'arrestation provisoire pouvait être ordonnée sur la seule base des notices rouges, tandis qu'un autre a expliqué que ces notices n'étaient que des "alertes" incitant simplement les autorités à entrer en contact avec le pays en question pour l'encourager à présenter une demande officielle d'extradition.

En outre, dans certains États, des mesures ont été proposées en vue d'améliorer l'efficacité du processus, par exemple en assouplissant les conditions formelles d'arrestation de la personne visée en cas d'urgence ou en précisant que les fugitifs pouvaient également être arrêtés en exécution de mandats d'arrêt délivrés par des États non limitrophes.

Aut dedere aut judicare

Dans le cadre de la Convention, seuls les pays qui rejettent une demande d'extradition en raison de la nationalité de la personne visée sont tenus de soumettre l'affaire à leurs autorités compétentes aux fins de poursuites (*aut dedere aut judicare*). Ces pays qui, dans une large mesure, sont de tradition civiliste, représentent près de la moitié des parties à la Convention et ont souvent consacré l'interdiction d'extrader leurs nationaux dans leur constitution même.

Cette interdiction n'est toutefois pas toujours absolue. Par exemple, un pays a indiqué qu'en principe il n'extradait pas ses nationaux mais qui pouvait le faire dans des circonstances exceptionnelles, sur décision discrétionnaire du pouvoir exécutif. Selon le même État, cette pratique s'est développée pour faciliter l'extradition des nationaux. Dans d'autres cas, la nationalité est un motif de rejet de la demande en vertu de certains traités en vigueur mais ne l'est généralement pas en droit interne.

Certains pays font également une distinction en fonction du moment où la personne visée a acquis leur nationalité et des modalités de cette acquisition. Par exemple, bien qu'en règle

générale ils n'extradent pas leurs nationaux, deux pays font une exception lorsque les personnes visées ont acquis leur nationalité par naturalisation ou après avoir commis l'infraction. Un autre État, membre de l'Union européenne, prévoit l'extradition de ses nationaux aux fins de poursuites hors de l'Union européenne à condition que la personne visée ait résidé dans l'État requérant pendant deux ans au moins avant la commission de l'infraction et qu'elle soit passible d'une peine supérieure à un certain minimum.

Un pays a souligné le problème posé par les doubles nationaux. En général, ils ne sont pas extradés, mais la question de savoir s'ils peuvent l'être lorsque c'est leur second pays de nationalité qui demande leur extradition n'a pas encore été tranchée par les tribunaux, et plusieurs solutions possibles sont à l'examen, y compris le transfert de la procédure pénale ou l'engagement d'une nouvelle procédure dans l'État requis.

Dans leurs rapports, les États parties soumis au principe *aut dedere aut judicare* parce qu'ils refusent d'extrader leurs nationaux interprètent différemment cette obligation et l'exécutent selon des modalités différentes. Certains d'entre eux, par exemple, lient expressément leur obligation de poursuivre leurs nationaux au lieu de les extradier au principe de la "nationalité active" (art. 42, alinéa 2 b, de la Convention), en tant que mécanisme juridique leur permettant de donner effet au principe *aut dedere aut judicare*.

On notera d'emblée que la Convention n'exige pas des États parties qu'ils engagent automatiquement des poursuites en lieu et place de l'extradition. L'article 44, paragraphe 11, qui reprend une formulation figurant dans plusieurs autres instruments multilatéraux, oblige techniquement les parties à soumettre l'affaire sans retard excessif à leurs autorités compétentes aux fins de poursuites. Si les États qui appliquent un système de poursuites obligatoires engagent normalement des poursuites contre leurs nationaux dont ils ont refusé l'extradition, il n'en va pas nécessairement de même des pays dans lesquels l'engagement de poursuites relève du pouvoir discrétionnaire des autorités. Dans ces derniers, les autorités chargées des poursuites disposent d'une large liberté de manœuvre s'agissant de décider s'il y a lieu de poursuivre ou non, et en général elles tiennent compte de l'intérêt collectif et des priorités fixées en la matière par le Ministre de la justice ou le Directeur des poursuites pénales.

L'article 44, paragraphe 11, subordonne l'obligation des États parties d'engager des poursuites (au lieu d'extrader) à une demande à cette fin de l'État partie dont la demande d'extradition a été rejetée. À cet égard, plusieurs pays semblent aller au-delà du texte de la Convention et renvoient automatiquement l'affaire à leurs autorités compétentes sans qu'une demande spécifique du pays étranger concerné soit nécessaire. Deux pays ont précisé que l'État partie requérant en était informé et était simultanément invité à transmettre tous les éléments pertinents (le dossier de l'affaire) aux fins des poursuites. À l'opposé, d'autres États parties ont confirmé qu'ils ne pouvaient saisir leurs autorités chargées des poursuites qu'à l'initiative de l'État requérant et/ou de la victime.

Seuls quelques pays ont indiqué qu'ils ne disposaient pas de mécanisme de mise en œuvre de l'obligation *aut dedere aut judicare*, et deux autres ont confirmé qu'ils ne disposaient d'un tel mécanisme que pour les infractions de blanchiment d'argent ou les infractions passibles d'une peine supérieure à deux ans d'emprisonnement. Dans cinq autres États parties, le principe est reconnu (et dans deux d'entre eux, réglementé par des traités en vigueur), mais n'est pas codifié en droit interne.

Des difficultés pratiques d'application ont été signalées, notamment la longueur disproportionnée (jusqu'à deux ans) de la période nécessaire pour établir la compétence du pays de nationalité, ce qui nuisait à l'efficacité des poursuites pénales. De fait, pareilles poursuites

sont souvent chronophages. De plus, elles requièrent, pour être menées à bien, que l'État dont la demande d'extradition a été rejetée coopère en transmettant les éléments de preuve dans le cadre de l'entraide judiciaire, ainsi que l'affectation de ressources humaines et budgétaires suffisantes⁹⁸.

Exemple d'application

Un État partie donne à ses nationaux le choix d'être extradés ou d'être jugés sur place, sauf si un traité rendant obligatoire l'extradition des nationaux s'applique en l'espèce. Si la personne choisit d'être jugée sur place, l'extradition est refusée et les poursuites sont engagées après consultation de l'État requérant, à condition que celui-ci renonce à exercer sa compétence et transmette toutes les preuves disponibles.

L'extradition ou la remise conditionnelle et l'exécution des peines

La plupart des États parties soit ne disposaient pas d'informations sur l'application du paragraphe 12 de l'article 44 soit ont déclaré que leur législation ne prévoyait pas ou qu'il n'était pas d'usage pour leur gouvernement d'autoriser la remise temporaire de leurs ressortissants à la condition que ceux-ci soient ensuite renvoyés sur leur territoire pour purger la peine prononcée dans l'État requérant. Il existe quelques exceptions, parmi lesquelles les procédures de remise en exécution de mandats d'arrêt européens ou de mandats délivrés par les pays nordiques, ainsi que celles prévues par certains traités bilatéraux ou arrangements informels similaires entre pays limitrophes. Un État partie a indiqué que si la personne visée était à la fois un ressortissant et un résident au moment où l'infraction dont elle était accusée avait été commise, elle n'était extradée qu'à la condition qu'elle puisse purger sur son territoire toute peine d'emprisonnement qui pourrait être prononcée contre elle à l'étranger. De plus, l'État requérant devait s'engager à l'avance à rapatrier la personne en question au cas où elle serait condamnée à une peine d'emprisonnement.

Un autre État a évoqué la question plus large de la remise conditionnelle de personnes, quelle que soit leur nationalité. Selon la législation de ce pays, si des retards interviennent dans la remise de la personne concernée, compromettant ainsi le succès du procès dans le pays requérant pour des raisons tenant à la prescription, ou s'il existe des difficultés graves dans l'établissement des faits, la personne peut être temporairement extradée à des conditions arrêtées conjointement avec l'État requérant.

Exemple d'application

La législation d'un État partie prévoit que l'extradition de ressortissants aux fins de poursuites pénales peut être accordée dans certaines circonstances si le système juridique de l'État requérant garantit l'équité du procès. Dans de tels cas, l'extradition ne peut avoir lieu que si l'État requérant fournit des assurances selon lesquelles il renverra la personne extradée dans son pays pour l'exécution de la peine ou de la mesure qui lui seront imposées, une fois les voies de recours épuisées et la peine confirmée en vertu de sa législation nationale, sauf opposition expresse de la personne extradée.

⁹⁸Voir également *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 566 à 568.

En ce qui concerne le paragraphe 13 de l'article 44 de la Convention, peu de pays semblent envisager en pratique l'exécution d'une peine prononcée à l'étranger lorsqu'ils rejettent une demande d'extradition (aux fins de l'exécution d'une peine) au motif que la personne visée est un national. Les États dans lesquels cela serait possible n'ont donné aucun exemple d'une telle pratique. Normalement, la personne concernée est jugée dans le pays de sa nationalité pour les mêmes faits.

Outre le cas précis envisagé dans la Convention, plusieurs pays ont indiqué qu'ils étaient théoriquement en mesure de faire exécuter les condamnations pénales prononcées à l'étranger sur la base soit de leur droit interne, soit d'instruments internationaux pertinents⁹⁹. Un pays a expliqué que pour qu'une condamnation pénale étrangère puisse être exécutée, une nouvelle condamnation devait être prononcée en droit interne dans le cadre de la procédure d'*exequatur*. Cette procédure requiert le consentement de la personne condamnée, sauf si celle-ci a tenté de se soustraire à la justice, ce qui est normalement le cas si son extradition est demandée. Un autre pays peut faire exécuter une condamnation pénale étrangère dès lors que la condition de double incrimination est satisfaite et que le jugement pénal étranger est définitif et exécutoire et n'a pas été rendu par défaut.

Succès et bonnes pratiques

Selon une disposition du Code de procédure pénale d'un État partie, les tribunaux internes doivent déterminer les modalités d'exécution des jugements ou autres décisions définitives rendus par des juridictions étrangères conformément aux dispositions nationales et aux accords internationaux. De fait, certains traités régionaux auxquels ledit État est partie prévoient l'exécution des peines prononcées à l'étranger. En outre, les autorités nationales ont déclaré que la Convention était directement applicable, en complément de la législation nationale, puisque la disposition en question traitait de normes procédurales. Le paragraphe 13 de l'article 44 a été considéré comme partiellement appliqué et l'État partie concerné exhorté à suivre l'application concrète des dispositions susvisées afin d'assurer l'application des traités régionaux auxquels il était partie ou de la Convention en ce qui concerne l'exécution de la peine ou du reliquat de celle-ci.

Les parties qui ne sont pas en mesure de faire exécuter les condamnations pénales étrangères ont fourni des explications et exprimé des opinions diverses à cet égard. Un État en particulier a indiqué que si la personne condamnée, quelle que soit sa nationalité, se trouvait sur son territoire, ses autorités compétentes pouvaient seulement engager une nouvelle procédure pénale en raison des mêmes faits. Dans un autre État, les condamnations pénales étrangères pouvaient seulement être prises en compte comme preuves de récidive, à condition que la personne visée ait commis une infraction après le rejet de la demande d'extradition la concernant. Un autre État partie a fait valoir, pour justifier l'impossibilité de faire exécuter les condamnations pénales étrangères sur son territoire, que son administration pénitentiaire n'était autorisée à détenir que les personnes dont le placement en détention avait été ordonné par une juridiction ou autorité nationale.

⁹⁹Par exemple, la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, l'Accord arabe de Riyad sur la coopération judiciaire, la Convention entre les États membres des Communautés européennes sur l'exécution des condamnations pénales étrangères, le Protocole additionnel à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées ou un traité bilatéral contenant des dispositions équivalentes.

Le traitement équitable

Selon la grande majorité des États parties, les personnes dont l'extradition est demandée jouissent de tous les droits et garanties de procédure régulière consacrés par leurs constitutions et législations respectives, conformément au paragraphe 14 de l'article 44. Quelques États parties ont expressément mentionné l'applicabilité des dispositions pertinentes de traités relatifs aux droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Seuls deux États ont indiqué que cette protection n'était garantie que par le droit coutumier ou les principes de la *common law*. S'agissant de l'un de ces États, les examinateurs ont souligné qu'il était impératif de garantir un traitement équitable dans les dossiers d'extradition et réaffirmé qu'il importait que des mesures soient en place face aux situations dans lesquelles des demandes d'extradition étaient présentées à des fins de discrimination. Dans le cas d'un pays, on voyait mal si les garanties constitutionnelles ou autres en matière de traitement équitable étaient respectées dans le cadre des procédures d'extradition. Quelques États parties envisageaient la disposition relative au traitement équitable sous l'angle de la non-discrimination en confirmant que les personnes susceptibles d'être extradées jouissaient des mêmes garanties judiciaires que les nationaux.

Un certain nombre d'États ont fourni la liste des droits et garanties spécifiques prévus par leur système juridique, notamment le droit d'être présenté à un tribunal dans un délai prescrit après l'arrestation; le droit à l'assistance d'un avocat; le droit à l'assistance d'un interprète; le droit de former un recours contre chacune des décisions judiciaires rendues dans le cadre de la procédure d'extradition, c'est-à-dire le droit de faire appel aussi bien de la décision ordonnant le placement en détention provisoire que de la décision autorisant l'extradition; la possibilité de présenter des informations au sujet de la remise avant que le Ministre de la justice ait pris une décision définitive à cet égard; et la garantie que la personne visée ne risque pas d'être condamnée à mort, torturée ou incarcérée dans des conditions inhumaines. Certains États ont spécifiquement mentionné la présomption d'innocence, sans toutefois expliquer comment ce principe était pertinent dans le cadre de procédures dont l'objectif premier n'était pas d'établir la culpabilité ou l'innocence.

Bien que dans la plupart des pays ces droits semblent être applicables à la conduite des procédures pénales ordinaires, ils sont normalement considérés comme pouvant s'appliquer à d'autres procédures judiciaires, dont l'extradition. Dans un pays, cela semble découler d'une série de jugements rendus au fil des ans par la Cour suprême et déclarant que certains droits garantis par la Constitution en matière pénale sont applicables à la procédure d'extradition.

Les motifs de refus

Le paragraphe 8 de l'article 44 précise que l'extradition, y compris les motifs de refus de l'extradition, est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État partie requis. Comme indiqué dans un rapport de pays, ce paragraphe est toujours respecté. Les États parties devraient toutefois s'efforcer de faire en sorte que les restrictions en matière d'extradition demeurent dans les limites habituelles et/ou des limites raisonnables et qu'elles ne neutralisent pas l'extradition en tant qu'outil efficace de coopération internationale dans les affaires de corruption.

La plupart des États parties font figurer dans leur législation ou dans les traités applicables une liste exhaustive des motifs, obligatoires ou facultatifs, de refus de l'extradition; il y a six exceptions: dans les États en question, en l'absence de traité applicable, les motifs de refus sont déduits des principes généraux du droit international, du droit à une procédure judiciaire

régulière et du droit fondamental à l'équité. On notera d'ailleurs avec intérêt qu'un État partie a inscrit les motifs de refus dans sa Constitution. Les autres motifs courants de refus de l'extradition sont notamment le principe *non bis in idem*, la prescription de l'infraction, l'existence dans l'État requis de procédures ou de sanctions pénales en cours, le refus de l'État requérant de s'engager à respecter la règle de spécialité ou à ne pas prononcer ni exécuter la peine de mort si la personne visée est reconnue coupable et (plus rarement) la possibilité que la personne visée connaisse des difficultés exceptionnelles en raison de son âge ou de ses problèmes de santé. Deux États ont ajouté un autre motif de refus, à savoir le fait que l'accusé a été reconnu coupable en son absence (dans le cas d'une demande aux fins d'exécution d'une peine), l'un d'entre eux mentionnant que ce motif de refus soulevait des difficultés en pratique.

L'approche de deux États parties est extrêmement différente de celle de tous les autres: dans l'un d'entre eux, l'extradition peut être refusée s'il existe des raisons de penser que des poursuites sur le plan interne ou l'exécution de la condamnation pénale étrangère faciliterait la réhabilitation sociale de la personne visée; dans l'autre, l'extradition peut être refusée si la personne visée est un étranger qui réside en permanence sur le territoire de l'État requis et si l'extradition est jugée inappropriée parce que cette personne est bien intégrée ou a noué des liens communautaires dans le pays.

La clause de non-discrimination

S'agissant du paragraphe 15 de l'article 44 de la Convention, la majorité des États envisagent la clause de non-discrimination comme un motif facultatif ou obligatoire de rejet d'une demande d'extradition lorsqu'il existe des raisons de penser que la demande a été présentée pour persécuter ou punir la personne visée en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que l'extradition causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.

La législation de certains pays ne mentionne pas le sexe, la race et/ou l'origine raciale. Toutefois, dans au moins deux d'entre eux, ces omissions ne semblent pas créer de lacunes juridiques substantielles. Si, dans un pays, l'extradition peut être refusée en cas de discrimination au sens de la Convention sur la base de l'interdiction générale de la discrimination consacrée dans la Constitution, dans un autre pays les tribunaux internes sont tenus d'interpréter tout texte législatif conformément à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont une disposition exhaustive interdit la discrimination.

Dans au moins 15 États, le risque de discrimination en raison du sexe n'est pas suffisamment envisagé, même si deux d'entre eux ont annoncé que ce type particulier de discrimination serait pris en compte dans leurs nouvelles lois en matière d'extradition. En ce qui concerne certains pays, il a été relevé que la Constitution nationale interdisait la discrimination fondée sur le sexe et que, partant, les lois relatives à l'extradition devaient être interprétées à la lumière de cette disposition.

Dans un pays, la clause de non-discrimination ne peut être mise en œuvre que lorsque la personne visée s'est vu accorder le statut de réfugié. À cet égard, le rapport de pays souligne que la Convention ne subordonne pas la possibilité de refuser l'extradition en cas de discrimination à l'obtention de l'asile par la personne visée.

En outre, dans au moins 14 États parties, la clause de non-discrimination en matière d'extradition ne figure apparemment pas dans la législation nationale. Certains de ces pays ont

toutefois confirmé qu'ils appliqueraient directement le texte de la Convention. De plus, comme il a été relevé dans un rapport de pays, même en l'absence de dispositions législatives, le paragraphe 15 de l'article 44 peut techniquement être considéré comme mis en œuvre, puisque la Convention n'oblige pas directement les États parties à garantir explicitement qu'ils rejettent une demande d'extradition pour ces motifs, mais leur permet de le faire¹⁰⁰. De ce point de vue, on notera que l'examen ne portait pas sur le respect d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qui peuvent, notamment en matière de discrimination, énoncer des normes et obligations juridiques autres que celles énoncées dans la Convention.

Infractions touchant à des questions fiscales

Conformément au paragraphe 16 de l'article 44, l'immense majorité des États parties ne peuvent rejeter une demande d'extradition au seul motif que l'infraction touche à des questions fiscales.

Dans l'ensemble, les États ont confirmé qu'ils respectaient cette disposition en avançant un argument *a contrario*, à savoir l'absence dans leur droit interne de dispositions autorisant le rejet d'une demande d'extradition pour ce motif. La législation de trois pays seulement dispose explicitement que les questions fiscales ne sont pas un motif de rejet. Un État partie a confirmé à cet égard appliquer directement la Convention, tandis qu'un autre a fait valoir que les infractions fiscales donnaient lieu à extradition de par leur nature d'infractions de *common law*.

Deux pays ont expliqué plus en détail pourquoi ils étaient en mesure d'extrader dans les dossiers relevant du paragraphe 16 de l'article 44. L'un d'eux a indiqué que si une demande concernait plusieurs infractions – des infractions fiscales et d'autres infractions – l'extradition était accordée pour les autres infractions. L'État requérant n'était pas autorisé à engager des poursuites contre la personne extradée en raison des infractions fiscales et il en était informé. De même, un autre État ne refusait pas l'extradition en raison d'infractions fiscales si ces dernières étaient liées à des infractions donnant lieu en extradition. Bien que la loi sur l'extradition de cet État dispose que l'extradition ne peut être accordée en raison d'infractions concernant les impôts et autres prélèvements, les douanes ou les devises, l'extradition ne serait refusée que si la demande était exclusivement fondée sur des infractions fiscales.

Dans 13 États, l'absence de législation ou de pratique claire ne permet pas de déterminer avec certitude si une demande d'extradition peut être rejetée pour ce motif. Selon la législation d'un État partie, certaines catégories d'infractions ne peuvent donner lieu à extradition en raison de leur caractère fiscal. Les autorités de cet État partie ont toutefois confirmé que si les éléments d'une infraction donnée étaient considérés comme constituant un acte de corruption au regard de la Convention, l'extradition ne serait pas refusée.

Les infractions politiques

Dans tous les États parties, le caractère politique de l'infraction est parmi les motifs de rejet des demandes d'extradition. Pour un État partie, il s'agit du motif de rejet le plus courant (avec la prescription de l'infraction). Il est néanmoins d'usage parmi les États parties de ne pas définir la notion d'"infraction politique" dans leur législation, ou de ne la définir qu'en termes négatifs (par exemple en excluant les atteintes à la personne ou à la liberté d'un chef

¹⁰⁰Voir également *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 583.

d'État ou d'un membre d'une famille régnante du pays). La décision de rejeter ou non une demande d'extradition pour ce motif est donc prise au cas par cas et se fonde souvent sur des critères d'origine jurisprudentielle. Dans un État partie, par exemple, une infraction est considérée comme politique si, après évaluation des mobiles de l'auteur, des méthodes employées pour commettre l'infraction et de toutes les autres circonstances, la dimension politique de l'acte prend le pas sur sa composante pénale. La constitution d'un État partie dispose que l'extradition n'est pas autorisée pour "des raisons politiques", une expression dont le champ d'application a été jugé ambigu par les examinateurs.

Dans ce contexte, la grande majorité des États parties ont confirmé qu'en application du paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention, une infraction relevant de celle-ci ne sera en aucune circonstance considérée comme une infraction politique. Dans le même temps, seuls quelques pays ont indiqué s'il serait donné effet à la Convention par le biais d'une interprétation jurisprudentielle ou par d'autres moyens. À cet égard, un État partie a expliqué que ses tribunaux interprétaient la notion d'"infraction politique" de manière très restrictive, et qu'il était donc peu probable que l'une quelconque des infractions visées dans la Convention soit considérée comme telle.

Une législation spéciale excluant explicitement les infractions visées dans la Convention du champ d'application de la notion d'"infraction politique" est en vigueur dans quelques pays seulement. Un pays a en particulier adopté une loi autorisant l'extradition en raison d'infractions contre l'administration publique même lorsque le produit de ces infractions est destiné à être utilisé à des fins politiques. Par contre, dans tous les autres pays concernés, la législation spéciale avait trait au blanchiment d'argent et ne couvrait donc qu'un des types de conduite incriminés dans la Convention.

Au moins 11 États parties ont exclu la possibilité d'invoquer le caractère politique d'une infraction lorsqu'une obligation d'extrader ou de poursuivre avait été contractée au niveau international, en particulier lorsque tant l'État requérant que l'État requis étaient parties à un traité multilatéral tel que la Convention. Cela traduit une tendance à limiter la portée de l'exception d'infraction politique conformément à la version révisée de l'alinéa a de l'article 3 du Traité type d'extradition. Les États parties ont d'une manière générale été encouragés à continuer de veiller à ce qu'aucune des infractions relevant de la Convention ne soit considérée ou désignée comme une infraction politique de manière à ne pas entraver l'extradition, en particulier dans le cas des personnes investies de fonctions publiques de premier plan, dans lequel des allégations concernant le caractère politique de l'infraction ou l'existence d'une persécution politique risquaient d'être formulées dans l'État requérant.

Les procédures de consultation

Il ne semble pas y avoir d'interprétation et d'application uniformes de l'obligation de consulter l'État requérant avant de refuser l'extradition, même si dans de nombreux cas de telles consultations constituent une pratique établie. Si la législation de deux pays va jusqu'à prévoir la possibilité que l'État requérant participe par procuration à la procédure d'extradition, la grande majorité des États parties considèrent qu'aucune législation d'application n'est nécessaire, estimant soit que l'obligation de consultation relève de la courtoisie ou de la pratique internationales, soit que le paragraphe 17 de l'article 44 de la Convention est directement applicable et exécutoire de plein droit dans leur ordre juridique interne. Dans le même esprit, un État partie a fait valoir que le ministère public, en sa qualité de représentant de l'État requérant auprès des autorités chargées de l'extradition, était implicitement tenu d'informer cet État de toutes les mesures qu'il prenait.

Succès et bonnes pratiques

Un État partie examine les projets de demande d'extradition afin de s'assurer que les demandes respecteront les dispositions de son droit interne. Ces projets sont examinés par le Ministère de la justice en consultation avec les autres parties prenantes.

Un État partie a indiqué que des consultations pouvaient avoir lieu par la voie diplomatique et que leur résultat pouvait être communiqué au juge lors des audiences d'extradition mais que ce dernier ne pouvait avoir de contacts directs avec les autorités étrangères. Dans sept États parties, l'obligation de consultation n'est pas mise en œuvre en raison de l'absence de législation et de pratique, et il a été recommandé aux États parties concernés de consulter la partie requérante avant de rejeter une demande d'extradition.

Dans l'ensemble, s'ils ont considéré que cette disposition était appliquée dans le cadre de la pratique et des procédures administratives établies sans qu'une législation spécifique soit nécessaire, pour autant que la constitution et/ou la législation ne contiennent pas de dispositions d'effet contraire, les examinateurs ont souligné son caractère obligatoire. C'est pourquoi ils ont estimé qu'il devait être attesté de manière convaincante que la pratique pertinente, parce qu'appliquée de manière uniforme sur une très longue période, avait acquis force de loi. Dans le cas contraire, les États parties pourraient vouloir envisager de régler directement la question dans leur législation relative à l'extradition et examiner les traités auxquels ils sont parties afin de s'assurer que ceux-ci sont conformes à la Convention.

Exemples d'application

Un État partie a fait savoir que son autorité centrale chargée de recevoir et de présenter les demandes d'extradition faisait tout son possible pour consulter la partie requérante si une demande formulée en vertu de la Convention ne semblait pas conforme à celle-ci. L'État requérant se voit notamment donner la possibilité de compléter sa demande en fournissant des preuves ou explications supplémentaires. L'autorité centrale contacte régulièrement les autres États parties au traité pour solliciter leur avis et les inviter à fournir des informations supplémentaires lorsqu'il apparaît qu'une demande d'extradition risque d'être rejetée.

Les autorités d'un autre pays ont indiqué avoir largement recours à Eurojust et au Réseau judiciaire européen, ainsi qu'à des réseaux informels comme le Réseau ibéro-américain de coopération judiciaire internationale (IberRed). Il est courant que les juges demandent des informations complémentaires pour éviter de rejeter une demande d'extradition ou de remise. Ces informations complémentaires peuvent concerner la description des éléments matériels de l'infraction, la législation nationale en matière de prescription ou encore des garanties (par exemple, en ce qui concerne la peine de mort, les sanctions permanentes et les amnisties).

Enfin, un État partie va bien au-delà de l'obligation technique de consulter l'État requérant: lorsqu'il n'est pas en mesure de faire droit à la demande parce qu'aucun traité ne lui permet de le faire ou pour d'autres raisons, il s'efforce de fournir une assistance sous d'autres formes, notamment, le cas échéant, en communiquant des informations sur les déplacements du fugitif afin que l'État requérant puisse plus facilement demander à d'autres pays de l'extrader.

Efficacité

De nombreux États parties ont indiqué n'avoir que peu d'expérience de la gestion des demandes d'extradition ou ne pas en avoir du tout, que ce soit en général ou en matière de corruption. Un État n'avait pas du tout d'expérience ou avait une expérience très limitée de l'extradition, laquelle s'effectuait principalement dans le cadre de traités bilatéraux et nécessitait un long processus. La situation avait changé suite à l'adoption en 2015 d'une loi sur l'extradition. Un autre État a déclaré qu'il avait réussi à obtenir de pays voisins qu'ils lui remettent des fugitifs mais qu'il n'avait jamais mené à bien une procédure d'extradition en qualité d'État requis.

Sept États ont indiqué avoir reçu ou formulé des demandes dans le cadre desquelles la Convention avait été invoquée, et un pays a fait savoir qu'il avait donné suite à une demande à la fois sur la base de la Convention et d'un traité bilatéral. Un autre pays avait présenté plusieurs demandes d'extradition relatives à des infractions de corruption dont aucune n'avait abouti en raison de différences dans les systèmes juridiques des pays concernés.

Lors du dépôt de leur instrument de ratification de la Convention, deux États ont formulé une réserve à l'article 44 en indiquant comment leur droit interne limitait l'application de cet article. L'un d'entre eux a toutefois fait savoir qu'une loi adoptée ultérieurement ne mentionnait pas cette réserve et qu'il envisageait donc de la retirer.

Dans l'ensemble, les données fournies sont limitées ou fragmentées et ne donnent pas une idée précise du volume des demandes d'extradition reçues ou présentées pour des infractions de corruption, ni de la mesure dans laquelle ces demandes ont abouti. À cet égard, le Mécanisme d'examen de l'application donne aux États la possibilité de systématiser les informations relatives aux affaires d'extradition et de réunir des données statistiques s'y rapportant par des moyens électroniques en vue de faciliter le suivi de ces dossiers et d'évaluer plus efficacement dans quelle mesure la Convention est appliquée.

B. Transfèrement des personnes condamnées (article 45)

Le transfèrement des personnes condamnées (y compris des auteurs de faits de corruption) vers leur pays d'origine afin qu'ils y purgent le reliquat de leur peine obéit à des considérations humanitaires. Néanmoins, certaines circonstances peuvent justifier le transfèrement d'une personne condamnée vers son État d'origine qu'il y consente ou non, par exemple lorsque l'expulsion de la personne concernée de l'État partie ayant prononcé la peine, une fois cette peine purgée, a été ordonnée. Un transfèrement est possible lorsque la personne est condamnée à une peine d'emprisonnement ou à une autre peine privative de liberté et qu'il lui reste une partie significative de cette peine (en général au moins six mois) à purger. Dans certains cas, il est possible de transférer un délinquant souffrant de troubles mentaux lorsqu'il fait l'objet d'une prise en charge et d'un traitement psychiatriques obligatoires dans un établissement de santé, à titre de mesure de sécurité.

La plupart des États parties disposent du cadre juridique nécessaire pour procéder à de tels transfèrments dans certaines conditions, en application de la disposition (facultative) de l'article 45 de la Convention. Dans certains pays, le transfèrement des détenus peut aussi théoriquement avoir lieu sur la base de la réciprocité, mais en pratique presque tous les États se fondent sur les dispositions de traités internationaux. Seuls trois États parties semblent se fonder uniquement sur les dispositions de leur droit interne, et un autre a fait savoir qu'il avait

eu par deux fois recours à la voie diplomatique pour faire transférer sur son territoire des personnes condamnées à l'étranger.

Exemples d'application

Un État a conclu plusieurs accords bilatéraux sur le transfèrement des personnes condamnées; il a aussi élaboré un accord type à l'usage des autres pays et indiqué qu'il était prêt à conclure de nouveaux accords sur cette base.

La Convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées est un exemple intéressant de traité régional ouvert à la ratification de pays extérieurs à la région. Elle a été ratifiée par 65 États, dont 19 États non membres. Les États non membres peuvent être soit invités à faire partie du Comité des ministres du Conseil, soit autorisés à devenir parties à la Convention s'ils le demandent. Une telle approche donne la possibilité à des pays qui ne relèvent pas du champ d'application géographique initial de tel ou tel traité d'adhérer à un cadre juridique multilatéral existant et opérationnel. Si elle est ratifiée par davantage de pays dans les années à venir, la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées peut devenir de facto un instrument interrégional, évitant aux États d'avoir à négocier un nouvel instrument juridique universellement applicable.

Le nombre de traités conclus par les États parties dans ce domaine varie considérablement. Alors qu'un État est lié par 28 accords bilatéraux sur le transfèrement des personnes condamnées, un autre n'en a mentionné qu'un seul. Certains pays ont fait savoir qu'ils envisageaient de conclure de nouveaux accords. Comme pour l'extradition, on a relevé que les États parties avaient tendance à conclure des accords en la matière avec des pays voisins ou partageant la même langue.

Les accords multilatéraux semblent être assez largement utilisés. La Convention sur le transfèrement des personnes condamnées joue un rôle de premier plan. Méritent également d'être cités le Mécanisme de transfèrement des condamnés entre pays du Commonwealth, la Convention interaméricaine sur l'exécution des peines prononcées à l'étranger, la Convention de la Communauté d'États indépendants sur le transfèrement des personnes condamnées aux fins de la poursuite de l'exécution d'une peine privative de liberté, la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées entre États membres de la Communauté des pays de langue portugaise et l'Accord arabe de Riyad sur la coopération judiciaire.

Dix-sept États n'ont conclu aucun accord sur le transfèrement des personnes condamnées, l'un d'eux faisant valoir que sa législation nationale interdit tout transfèrement tant que la personne concernée n'a pas purgé sa peine au titre d'une condamnation prononcée sur son territoire. Ce même État partie a toutefois exprimé l'intention de modifier sa législation pour l'aligner sur la Convention. Un autre État a indiqué qu'il avait rejeté une demande de transfèrement faute de cadre juridique. Les examinateurs ont souligné la possibilité de se référer à l'Accord type relatif au transfert des détenus étrangers¹⁰¹ pour combler ces lacunes.

¹⁰¹ *Septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Milan, 26 août-6 septembre 1985: rapport établi par le Secrétariat* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.86.IV.1), chap. I, sect. D.1, annexe I.

Il n'existe pas de chiffres précis sur le nombre de détenus que chaque État partie a reçu de l'étranger ou transféré à l'étranger, et encore moins sur le nombre de transfèrements effectués spécifiquement en relation avec des infractions relevant de la Convention. Un État partie a indiqué que 99 % de tous les transfèrements concernaient des infractions liées à la drogue. Un État partie a fait savoir que des milliers de détenus avaient été transférés vers son territoire ou à partir de celui-ci depuis 1977 en application des traités applicables. Le transfèrement de détenus semble être fréquent quels que soient la taille ou le niveau de développement des États concernés. Par exemple, un petit État insulaire a fait état d'une large pratique dans ce domaine, quelque 30 dossiers étant en cours d'examen lors de la visite du pays. Un État subsaharien a confirmé que le transfèrement de personnes condamnées était une pratique courante, 82 transfèrements ayant été effectués depuis un pays limitrophe durant la seule année 2011.

Dans le même temps, un certain nombre de difficultés ont été signalées concernant la mise en œuvre pratique des accords de transfèrement, tenant par exemple au fait que la réglementation de certains États n'était pas suffisamment précise quant aux procédures administratives applicables en la matière. De même, des problèmes se sont posés concernant le transfèrement de détenus vers des pays dont les régimes de sanctions étaient radicalement différents, l'exécution en temps voulu des demandes de transfèrement, la prise en charge des frais de transfèrement et l'importance d'éviter la rupture des cellules familiales lorsqu'un détenu a de la famille à l'étranger mais souhaite être transféré dans son pays d'origine pour y purger sa peine. Un pays a résumé les difficultés auxquelles il était confronté en invoquant les ressources considérables nécessaires pour effectuer des transfèrements vers les 10 pays dont il était limitrophe et à partir de ceux-ci. La même partie a estimé que la durée moyenne d'une procédure de transfèrement était de huit mois.

Chapitre II: Entraide judiciaire et transfert des procédures pénales

A. Entraide judiciaire (article 46)

Le paragraphe 1 de l'article 46 oblige les États parties à s'accorder mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la Convention. Chaque État partie doit donc veiller à ce que sa législation et les traités auxquels il est partie en ce qui concerne l'entraide judiciaire lui permettent d'exécuter cette obligation. En particulier, le paragraphe 7 de l'article 46 stipule que les paragraphes 9 à 29 de l'article 46 sont applicables aux demandes faites conformément à l'article 46 si les États parties en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si ces États sont liés par un tel traité, les dispositions correspondantes de ce traité sont applicables, à moins que les États parties ne conviennent d'appliquer à leur place les dispositions des paragraphes 9 à 29 de l'article 46. Les États parties sont fermement invités à appliquer ces paragraphes s'ils facilitent la coopération.

L'étendue, la portée et l'origine des régimes d'entraide judiciaire varient considérablement d'un État partie à l'autre. Dans l'ensemble, on constate une souplesse considérable dans l'application de l'article 46 de la Convention, quatre pays seulement n'en appliquant pas totalement les prescriptions en termes généraux.

La majorité des pays examinés ont adopté une législation qui définit le cadre général régissant la fourniture ou la demande d'assistance judiciaire, sous la forme soit de lois spéciales (par exemple, de lois sur l'entraide judiciaire en matière pénale), soit de lois relatives à la coopération internationale en matière pénale en général, soit encore (parfois parallèlement) dans le cadre du Code pénal ou du Code de procédure pénale. Dans certains cas, des amendements à la législation nationale concernant l'entraide judiciaire en matière pénale ont été élaborés par des groupes de travail spéciaux en vue de donner effet dans la pratique aux obligations énoncées dans la Convention.

Dans certains pays, le régime d'entraide judiciaire spécifiquement applicable aux infractions de blanchiment d'argent semble être substantiellement différent (généralement plus sophistiqué et éventuellement plus efficace) du régime général applicable aux autres infractions. Cette situation résulte des efforts considérables déployés par certains pays, souvent avec l'appui d'organisations internationales, pour actualiser leur législation afin qu'elle soit plus conforme aux normes de la lutte contre le blanchiment d'argent. La coopération internationale a également contribué à ces efforts. Du point de vue de l'application de la Convention, ceux-ci ont eu un effet positif, car les cadres juridiques actualisés peuvent être efficacement utilisés pour coopérer avec des États étrangers en ce qui concerne le blanchiment du produit des infractions de corruption. L'inconvénient est que les mécanismes et instruments d'entraide judiciaire concernant les autres infractions n'ont pas nécessairement été actualisés, ce qui risque de créer un système à deux niveaux s'agissant des régimes d'entraide judiciaire applicables aux infractions visées par la Convention.

Seuls quelques pays ont indiqué qu'ils n'avaient pas de législation sur l'entraide judiciaire et qu'en la matière ils appliquaient exclusivement des dispositions conventionnelles et/ou le principe de réciprocité. Bon nombre d'entre eux ont toutefois également indiqué qu'ils étaient en train d'élaborer des cadres juridiques sur l'entraide judiciaire. Un État partie a adopté une approche particulière consistant, pour compenser l'absence de législation sur l'entraide judiciaire, à appliquer ses lois nationales par analogie ou à prendre la Convention européenne sur l'entraide judiciaire en matière pénale comme ligne directrice. Une approche relativement similaire, reposant sur l'application des lois nationales par analogie, était suivie par un autre État, qui pouvait appliquer les dispositions de son droit interne régissant la coopération avec la Cour pénale internationale aux demandes d'entraide judiciaire reçues dans le cadre de la Convention.

La plupart des États parties semblent ne pas faire de distinction entre les diverses infractions pénales et, en principe, fournissent une assistance quelle que soit la gravité de l'infraction. Toutefois, dans au moins 10 pays, l'assistance, du moins sous certaines formes (par exemple, les perquisitions, les saisies et la confiscation d'avoirs), ne pouvait être fournie que pour des infractions graves (par exemple, celles passibles d'une peine d'emprisonnement supérieure à 12 mois). L'entraide judiciaire risque donc de ne pas être accordée en ce qui concerne plusieurs infractions visées par la Convention. À l'opposé, un pays a mentionné expressément la possibilité de fournir une assistance judiciaire en relation avec des infractions mineures. Toutefois, il est peu probable que les autorités des États requis accordent une priorité aux demandes présentées à raison d'infractions mineures ou triviales. Priorité est normalement accordée aux demandes concernant des infractions graves, des affaires dans lesquelles les preuves risquent d'être dissimulées ou détruites, des infractions en cours, des affaires dans lesquelles la sécurité des témoins ou du public est en péril ou encore des affaires dans lesquelles le procès est imminent.

Succès et bonnes pratiques

Dans deux États parties, l'entraide judiciaire est accordée dans les procédures introduites devant les autorités administratives en raison d'infractions réprimées par la législation de l'État requérant ou de l'État requis lorsqu'une décision de l'autorité administrative peut motiver l'exercice de l'action pénale.

La plupart des États parties sont liés par des traités ou arrangements bilatéraux (fréquemment adoptés au niveau régional) ou par des conventions régionales. Ces instruments ont pour vocation de promouvoir la coopération, d'améliorer l'échange d'informations et de remédier aux problèmes d'ordre juridique et opérationnel qui entravent l'entraide judiciaire, en particulier dans les affaires concernant des États dont les systèmes et traditions juridiques diffèrent. Ainsi, un pays a conclu 42 traités bilatéraux avec des pays de tous les continents.

Parmi les instruments multilatéraux applicables, on citera la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et ses protocoles facultatifs, la Convention interaméricaine sur l'entraide judiciaire en matière pénale, le Traité centraméricain d'entraide judiciaire en matière pénale entre les républiques du Costa Rica, d'El Salvador, du Guatemala, du Honduras, du Nicaragua et du Panama, l'Accord arabe de Riyad sur la coopération judiciaire, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, l'Accord de coopération judiciaire

entre les États membres de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, la Convention relative à l'assistance judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale de la Communauté d'États indépendants, le Mécanisme du Commonwealth pour l'assistance mutuelle en matière criminelle (le Mécanisme de Harare) et la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise. En outre, plusieurs pays sont parties à des traités prévoyant une entraide judiciaire spécifiquement en ce qui concerne les infractions de corruption et le blanchiment d'argent, par exemple la Convention pénale sur la corruption et la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du Conseil de l'Europe, la Convention inter-américaine contre la corruption, la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption et la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

L'application de ces instruments diffère d'un État partie à un autre. Si certains États ont conclu très peu d'instruments, d'autres semblent y avoir largement recours, en particulier lorsque leur législation nationale contient peu de dispositions sur l'entraide judiciaire. Dans le même temps, dans presque tous les pays, l'absence de traité ne semble pas constituer un obstacle, en principe, à la fourniture d'une assistance judiciaire. Très peu de pays ont indiqué qu'ils subordonnaient la fourniture d'une assistance à l'existence d'un traité. De plus, la réciprocité est fréquemment mentionnée comme une base suffisante pour accorder une assistance aux pays étrangers, un pays subordonnant l'exécution des demandes d'assistance qu'il reçoit à des garanties précises.

Les États ont été plus nombreux que dans le cas de l'extradition à indiquer qu'il leur était possible d'utiliser la Convention elle-même comme base légale de l'entraide judiciaire. Cependant, on considère généralement que les traités bilatéraux priment et doivent être invoqués en premier (ou au moins en même temps que la Convention) s'ils s'appliquent à une demande ayant trait à une affaire de corruption. Comme indiqué ci-dessus, aux termes du paragraphe 7 de l'article 46, si les États parties ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire, les paragraphes 9 à 29 s'appliquent à toutes les demandes d'entraide judiciaire présentées en vertu de l'article 46. Si les États parties sont liés par un traité d'entraide judiciaire, les dispositions correspondantes de ce traité s'appliquent à moins que les États parties conviennent d'appliquer à leur place les dispositions de l'article 46. Il appartient aux autorités compétentes de décider s'il convient d'utiliser les dispositions de la Convention ou les accords bilatéraux, compte tenu des particularités de chaque affaire et étant donné également que (comme indiqué au paragraphe 6 de l'article 46), les dispositions pertinentes de la Convention n'affectent en rien les obligations découlant pour les parties d'autres traités ou arrangements, ni n'empêchent les parties de se prêter assistance en vertu de nouveaux traités ou arrangements. Les États parties sont également invités, comme le stipule le paragraphe 30 de l'article 46, à envisager la possibilité de conclure de nouveaux accords relatifs à l'entraide judiciaire pour donner effet en pratique aux dispositions de la Convention ou pour les renforcer.

Exemples d'application

Un État partie a indiqué que sa législation sur l'entraide judiciaire était complétée par des dispositions spécifiques facilitant la présentation et la réception par les États parties des demandes d'entraide judiciaire concernant les infractions visées par la Convention.

Exemples d'application (suite)

L'autorité centrale d'un autre État partie peut être contactée par les États requérants et peut suggérer, si besoin est, la base légale la plus appropriée pour que la demande soit exécutée le plus efficacement possible.

Dans les rapports de pays, l'accent a été mis sur la capacité des États parties de satisfaire aux prescriptions susvisées et de faire en sorte que leur système garantisse de façon adéquate qu'une assistance sera accordée dans les affaires de corruption. Ainsi, certains examinateurs se sont félicités qu'un cadre juridique sur l'entraide judiciaire ait été élaboré ou adopté sur le plan interne, car cela confirmait la volonté des États parties concernés de régler la question de manière exhaustive et cohérente. Par ailleurs, les examinateurs ont souligné dans tous les cas qu'il était bon qu'un pays soit partie à des instruments régionaux relatifs aux différentes formes de coopération internationale ainsi qu'à de nombreux instruments multilatéraux de lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent et la criminalité organisée qui contiennent des dispositions relatives à la coopération internationale en matière pénale.

En revanche, les États parties dont la législation nationale ne contient qu'un petit nombre de dispositions régissant l'entraide judiciaire (et dans les quelques cas où la Convention n'est pas directement applicable) ont été invités à envisager de se doter d'une législation plus spécifique pour faciliter l'application pratique des traités existants et améliorer la transparence et la prévisibilité des procédures dans l'intérêt des États requérants. L'adoption d'une législation plus spécifique a également été recommandée à un État partie dont de nombreuses pratiques et procédures en matière d'entraide judiciaire découlaient de pratiques coutumières ou de principes généraux informels, bien qu'ainsi que l'ont reconnu les examinateurs, l'organisation et la gestion du traitement des demandes d'entraide judiciaire et de coopération internationale soient généralement efficaces dans cet État. Ainsi qu'il a été observé dans le cadre de l'examen en question, une culture de l'efficacité et du résultat peut être encore plus importante que des lois spécifiques si l'on veut que la Convention soit respectée pour l'essentiel. Cela exige toutefois une attention et une vigilance constantes des autorités nationales en ce qui concerne le fonctionnement et la performance effectifs de leurs services dans le domaine de la coopération internationale.

Dans trois pays, l'absence de législation donnant pleinement effet aux dispositions de l'article 46 a été constatée, et dans de nombreux cas il a été recommandé aux États parties d'envisager de conclure des accords et arrangements de coopération bilatéraux ou multilatéraux (additionnels), y compris avec des pays d'autres régions que la leur, nonobstant l'efficacité apparente des réseaux de coopération formels ou informels existants. Les États parties ont de manière générale été encouragés à accorder la priorité accordée à la coopération internationale dans les affaires de corruption et à tirer plus largement parti de la possibilité de recourir à la Convention comme base de l'entraide judiciaire. Enfin, on a observé que quatre pays avaient une connaissance très médiocre du fonctionnement des mécanismes d'entraide judiciaire; il leur a donc été recommandé de prendre des mesures pour faire mieux connaître la Convention à leurs institutions et organismes compétents et d'envisager de créer des réseaux informels susceptibles de constituer un point de départ pour les demandes d'entraide judiciaire.

Exemples d'application

Une partie a exécuté une demande officielle d'entraide judiciaire émanant d'un pays qui avait invoqué la Convention. La partie requise a fourni à l'État requérant des documents

bancaires certifiés pour l'aider dans son enquête concernant un agent public accusé d'avoir participé à une fraude complexe et massive et dont on pensait qu'il avait acheminé une partie du produit illicite de cette fraude par l'intermédiaire des banques établies sur le territoire de la partie requise. La Convention était la seule base conventionnelle de la demande, car les deux pays n'étaient liés par aucun traité bilatéral d'entraide judiciaire.

Un autre État partie a été prié, sur la base de la Convention, d'observer et de surveiller un suspect, de fournir des informations concernant la date à laquelle il était entré dans le pays, de localiser ses avoirs, y compris financiers, et de mener une perquisition pour geler et confisquer ses avoirs financiers. L'enquête pénale concernait un ressortissant de l'État requérant soupçonné de soustraction dans l'exercice de ses fonctions officielles. Le suspect s'était enfui du pays et vivait dans le pays requis lorsque la demande a été présentée. Toute l'assistance et les informations demandées ont été fournies et les biens saisis ont été remis au pays requérant.

Dans un autre registre, un pays a indiqué qu'il avait traité dans le cadre de l'entraide judiciaire une importante affaire de trafic de palissandre relevant de la criminalité transnationale organisée. Bien qu'il n'y ait pas eu de demande d'assistance judiciaire en relation avec des infractions de corruption, celles-ci auraient joué un rôle important dans cette affaire. Cet exemple atteste peut-être que, dans certains cas, les infractions visées par la Convention peuvent faire partie intégrante d'activités criminelles plus étendues alors même que les demandes d'assistance judiciaire portent sur d'autres types d'infractions.

Infractions dans la commission desquelles des personnes morales sont impliquées

S'agissant du paragraphe 2 de l'article 46, la majorité des États parties ont confirmé qu'ils pouvaient accorder une assistance en relation avec des infractions pouvant engager la responsabilité de personnes morales mais quelques-uns seulement ont fourni des exemples de cas concrets en lien avec des affaires de corruption, et au moins six pays n'ont pas fourni de réponse satisfaisante à ce sujet.

Les lois nationales, de même que les traités bilatéraux et multilatéraux d'entraide judiciaire, ne contiennent généralement pas de dispositions relatives au traitement des affaires mettant en cause des personnes morales. Parmi les pays réglementant la responsabilité pénale de personnes morales, au moins cinq ont indiqué qu'il ne leur était pas nécessaire d'adopter une législation spécifique parce qu'ils pouvaient accorder une assistance judiciaire en raison des infractions mettant en cause des personnes morales en interprétant leurs lois nationales, dans lesquelles le terme "personne" n'était pas défini et s'entendait donc comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Un pays a indiqué qu'il avait l'intention d'adopter une législation réglementant expressément cette question et expliqué que la plupart des demandes d'assistance qu'il recevait en ce qui concerne des personnes morales visaient à obtenir des documents bancaires et financiers ou à vérifier des données figurant au registre des sociétés. Selon un autre État partie, la majorité des demandes reçues avaient trait à des infractions commises par des personnes morales.

L'état de l'application du paragraphe 2 de l'article 46 semble plus incertain dans les pays qui ne prévoient pas la responsabilité pénale des personnes morales ou ne la prévoient que pour certaines infractions (comme le blanchiment d'argent). Des autorités nationales et des examinateurs ont jugé que cet état de fait, parfois conjugué à la règle de double incrimination,

rendait l'entraide judiciaire impossible ou ne l'autorisait que pour les infractions susceptibles d'engager la responsabilité pénale des personnes morales ou lorsque la double incrimination n'était pas requise. Ce point de vue ne semble toutefois pas majoritaire. Comme on l'a noté dans le cadre d'un examen, même lorsque les États parties n'ont pas institué la responsabilité pénale des personnes morales et appliquent le principe de double incrimination, l'entraide judiciaire reste possible, car la double incrimination n'est pas considérée comme une condition nécessaire de l'engagement de poursuites contre la personne même faisant l'objet de l'enquête; il faut simplement que l'acte à l'origine de la demande d'assistance constitue une infraction pénale dans l'État requis. En d'autres termes, l'issue des enquêtes ou des procédures judiciaires visant des personnes morales, y compris d'éventuels actes d'accusation ou condamnations, ne semble pas avoir d'incidence sur l'acceptation de la demande d'entraide judiciaire. En outre, les traités d'entraide judiciaire ont pour vocation de fournir une assistance aux parties contractantes en lien avec la prévention des infractions pénales ou avec les enquêtes et poursuites judiciaires relatives à ces infractions, ou encore avec les procédures pénales, sans distinguer si l'infraction objet de l'enquête a été commise par des personnes physiques ou morales. De fait, en suivant ce raisonnement, plusieurs pays qui ne peuvent engager la responsabilité pénale des personnes morales ont confirmé qu'ils pouvaient accorder une assistance judiciaire à raison d'infractions mettant en cause des personnes morales, normalement sur la base de l'application directe de la Convention ou d'un autre traité.

Quoi qu'il en soit, aucun pays n'a signalé avoir rencontré des problèmes dans l'exécution de demandes d'entraide judiciaire en raison de l'exigence de double incrimination, ni lorsqu'il avait sollicité l'assistance d'autorités étrangères dans le cadre de poursuites pénales engagées contre des personnes morales.

Formes et fins de l'entraide judiciaire

Les fins auxquelles l'entraide judiciaire peut être demandée sont dans une large mesure prévues par les législations nationales et correspondent généralement aux prescriptions du paragraphe 3 de l'article 46. Plusieurs États parties ont indiqué qu'outre qu'elles étaient énoncées dans leur droit interne, les fins auxquelles l'entraide judiciaire pouvait être demandée étaient spécifiées ou précisées dans les traités bilatéraux ou multilatéraux applicables, y compris la Convention. Dans deux pays, le droit interne ne précise pas à quelle fin l'entraide judiciaire peut être fournie. Même si les fins spécifiques qui sont prévues dans la Convention ne le sont pas toutes dans leur législation nationale, plusieurs pays donnent effet quant au fond au paragraphe en question en indiquant que toute mesure d'enquête prévue sur le plan interne peut aussi être prise à la demande d'un pays étranger. Une autre disposition "polyvalente" autorise la fourniture de toute autre information pouvant faciliter l'exécution de la demande.

Les formes d'assistance les plus souvent demandées concernent la signification d'actes judiciaires, l'audition de témoins, l'obtention de documents officiels auprès d'organismes publics et la conduite de perquisitions et de saisies en lien avec des documents de société, des documents bancaires ou des fichiers numériques. Plusieurs pays ont indiqué qu'ils limitaient certaines formes d'assistance, par exemple l'interception des télécommunications en temps réel, les tests ADN, la transmission de renseignements relatifs à l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou encore l'audition de personnes qui n'ont pas été mises en examen.

La Convention a ceci d'unique par rapport aux autres instruments internationaux, y compris la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, qu'aux termes des alinéas j et k de l'article 46 l'entraide judiciaire doit être accordée dans le but d'identifier, de localiser, de geler et de recouvrer les produits du crime afin de les restituer à leurs propriétaires légitimes, conformément au chapitre V de la Convention (Recouvrement

d'avoirs). La législation de nombreux pays contient des dispositions précises ayant pour objet de faciliter l'identification, le gel et la confiscation des produits du crime dans le but de recouvrer des avoirs, et certains États parties ont adopté des règles en matière d'entraide judiciaire régissant la restitution des avoirs recouverts à l'État requérant.

Exemple d'application

Parmi les types d'assistance qu'un État partie peut fournir à d'autres pays en matière de localisation et de recouvrement du produit du crime figurent les ordonnances relatives à la présentation de "documents sur la localisation d'avoirs", à savoir des documents qui peuvent être utilisés pour identifier ou localiser les biens d'une personne accusée d'une infraction ou condamnée, ou qui est soupçonnée d'avoir commis une infraction grave, et des documents pouvant servir à identifier ou localiser le produit ou les instruments du crime. Ces ordonnances peuvent être adressées, entre autres, à des banques, à des agents immobiliers, à des avocats ou aux proches ou associés d'un suspect. L'État partie peut aussi transmettre: *a)* des mandats de perquisition émis dans le but de saisir le produit ou l'instrument d'une infraction grave commise à l'étranger ou de trouver et de saisir des documents sur la localisation d'avoirs en lien avec une infraction grave commise à l'étranger; *b)* des ordonnances de surveillance afin d'obtenir des informations au sujet de transactions effectuées par le biais d'un compte ouvert auprès d'un établissement financier national dont on a de bonnes raisons de croire qu'elles pourraient être utiles à une enquête ou une procédure pénale menée à l'étranger; et *c)* l'enregistrement et l'exécution d'ordonnances imposant certaines restrictions ou d'ordonnances de confiscation. Le pays en question autorise le rapatriement des avoirs confisqués vers le pays requérant et facilite le partage des avoirs confisqués avec d'autres pays.

Toutefois, dans certains États parties, le recouvrement d'avoirs n'est pas expressément mentionné parmi les fins auxquelles l'entraide judiciaire peut être accordée. De manière générale, les examinateurs ont recommandé aux autorités nationales de créer un dispositif interne adéquat pour identifier, geler et localiser les produits du crime mais aussi d'envisager les aspects internationaux de la confiscation lorsqu'ils examinent leur législation nationale en vue de l'améliorer.

Succès et bonnes pratiques

Les exemples ci-après représentent de bons moyens institutionnels et pratiques de donner effet aux alinéas 3 j et k de l'article 46.

La législation d'un État contient des règles spécifiques sur la remise d'avoirs à des autorités étrangères à des fins de confiscation ou de restitution à qui de droit. Les autorités nationales ont signalé en particulier l'existence de dispositions qui prévoient le renversement partiel de la charge de la preuve lorsqu'il s'agit d'avoirs appartenant à une personne ayant participé ou apporté son soutien aux activités d'une organisation criminelle, ou d'avoirs d'origine illicite de personnes politiquement exposées. En appliquant ces dispositions dans le cadre de l'entraide judiciaire en lien avec des demandes de restitution d'avoirs, les autorités ont restitué des sommes considérables (des centaines de millions de dollars des États-Unis).

Succès et bonnes pratiques (suite)

Le droit interne d'un État partie lui permet d'exécuter des ordonnances civiles de confiscation rendues à l'étranger alors même que sur le plan interne la confiscation doit reposer sur une condamnation.

Communication spontanée d'informations

Le principal objectif de la communication spontanée d'informations à des autorités étrangères est de fournir à celles-ci des pistes pouvant les amener à réorienter une enquête ou à engager une nouvelle procédure pénale, ou encore à appuyer des enquêtes en cours et à les élargir dans de nouvelles directions. La communication spontanée d'informations peut déboucher sur la présentation ultérieure d'une demande officielle d'entraide judiciaire. On notera qu'un pays a désigné une autorité spécifique pour communiquer des informations en l'absence de demande préalable.

La plupart des États parties ne prévoient pas expressément cette possibilité dans leur législation. Elle est néanmoins prévue par divers traités multilatéraux, comme le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, l'Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

Plusieurs États parties ont indiqué que, même si elle n'était pas prévue, la communication spontanée d'informations était possible dans la mesure où elle n'était pas expressément interdite. Bon nombre de pays ont en outre fait savoir que les communications de ce type étaient fréquentes (en particulier entre pays d'une même région), soit directement dans le cadre d'arrangements spéciaux, d'institutions, de mécanismes de coopération entre les services de police ou de réseaux d'autorités centrales chargées de l'entraide judiciaire et de la coopération en matière pénale (comme le Réseau de coopération interaméricain, Eurojust, IberRed, INTERPOL, la Conférence des chefs de police des États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est et l'Organisation de coopération régionale des chefs de police de l'Afrique australe), soit par des voies informelles à la disposition des organismes de détection et de répression (par exemple, des fonctionnaires en poste dans des missions à l'étranger et des attachés de liaison). Certaines autorités nationales ont évoqué expressément la coopération et l'échange d'informations entre cellules nationales de renseignement financier.

La législation nationale de neuf États parties prévoit expressément l'échange spontané d'informations entre autorités judiciaires. Un autre pays a évoqué un arrangement conclu avec un autre État partie, qui aurait été mis en œuvre en plusieurs occasions et abouti à la communication spontanée d'informations dans le contexte de procédures pénales en cours. Deux pays ont également évoqué la Plate-forme de coopération judiciaire du Sahel, un dispositif de coopération régionale dont le statut prévoit, parmi ses objectifs, le partage de données d'expérience en matière d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale, comme canal de communication spontanée d'informations entre autorités judiciaires.

La plupart des pays ont indiqué qu'ils exécuteraient une demande d'un État étranger tendant à ce qu'ils préservent la confidentialité des informations reçues (que ce soit dans le cadre

d'une communication spontanée ou suite à une demande d'assistance) ou en restreignent l'exploitation, et qu'ils consulteraient l'État étranger concerné au cas où sa demande serait incompatible avec leur droit interne. Seuls trois pays ont fait savoir qu'ils n'autorisaient pas l'échange spontané d'informations. L'un d'entre eux a toutefois confirmé que cette question avait été pleinement prise en compte dans son projet de loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale.

Les examinateurs se sont de manière générale déclarés satisfaits de ces régimes informels, bien que la situation à cet égard ne soit pas claire dans un certain nombre de pays. Il a été recommandé à au moins sept d'entre eux de modifier leur législation afin qu'elle permette expressément la communication d'informations sans demande préalable ou garantisse le respect des demandes de confidentialité afin d'améliorer l'application des paragraphes 4 et 5 de l'article 46. Ils ont aussi exhorté les États parties à élargir leurs activités de communication spontanée d'informations à des pays d'autres régions.

Secret bancaire

La Convention stipule que l'entraide judiciaire ne peut être refusée en invoquant le secret bancaire. Plusieurs États parties avancent, pour indiquer qu'ils donnent effet à cette disposition, l'argument *a contrario* selon lequel leur législation interne ne contient pas de dispositions interdisant la transmission d'informations bancaires aux États requérants. De nombreux États parties considèrent également qu'il est donné effet à cette disposition parce qu'elle est d'application directe. Seul un pays a signalé que sa législation interdisait expressément le rejet des demandes d'entraide judiciaire sur le fondement du secret bancaire. Dans un autre pays, le secret bancaire ne peut être levé que pour les crimes, soit pour les plus graves des infractions visées par la Convention mais non pour toutes ces infractions. Pour au moins huit pays, l'examen n'a pas permis de déterminer si le secret bancaire pouvait être levé aux fins de l'entraide judiciaire. Dans deux d'entre eux, en particulier, le secret bancaire ne représente pas un obstacle dans le cadre des enquêtes et poursuites pénales nationales, mais il n'est pas certain qu'il en aille de même dans le cadre de la coopération internationale. La législation d'un autre pays ne contient pas de dispositions relatives aux mécanismes et procédures de divulgation des documents bancaires dans le cadre de l'entraide judiciaire.

Plusieurs pays ont signalé qu'ils fournissaient régulièrement à des États requérants des informations obtenues auprès d'institutions financières. Très souvent, l'accès aux documents bancaires doit être dûment autorisé par les autorités judiciaires ou autres autorités compétentes de l'État requis. Les États parties devraient faire en sorte que cette exigence, de même que les difficultés d'ordre pratique, les seuils minimaux et les lourdes procédures du type de celles décrites ci-dessus en ce qui concerne l'article 40, ne fassent pas obstacle à l'application du paragraphe 8 de l'article 46. Ainsi, il a été recommandé à deux États, dans lesquels la communication d'informations bancaires (même à des autorités nationales) requiert l'approbation préalable de la banque centrale du pays, de se doter d'une législation permettant de lever le secret bancaire à la demande d'un autre État. De même, il a été recommandé à d'autres États de ne pas subordonner la levée du secret bancaire au principe de réciprocité. Dans le même temps, un État partie a confirmé que, si ses banques avaient toujours fait droit aux ordonnances judiciaires de production de documents, elles avaient fait part de leur mécontentement face aux demandes génériques présentées dans l'espoir de découvrir des preuves à charge ("*fishing expeditions*"), et il a recommandé aux pays étrangers d'être aussi précis que possible dans leurs demandes.

Exemple d'application

Une partie a confirmé que le secret professionnel ne pouvait être invoqué pour rejeter une demande d'entraide judiciaire, ce qui donne à penser que, le secret bancaire mis à part, aucun des autres privilèges de confidentialité liant certaines professions à leurs clients ne peut être invoqué pour faire obstacle à l'assistance judiciaire.

Double incrimination

Il arrive que des États parties rejettent des demandes d'entraide en l'absence de double incrimination, mais l'alinéa 9 b de l'article 46 stipule que même en un tel cas, ils sont tenus de fournir une assistance si celle-ci n'implique pas de mesures coercitives, à condition que cela soit compatible avec les concepts fondamentaux de leur système juridique et que l'infraction ne soit pas une infraction mineure. Les formes d'assistance n'impliquant pas de mesures coercitives sont, par exemple, la transmission de documents judiciaires, l'audition de témoins déposant volontairement, l'échange de données du renseignement, les examens des lieux du crime et l'obtention de casiers judiciaires ou d'autres données accessibles au public comme des renseignements d'identité ou des documents sur l'enregistrement des sociétés. De ce point de vue, la Convention va même plus loin que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, qui ne contient aucune disposition particulière sur l'assistance n'impliquant pas de mesures coercitives. De plus, les États parties sont encouragés à fournir une assistance aussi large que possible en vue de la réalisation des objectifs de la Convention tels qu'énoncés à l'article premier, même en l'absence de double incrimination.

Succès et bonnes pratiques

Dans un pays, l'entraide judiciaire est accordée "dans son sens le plus large". La loi applicable n'exige pas la double incrimination mais stipule que l'assistance doit être fournie en ce qui concerne les infractions dont la répression relève, à la date de la demande d'assistance, de la compétence de l'État requérant. En pratique, l'État en question accorde traditionnellement l'entraide même en l'absence de double incrimination.

La grande majorité des États parties adoptent une approche plus souple de la double incrimination en matière d'entraide judiciaire qu'en matière d'extradition. Cette différence de traitement et l'application de normes plus strictes en matière d'extradition tient manifestement au fait que l'extradition peut porter plus gravement et directement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée. C'est pourquoi, pour un nombre substantiel de pays, la double incrimination n'est pas une condition de l'octroi de l'entraide judiciaire, ce dont plusieurs examinateurs se sont félicités. Toutefois, dans plusieurs cas, la condition demeure lorsque des mesures coercitives (placer un individu en détention, effectuer une surveillance électronique, perquisitionner un domicile, saisir des biens ou confisquer des avoirs) sont demandées par les autorités étrangères. Un pays définit l'expression "mesures coercitives" comme s'entendant des mesures susceptibles de porter atteinte de manière irréparable aux droits et libertés des personnes concernées.

Dans certains États parties, des pays de *common law* pour la plupart, l'absence de double incrimination est un motif facultatif de refus d'entraide. L'autorité compétente peut tenir

compte des circonstances de l'espèce, y compris les buts de la Convention, lorsqu'elle se prononce sur une demande. Dans un pays, par exemple, la loi relative à l'entraide judiciaire permet d'écarter cette condition avec l'accord du ministre compétent. Comme relevé dans le cadre d'un autre examen, le fait que la législation nationale énonce cette condition facultative peut très bien contribuer à l'application effective de l'article 46, mais uniquement dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire d'exiger la double incrimination se limite à l'assistance impliquant des mesures coercitives. C'est pourquoi il pourrait être souhaitable que certains États parties adoptent des règles et/ou directives internes concernant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, qui préciseraient à quel moment et dans quelles circonstances l'autorité compétente (par exemple, un ministre) doit se prononcer sur les demandes d'entraide judiciaire.

En outre, quatre pays n'ont pas donné de réponse claire à ce sujet. Au regard du droit interne d'un État partie, la double incrimination n'est une condition qu'en ce qui concerne l'enquête préliminaire sur les infractions de caractère financier, et cette approche unique a été relevée.

Vingt-quatre États parties au total ont indiqué que la double incrimination était requise pour qu'une assistance judiciaire soit accordée, sans aucune exception pour l'assistance n'impliquant pas de mesures coercitives. Bien que les autorités nationales de trois de ces États aient fait savoir que, dans la pratique, une fois qu'une enquête pénale était officiellement ouverte dans l'État requérant, l'entraide judiciaire pouvait être accordée même en l'absence de double incrimination, les examinateurs ont estimé qu'une clarification de la législation pourrait contribuer à améliorer l'application du paragraphe 9 de l'article 46. De même, ils ont souligné qu'une intervention législative était nécessaire pour dissocier expressément le principe de double incrimination de la fourniture d'une assistance n'impliquant pas de mesures coercitives, y compris dans les cas où les autorités nationales adoptent une interprétation large lorsqu'elles examinent les demandes et s'efforcent en pratique de consulter l'État requérant pour qu'il modifie les chefs d'accusation afin de satisfaire au principe de double incrimination.

Exemple d'application

Trois États parties suivent la pratique internationale consistant à distinguer parmi les demandes d'entraide judiciaire celles qui impliquent des mesures coercitives. Ces dernières peuvent en principe être exécutées si la condition de double incrimination est satisfaite. Toutefois, même en l'absence de double incrimination, l'entraide judiciaire impliquant des mesures coercitives peut être accordée si la demande vise (entre autres) à exonérer une personne de sa responsabilité pénale.

Transfèrement de détenus

En ce qui concerne le transfèrement de détenus d'un État partie à un autre en vue d'obtenir des éléments de preuve aux fins d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires en lien avec des faits de corruption, la plupart des États parties ont indiqué qu'ils respectaient en la matière les procédures décrites aux paragraphes 10 à 12 de l'article 46, soit en appliquant directement ces dispositions (18 États parties), soit par le biais de traités bilatéraux ou multilatéraux (comme la Convention de l'Union européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, l'Accord de coopération judiciaire entre les États membres de la Communauté

économique et monétaire de l'Afrique centrale ou l'Accord sur l'entraide judiciaire en matière pénale conclu entre les États membres du Marché commun du Sud, la Bolivie (État plurinational de) et le Chili). Un autre groupe de pays s'est également doté d'une réglementation en adoptant soit un texte juridique autonome soit des dispositions complétant celles de traités en vigueur. Si les réglementations en question semblent être conformes aux dispositions de la Convention (par exemple, en ce qui concerne le maintien en détention de la personne concernée, l'immunité, la remise du détenu ou son consentement à être transféré), ces garanties et conditions ne sont pas toujours énoncées dans la législation nationale. Par exemple, un pays n'exige pas qu'une personne détenue consente à être transférée ni qu'une personne transférée ne soit pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle en raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieures à son départ du territoire de l'État requis. Dans un autre État partie, outre que le consentement de la personne concernée n'est pas nécessaire, la prise en compte de la période que la personne a passée en détention et la question de l'immunité ne sont pas envisagées.

Au moins 10 États ont indiqué qu'ils n'avaient pas appliqué les dispositions en question, bien que la plupart d'entre eux puissent en théorie appliquer directement les dispositions de la Convention sans adopter de nouveaux textes législatifs. Un État partie a fait savoir qu'il disposait du cadre juridique nécessaire pour accueillir des personnes détenues à l'étranger mais non pour remettre à un pays étranger des personnes détenues sur son territoire.

En pratique, il n'y a guère d'informations sur la fréquence des transfèvements dans le cadre de l'entraide judiciaire. Si quelques pays ont indiqué qu'il n'y avait jamais eu de transfèrement à des fins de témoignage ou d'obtention de preuves, un pays a souligné qu'il était réticent à mettre en œuvre les procédures prévues aux paragraphes 10 à 12 de l'article 46 de la Convention parce qu'elles comportaient des risques, notamment celui que la personne transférée ne s'évade. Le même État partie a indiqué qu'il préférerait recourir à d'autres méthodes pour permettre à l'État requérant de recueillir le témoignage de personnes détenues sur son territoire, par exemple en faisant entendre la personne concernée par ses propres autorités judiciaires en présence de représentants de l'État requérant. De même, un autre État partie ne peut transférer des détenus à l'étranger aux fins prévues par la Convention mais peut aider les États requérants à obtenir des déclarations volontaires de détenus, faire entendre ceux-ci par un juge national ou, dans certaines circonstances, faciliter leur audition par vidéoconférence.

Autorités centrales et voies d'entraide judiciaire

Tous les États parties sauf huit ont désigné une autorité centrale chargée de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et soit de les exécuter elles-mêmes, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution comme le stipule le paragraphe 13 de l'article 46. Trente-neuf États n'ont toutefois pas notifié au Secrétaire général l'autorité centrale qu'ils ont désignée. Dans la plupart des États parties, l'autorité centrale est le Ministère de la justice. Plusieurs États ont désigné le bureau du procureur général ou la Direction des poursuites pénales, cinq États ont désigné le Ministère des affaires étrangères, un État le Ministère de l'intérieur et deux États l'organisme national de lutte contre la corruption. Dans le cadre d'un autre examen, il a été recommandé d'envisager de désigner l'organisme national de lutte contre la corruption comme autorité centrale chargée de l'ensemble des affaires de corruption, étant donné qu'il jouit de la confiance de ses partenaires internationaux et que la plupart des affaires internationales de corruption relèvent de sa compétence.

Deux pays ont désigné le Service juridique de la Couronne, l'entité chargée de fournir des avis juridiques spécialisés et des services de représentation au gouvernement et aux

juridictions internes. Dans un troisième pays, l'autorité centrale est un comité composé de 11 hauts fonctionnaires et présidé par le Ministre de l'intérieur.

Succès et bonnes pratiques

En 2013, le Ministère des affaires étrangères d'un État partie a créé une cellule des affaires juridiques internationales et l'a désignée comme autorité centrale. Cette cellule, qui comprend six juristes, examine à titre préliminaire si les conditions minimales de l'assistance juridique active et passive sont réunies et assure la coordination avec toutes les institutions nationales intervenant dans l'exécution des demandes. Cette cellule s'est efforcée d'apparaître comme un organe dynamique qui suit activement l'exécution des demandes reçues et formulées. Si jusqu'en 2013 la voie diplomatique était encore la norme pour le traitement des demandes d'entraide judiciaire, l'autorité centrale a encouragé l'ouverture de voies de communication directes avec d'autres autorités centrales et son expérience à cet égard a été positive avec tous les pays voisins. L'un des résultats les plus concrets de cette nouvelle approche a été de ramener d'un ou deux ans à un mois la durée des procédures d'entraide judiciaire dans les affaires simples.

Un autre pays, qui est membre de l'Union européenne, a désigné un service pour traiter les demandes d'entraide judiciaire et d'extradition et les demandes relevant du mandat d'arrêt européen. Ce service est dirigé par le procureur général adjoint, deux procureurs y suivent les affaires et, surtout, un officier de police y est affecté comme officier de liaison pour l'exécution des demandes impliquant l'intervention de la police (par exemple, perquisitions et saisies, signification de citations à comparaître et arrestations pour interrogatoire).

Plusieurs pays ont désigné un service, voire un fonctionnaire, au sein de l'autorité centrale. De plus, la majorité des États parties ont désigné le même service comme autorité centrale pour tous les traités internationaux relatifs à la coopération en matière pénale, y compris les traités visant à lutter contre la corruption. Cela permet de rationaliser le processus et d'identifier rapidement les faiblesses du système. À l'opposé, la désignation de plusieurs autorités pour traiter les demandes soumises en vertu des différents traités peut entraîner des retards dans la fourniture de l'assistance. Dans un pays, la désignation de quatre autorités centrales pour les affaires liées à la corruption (le bureau du procureur pour la réception des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale et la présentation de telles demandes durant la phase de l'enquête, le Ministère de la justice pour la présentation des demandes durant le procès, le procureur général pour la réception et la présentation des demandes en matière disciplinaire et le contrôleur général pour la réception et la présentation des demandes en matière fiscale et de recouvrement) risque de créer une confusion quant aux responsabilités de chacune.

Plus généralement, on considère que la création d'un service unique et spécialisé dans la coopération internationale en matière pénale, chargé de traiter l'ensemble des demandes d'extradition et d'entraide judiciaire, contribue à faciliter et à accélérer la gestion des affaires concernées¹⁰².

¹⁰²Voir également *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, p. 165.

Exemple d'application

Le bureau du procureur général d'un État, qui tient lieu d'autorité centrale, est doté d'un service spécialisé dans la coopération internationale qui dispose d'un personnel expérimenté et qualifié comprenant environ 70 membres, et est bien doté en ressources et en équipements. Dans le cadre de l'exécution des demandes, cette structure travaille en collaboration étroite avec les enquêteurs de divers services de détection et de répression pour établir les demandes d'entraide judiciaire et répondre à celles qui sont reçues, et elle s'emploie à en faciliter l'exécution efficace et adéquate. Ainsi, la cellule nationale de renseignement financier fournit régulièrement des documents bancaires et financiers suite à des demandes d'entraide judiciaire, et il lui arrive même de notifier par avance aux institutions concernées qu'une demande officielle va être reçue afin de leur permettre de répondre sans délai.

Si plusieurs pays ont expressément confirmé que leurs autorités centrales pouvaient communiquer directement avec les autorités centrales d'autres États parties, un grand nombre d'autres pays exigent en principe que les demandes d'entraide judiciaire soient présentées ou au moins officialisées par la voie diplomatique. Les examens ont également révélé que dans certains cas le recours à des voies de communication directes était soumis à des conditions et limitations. En vertu du droit interne d'un État, par exemple, les autorités étrangères peuvent transmettre directement les demandes mais ne peuvent être informées du résultat de la procédure tant que la demande officielle n'a pas été reçue par la voie diplomatique. Un autre État partie limite le recours à la voie diplomatique aux demandes qui lui sont adressées par des États avec lesquels il n'est lié par aucun traité ou aux affaires pour lesquelles un traité prévoit un tel recours. Un troisième État partie permet en principe aux autorités centrales de communiquer directement mais, en pratique, il préfère utiliser la voie diplomatique.

Exemple d'application

Un État partie a décidé qu'en principe les demandes d'entraide judiciaire devaient être adressées directement à son autorité centrale (le Ministère de la justice), faisant ainsi de la voie diplomatique une voie secondaire à laquelle il n'est recouru qu'à la demande de l'État étranger. La législation relative à la coopération internationale du même pays envisage également la possibilité de conclure des arrangements avec un État étranger pour que telle ou telle affaire soit traitée par une autre autorité que le Ministère de la justice.

Dans au moins 14 pays, les demandes urgentes peuvent être adressées directement à l'autorité compétente dont l'assistance est demandée, ce qui dénote une tendance de plus en plus marquée à utiliser les moyens les plus directs à disposition. Dans un pays, les demandes relatives au blanchiment d'argent peuvent être présentées directement par l'intermédiaire des cellules de renseignement financier. La plupart des États parties ont fait savoir qu'en cas d'urgence, les demandes adressées par l'intermédiaire d'INTERPOL sont acceptables même si, dans certains cas, ils exigent qu'elles leur soient par la suite transmises par des voies officielles.

Succès et bonnes pratiques

Dans certains pays, le site Web de l'autorité centrale fournit des renseignements détaillés sur le concours que l'autorité peut apporter aux pays étrangers dans le cadre de l'entraide judiciaire, ainsi que des liens donnant accès à la législation nationale et des informations sur les accords bilatéraux et multilatéraux applicables. Dans le cas d'au moins deux États parties, cela est considéré comme une bonne pratique.

Forme, style et contenu des demandes d'entraide judiciaire

La majorité des États parties exigent que les demandes soient adressées par écrit, dans des conditions qui leur permettent d'en établir l'authenticité, ainsi que le prévoit le paragraphe 14 de l'article 46 de la Convention. Dans le même temps, plusieurs États parties ont confirmé qu'en cas d'urgence, les demandes présentées par télécopie ou courrier électronique pouvaient être acceptées, et un nombre important d'entre eux ont indiqué qu'ils étaient prêts à accepter les demandes présentées oralement. Les États n'ont cependant guère fourni d'informations, ou n'en ont fourni aucune, indiquant si, en pratique, des demandes avaient été présentées oralement, par courrier électronique ou par télécopie. Dans la plupart des cas, ces moyens de communication sont jugés acceptables dans le cadre des mesures préparatoires visant à faciliter les échanges de données avant la présentation d'une demande et durant son exécution; une officialisation ultérieure par écrit est normalement requise¹⁰³.

Exemples d'application

Un État partie a déclaré que, lorsque des autorités étrangères présentaient des commissions rogatoires par télécopie, courrier électronique ou autre moyen de communication rapide, le Ministère de la justice transmettait la demande à ses autorités compétentes pour exécution sans attendre de recevoir l'original. En outre, lorsqu'ils envisageaient d'appliquer des mesures coercitives, les tribunaux de cet État partie n'exigeaient jamais les originaux pour statuer.

Le Réseau continental d'échange d'informations en vue de l'entraide judiciaire en matière pénale et de l'extradition de l'Organisation des États américains met en relation les autorités régionales au moyen d'un programme qui permet aux autorités dûment authentifiées de communiquer en toute sécurité en temps réel et tient lieu d'instance de liaison pour les réunions virtuelles et la communication des documents. On a estimé qu'il s'agissait d'un outil utile.

Moins de la moitié des États parties semblent avoir notifié au Secrétaire général les langues dans lesquelles les demandes peuvent leur être adressées, et un pays n'a pas du tout établi la langue ou les langues qui seraient acceptables. Dans plusieurs cas, la ou les langues officielles

¹⁰³ À cet égard, on notera qu'aux termes d'une proposition présentée au cours de l'élaboration de la Convention et incorporée dans les notes interprétatives de celle-ci, les États parties pourront souhaiter tenir compte de l'avantage que peuvent présenter les communications électroniques pour les échanges d'informations visés à l'article 46 et envisager d'avoir recours à de tels moyens, lorsque cela est possible, pour accélérer l'entraide judiciaire. Toutefois, il est souligné dans cette proposition que l'utilisation de ce type de communications peut également comporter certains risques, notamment d'interception par des tierces parties. Voir *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, partie 1, chap. IV, art. 48, sect. C, alinéa c (p. 441).

de l'État requis sont les seules langues acceptées, et les demandes et documents à l'appui doivent être accompagnés d'une traduction. Néanmoins, au moins 35 pays non anglophones ont confirmé que les demandes d'entraide judiciaire étaient acceptées si elles étaient rédigées (notamment) en anglais. Un État partie a indiqué qu'il acceptait les demandes traduites dans une des langues officielles de l'ONU, et d'autres ont fait savoir qu'outre leurs langues officielles, entre trois et cinq langues parlées dans leur région au sens large pouvaient être utilisées.

Les dispositions du paragraphe 15 de l'article 46 sont largement reprises dans la législation de la grande majorité des États parties. Comme ces dispositions sont directement applicables, lorsqu'une demande est fondée sur la Convention, les autorités nationales compétentes sont censées la rédiger conformément à leurs prescriptions.

Succès et bonnes pratiques

L'autorité centrale d'un État partie a établi une demande d'entraide judiciaire type qu'il a communiquée aux pays requérants afin que les informations fournies dans la demande initiale soient suffisantes pour donner suite à celle-ci. Les informations requises dans cette demande type couvrent toutes les catégories d'informations visées au paragraphe 15 de l'article 46 de la Convention.

De même, l'autorité centrale d'un autre État partie a mis en ligne sur son site Web plusieurs modèles de demande. Ceux-ci invitent expressément les pays requérants à indiquer quelles procédures ils souhaitent voir suivre. Sur la base de ces modèles, l'autorité centrale fait de son mieux pour exécuter les demandes en suivant ces procédures. Cette approche a été soulignée comme attestant que les pays en question avaient alloué des ressources et fait des efforts substantiels pour exécuter les demandes conformément aux modalités souhaitées par les pays requérants.

Exécution des demandes

La plupart des États parties ont indiqué que leur législation n'empêche pas ni ne prévoit expressément la possibilité de demander des compléments d'informations après la réception de la demande initiale, comme le prévoit le paragraphe 16 de l'article 46, lorsque cela est nécessaire à l'exécution de la demande ou peut la faciliter. Peuvent ainsi être demandées les données personnelles nécessaires pour localiser un témoin, des indications permettant de déterminer si la procédure judiciaire a été engagée dans le pays requérant ou les données supplémentaires nécessaires pour établir une double incrimination.

Dans la plupart des cas, l'autorité centrale de l'État requis demande directement ces informations à l'autorité centrale compétente de l'État requérant, ou les demande par la voie diplomatique, en indiquant que ces données sont nécessaires pour poursuivre l'examen de la demande d'entraide judiciaire et l'exécuter.

La grande majorité des États parties s'efforcent également, parfois en appliquant directement le paragraphe 17 de l'article 46, de satisfaire aux conditions particulières ou de suivre les procédures fixées par les États requérants, en particulier en ce qui concerne l'administration de la preuve. Il semble qu'il s'agisse là d'une disposition clef de la Convention en matière d'entraide judiciaire, car la manière dont les preuves sont réunies par les pays requis détermine souvent leur admissibilité devant les tribunaux des pays requérants. Tous les États parties indiquent qu'ils sont en mesure

de suivre les différentes étapes de la procédure prescrite par l'État requérant pour autant qu'elles ne soient pas incompatibles avec leur droit interne ou leurs principes constitutionnels. Par exemple, il y aurait conflit si l'État requérant cherchait à obtenir le témoignage d'un prévenu qui, en vertu de la Constitution nationale, a le droit de ne pas s'accuser lui-même. Un État partie a donné un autre exemple: une demande tendant à ce qu'un détecteur de mensonge soit utilisé pour recueillir les déclarations d'une personne serait incompatible avec son système juridique.

Exemple d'application

L'autorité centrale d'un État partie attribue beaucoup d'importance aux demandes d'entraide judiciaire présentées au titre de la Convention et a dépêché des fonctionnaires auprès de leurs homologues dans les États requérants pour qu'ils leur précisent les dispositions de son droit interne. Le même pays fournit également une assistance concrète aux États requérants aux fins de la rédaction des demandes et a établi un modèle à leur intention pour faciliter la présentation de demandes d'entraide judiciaire en bonne et due forme et accompagnées de tous les éléments propres à garantir leur exécution rapide et efficace.

Vidéoconférences

Envisagée au paragraphe 18 de l'article 46, l'audition de témoins et d'experts par vidéoconférence dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale est généralement considérée comme utile en ce qu'elle permet de gagner du temps et de faire des économies ainsi que de surmonter des difficultés pratiques, par exemple lorsque la personne dont la déposition est sollicitée ne peut pas ou ne veut pas se rendre dans un pays étranger pour témoigner. La vidéoconférence est autorisée par le droit interne de la majorité des États parties, et trois États sont en train de la légaliser. Dans certains cas, elle est admissible dans la mesure où elle n'est pas expressément interdite et repose sur l'application directe de la Convention. D'autres parties permettent d'y recourir sur la base du principe de la liberté de la preuve.

Au moins 22 États parties ont indiqué avoir traité des demandes d'entraide judiciaire impliquant une audition par vidéoconférence. Certains d'entre eux demandent et fournissent régulièrement à des États étrangers une assistance consistant en l'audition de témoins par liaison vidéo.

Seuls quelques États parties ont indiqué que la vidéoconférence aux fins de l'entraide judiciaire n'était pas autorisée dans leur ordre juridique. Dans l'un d'eux, elle n'est possible que pour la reconnaissance des témoins; leur audition par vidéoconférence n'est donc pas admise.

Exemple d'application

Un État partie a indiqué qu'il avait signé la Convention ibéro-américaine sur l'utilisation de la vidéoconférence dans la coopération internationale entre systèmes judiciaires, un accord régional qui régit tous les aspects de l'utilisation de la vidéoconférence dans le cadre de la coopération judiciaire internationale. Cet État a également signé des traités bilatéraux contenant des dispositions spécifiques sur l'utilisation de cet outil. De fait, des vidéoconférences ont été organisées à la demande d'autres États et l'utilisation de la vidéoconférence s'est largement développée, en particulier dans le cadre des enquêtes pénales et de l'entraide judiciaire en matière pénale.

Deux États parties font une distinction entre l'utilisation des preuves obtenues dans le cadre de vidéoconférences et la fourniture d'une assistance judiciaire au moyen de cette technologie. Dans ces deux pays, seule cette dernière est admise. La législation d'un autre État partie mentionne seulement la possibilité d'entendre des témoins par vidéoconférence, bien qu'il soit aussi possible en pratique d'entendre des experts par ce moyen.

Succès et bonnes pratiques

Deux États parties vont au-delà de la lettre de la Convention dans la mesure où leur législation prévoit non seulement des auditions par vidéoconférence mais également, dans certains cas, des auditions par téléphone.

Bien que plusieurs parties acceptent et utilisent de plus en plus la vidéoconférence pour améliorer l'efficacité de l'entraide judiciaire, certains pays ont indiqué qu'ils n'étaient pas en pratique en mesure d'utiliser cette technologie, pour des raisons allant du manque d'infrastructure ou de ressources au fait que les équipements nécessaires faisaient défaut. On notera qu'un État partie a indiqué que la vidéoconférence lui avait causé des difficultés en général, dues essentiellement à des différences entre sa technologie et celle utilisée par l'État requérant.

Aucune donnée n'était disponible sur la fréquence de l'utilisation de la vidéoconférence dans le contexte spécifique des infractions visées par la Convention.

Limitations à l'utilisation des preuves et confidentialité

Les limitations à l'utilisation des informations ou des éléments de preuve énoncées au paragraphe 19 de l'article 46 de la Convention sont observées par les États parties dans la plupart des cas. À cet égard, on notera que, selon une note interprétative, l'État partie requérant a l'obligation de ne pas utiliser les informations protégées par le secret bancaire qu'il reçoit à des fins autres que celles liées à la procédure pour laquelle elles ont été sollicitées, sauf si l'État partie requis l'y autorise¹⁰⁴. Cette obligation est mise en œuvre soit par application directe de la Convention, soit par le biais de la législation nationale ou des traités bilatéraux d'entraide judiciaire interdisant l'utilisation des éléments de preuve à une fin autre que celle pour laquelle ils ont été fournis sans le consentement préalable de l'État requis. Seuls quelques États parties ont indiqué qu'ils n'avaient codifié aucun type de limitation à l'utilisation des informations ou éléments de preuve obtenus dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire. Toutefois, même les États qui n'ont pas de législation en la matière peuvent respecter les conditions spécifiques imposées par les États requis visant à limiter l'utilisation des informations dans telle ou telle affaire.

En vertu du paragraphe 19, il peut être dérogé aux limitations imposées à l'utilisation des informations ou éléments de preuve lorsque ceux-ci sont à décharge. Dans de tels cas, l'État requérant est dispensé d'obtenir le consentement des autorités de l'État requis pour révéler ces informations ou éléments de preuve. Il est seulement tenu d'aviser au préalable l'État requis de son intention de le faire ou, si cela n'est pas possible, de l'informer sans retard de la révélation. Peu d'États parties ont fourni des informations spécifiques quant à la manière dont ils traitaient les informations à décharge dans ce contexte. Si bon nombre d'entre eux sont prêts

¹⁰⁴Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption, partie I, chap. IV, art. 46, sect. C, alinéa b (p. 409).

à appliquer directement le texte de la Convention, certains ont indiqué qu'ils ne permettraient pas que des informations à décharge soient communiquées à la personne accusée.

Un État s'est doté d'une législation en la matière, mais celle-ci ne semble pas satisfaire aux prescriptions de la Convention, car elle autorise l'utilisation des informations ou éléments de preuve à des fins autres que celle de disculpation mentionnée au paragraphe 19. En particulier, ces informations ou éléments de preuve peuvent aussi être utilisés pour répondre aux besoins d'un autre tribunal ou dans une procédure administrative directement liée à la procédure pénale en question, ainsi que pour prévenir une atteinte directe et grave à la sécurité publique. De même, la majorité des États parties ont indiqué qu'ils appliquaient le paragraphe 20 de l'article 46 en préservant la confidentialité de la demande et de sa teneur si l'État requérant en faisait la demande, dans la mesure où leur législation le leur permettait.

Dans l'ensemble, les États parties suivent deux approches dans l'application de cette disposition: les plus nombreux ne garantissent la confidentialité que sur demande expresse du pays requérant (la situation qu'envisage la Convention), d'autres, moins nombreux, vont au-delà des prescriptions minimales énoncées au paragraphe 20 en gardant la demande confidentielle lorsqu'ils la reçoivent. Un État partie appartenant au second groupe va même plus loin en incriminant les divulgations susceptibles de porter préjudice à l'enquête à laquelle la demande a trait.

Motifs de refus

La Convention tient compte de la diversité des systèmes juridiques et autorise les États parties à refuser l'entraide judiciaire dans certaines conditions, qui sont énoncées au paragraphe 21 de l'article 46. Cette disposition fixe les limites du pouvoir discrétionnaire des États quant aux motifs de refus recevables ("l'entraide judiciaire peut être refusée") et il n'est pas obligatoire que leur législation nationale corresponde exactement à ces motifs ni que ces motifs soient appliqués à l'ensemble des demandes d'entraide judiciaire.

La législation de la majorité des États prévoit des motifs de refus similaires à ceux énoncés dans la Convention. À cet égard, on notera que le paragraphe 21 ménage aux États requis une large marge d'appréciation pour ce qui est des motifs pouvant être invoqués. Bien que certains motifs de refus qui sont fréquemment invoqués ne soient pas spécifiquement mentionnés (par exemple, le caractère mineur de l'infraction, le risque de porter préjudice à une enquête ou le fait que l'action pénale est prescrite dans le pays requis), ils peuvent être considérés dans une large mesure comme compris dans les motifs plus larges énoncés dans la Convention, à savoir que l'entraide peut être refusée lorsque l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte aux intérêts essentiels ou à l'ordre public de l'État requis ou encore est incompatible avec son système juridique.

Une exception concerne les dispositions internes permettant à un certain pays de refuser l'entraide judiciaire au motif qu'elle pourrait grever ses ressources. Il a été recommandé d'exclure ce motif de refus en prévoyant que, sauf accord contraire, les frais sont à la charge de l'État requis. Il convient cependant de noter que, pour au moins six États parties dotés de dispositions analogues, aucune recommandation n'a été formulée en ce sens. Il semble que dans une affaire internationale de corruption, certains examinateurs n'aient pas accepté des considérations financières comme motif de refus de l'entraide judiciaire, alors même que les motifs juridiques invoqués par le pays en question étaient identiques à ceux énoncés à l'alinéa 21 b de l'article 46.

La plupart des États ont indiqué qu'en pratique, au nom de la coopération et de la courtoisie internationales et pour donner effet à l'obligation expresse énoncée au paragraphe 23 de

l'article 46 de la Convention ainsi qu'à d'autres traités bilatéraux ou multilatéraux auxquels ils sont parties, ils motiveraient leur refus d'exécuter une demande d'entraide judiciaire liée à une affaire de corruption.

On a constaté que la législation de trois pays n'était pas conforme à la disposition à l'examen et il a été recommandé à un État partie d'élargir le champ d'application de ses dispositions internes relatives aux motifs de rejet des demandes d'extradition de façon à ce qu'elles s'appliquent aux demandes d'entraide judiciaire.

Questions fiscales

La grande majorité des États parties ont indiqué qu'une demande d'entraide judiciaire ayant trait à une infraction visée par la Convention ne serait pas rejetée au seul motif qu'elle touchait aussi à des questions fiscales, dans la plupart des cas du fait que leur législation interne et/ou les traités auxquels ils étaient parties ne prévoyaient pas expressément ce motif de refus. Un État partie a indiqué qu'il était lié par des traités lui permettant de refuser l'entraide judiciaire en relation avec les infractions fiscales, mais qu'en pratique il ne se prévalait pas de cette possibilité.

Deux États parties suivent une approche particulière en ce qui concerne les infractions fiscales. L'un d'eux ne peut en principe fournir une assistance judiciaire à raison d'actes qui, au regard de son droit interne, "constituent exclusivement la violation de dispositions relatives à des impôts, à des monopoles, aux douanes ou aux devises étrangères ou de dispositions relatives à la circulation contrôlée de marchandises ou aux échanges internationaux". Toutefois, si les actes punissables touchent non seulement à des questions fiscales mais constituent également des infractions "de droit commun", l'entraide judiciaire peut être accordée pour ces dernières. À cet égard, il est expressément demandé à l'État requérant, avant l'exécution de la demande, de ne pas utiliser les éléments de preuve qui lui sont transmis à des fins liées à la partie de la demande touchant à des infractions fiscales.

Le second État partie s'est doté d'une législation disposant que "sans préjudice des dispositions conventionnelles, une demande d'entraide judiciaire est rejetée si elle concerne exclusivement des infractions relatives à des impôts, des droits de douane ou des devises". Cet État a expliqué qu'en pratique, dès lors que l'élément fiscal n'était qu'un élément accessoire d'une infraction de corruption, l'affaire était traitée comme une affaire de corruption et la demande d'entraide judiciaire exécutée. Les examinateurs ont considéré que dans un cas comme dans l'autre, la Convention était appliquée comme il convient.

Les examinateurs ont invité les États à clarifier leur régime juridique en matière d'infractions fiscales dans quelques cas seulement. Dans l'un de ces cas, ils ont recommandé de modifier la législation nationale afin qu'elle exclue expressément les infractions fiscales des motifs de refus de l'entraide judiciaire au lieu de compter sur les pouvoirs discrétionnaires du procureur général pour les exclure au cas par cas.

Calendrier et procédures de consultation

Aux termes du paragraphe 24 de l'article 46 de la Convention, les États parties sont tenus d'exécuter la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tiennent compte dans toute la mesure possible de tous les délais suggérés par les autorités requérantes. La grande majorité des États ont confirmé qu'ils appliquaient cette disposition dans la

pratique ou par application directe de la Convention; seuls quelques-uns étaient dotés de dispositions législatives ou réglementaires régissant cette question. Lorsque de telles dispositions existent, deux types de délais sont généralement prévus: les premiers sont assignés à l'autorité centrale pour décider si la demande sera ou non exécutée et les seconds encadrent l'exécution de la requête elle-même.

Le délai moyen pour donner suite à une demande d'entraide judiciaire est d'un à six mois. Dans certains cas, le traitement de la demande peut prendre plus d'un an. L'entraide judiciaire nécessite normalement de nombreuses démarches: la demande est transmise à l'autorité centrale d'un État étranger, laquelle détermine si elle satisfait aux prescriptions de forme et de fond avant de la transmettre au service national compétent pour exécution. Une fois que la mesure demandée a été prise, le processus suit les mêmes étapes en sens inverse jusqu'à ce que les informations demandées parviennent à l'autorité ayant formulé la demande. Si ce processus peut paraître lourd et prend du temps, il participe de l'essence même de l'entraide judiciaire, qui vise à garantir aux parties concernées que les informations ont été obtenues en suivant certaines procédures et que la chaîne des éléments de preuve n'a pas été rompue. Cela permet également de mieux protéger les informations de caractère confidentiel et de parer aux problèmes liés à l'admissibilité des éléments de preuve.

Il est toutefois possible, dans certaines circonstances, de réduire sensiblement la durée de la procédure. À cet égard, certains États parties ont indiqué qu'en cas d'urgence, il pouvait être répondu aux demandes en quelques jours. Trois États ont fait savoir qu'en règle générale toutes les demandes qu'ils recevaient étaient traitées en une ou deux semaines, ce qui a été considéré comme exemplaire. Un autre État a fait obligation aux services du procureur et aux services de détection et de répression compétents de prendre les mesures demandées dans un délai de 10 jours et les tient responsables des retards injustifiés. Trois autres États ont confirmé qu'ils pouvaient prendre certaines mesures telles que le gel de comptes bancaires, dans des délais extrêmement courts, souvent en quelques heures.

Succès et bonnes pratiques

Un État partie a mis en place un système novateur de traitement des demandes d'entraide judiciaire qui offre des garanties en termes de fiabilité, d'efficacité et de rapidité, et facilite la coopération internationale. L'autorité centrale de ce pays a mis au point une base de données et un système de gestion de l'information électroniques ainsi qu'une base de données pour le suivi des dossiers, et a même adopté une procédure de gestion de la qualité certifiée par l'Organisation internationale de normalisation. Lorsqu'il utilise cette base de données, il s'engage à respecter des délais prédéfinis en ce qui concerne le traitement et l'exécution des demandes d'entraide judiciaire et d'extradition, et l'articulation des tâches est réglementée. Des alertes sont adressées aux responsables si un dossier n'a pas été actualisé au bout de deux jours. Les demandes d'entraide font l'objet d'un suivi dans la base de données dès le jour de leur enregistrement. Grâce à ce système, l'autorité centrale est en mesure de répondre rapidement aux demandes concernant l'évolution des dossiers, et des mesures sont en train d'être prises pour permettre aux missions étrangères d'accéder directement à la base de données afin de suivre l'état d'avancement du traitement de leurs demandes. Ce service sera accessible à partir du site Web de l'autorité centrale. Les examinateurs ont félicité l'État en question pour ce projet innovant, qui a été considéré comme une bonne pratique, et ils l'ont invité à le présenter à d'autres pays, notamment dans le cadre d'instances, de conférences et de groupes de travail internationaux.

Succès et bonnes pratiques (suite)

Un autre État partie a créé des ordiogrammes et des procédures pour suivre le traitement des demandes. Il est accusé réception de celles-ci dans les jours suivant leur réception et des indications (y compris après examen des projets de demandes) peuvent être fournies en ligne aux pays requérants. Une caractéristique du système est constituée par une base de données dédiée de gestion des affaires relevant de la coopération internationale, qui permet à l'autorité centrale de répondre rapidement aux demandes concernant l'évolution des dossiers et d'assurer en temps voulu, de manière fiable et efficace, l'exécution et le suivi des demandes, y compris à distance. La base de données permet aussi de réunir des données composites sur la coopération internationale sur la base de l'infraction principale.

Comme l'ont souligné plusieurs États, les délais dépendent dans une large mesure de la complexité du dossier, et notamment de la question de savoir si des mesures coercitives, par exemple des perquisitions et des saisies, la production de documents et la localisation, la saisie ou la confiscation de produits du crime, doivent être prises. De telles mesures sont normalement plus longues à mettre en œuvre et exigent l'autorisation d'une autorité supérieure. Parmi les autres facteurs, on peut citer la qualité de la demande (y compris la qualité de la traduction), les autres impératifs en matière de traduction, la question de savoir si la demande est assez détaillée, le lieu d'exécution de la mesure demandée, le tribunal compétent, les justifications de l'urgence donnée par l'autorité requérante, les lois et procédures du pays requis en matière d'entraide judiciaire et l'instrument juridique applicable. Il a été généralement admis que les demandes soumises par des pays voisins ou par des États dont le contexte juridique, politique ou culturel est identique à celui de l'État requis étaient plus faciles à traiter et recevaient une réponse plus rapide. Un autre pays a indiqué que la plupart de ses demandes concernant des infractions visées par la Convention recevaient une réponse dans un délai d'un à cinq mois.

Certains examinateurs ont souligné les difficultés spécifiques que rencontraient certains pays dans lesquels les problèmes de coordination interne ou l'intervention de multiples autorités aux différents stades de la procédure ralentissaient sensiblement le processus. Pour réduire les délais, le procureur auprès de la Cour suprême d'un État partie a adressé une circulaire à tous les services compétents pour souligner la nécessité d'exécuter les commissions rogatoires dans le délai voulu.

Succès et bonnes pratiques

Un État partie organise des réunions de coordination pour préparer les demandes d'entraide judiciaire concernant les différentes affaires, en particulier lorsque plusieurs pays sont concernés ou lorsqu'il existe un risque de conflit de compétences.

L'autorité centrale d'un autre État organise fréquemment des consultations informelles avant la réception des demandes officielles d'entraide judiciaire, et elle a pour pratique d'accepter et d'examiner les projets de demande avant la présentation de la demande officielle.

Un État partie s'est efforcé d'améliorer l'efficacité du processus d'entraide judiciaire, notamment en maintenant des contacts étroits avec les autorités de l'État requérant par courrier électronique et, si possible, par téléphone. Il a de plus, pour assurer la coordination avec les pays étrangers, mis en place une adresse électronique unique pour l'envoi et la réception des demandes afin de mieux contrôler les dossiers en cours et d'éviter la dispersion des demandes.

Dans le cadre de plusieurs examens, il a été souligné qu'il fallait accorder une importance particulière à la collecte des données, exploiter au mieux les statistiques et mettre en place des processus d'exécution des tâches et des systèmes de gestion des dossiers au sein de l'autorité centrale chargée de l'entraide judiciaire afin, entre autres, de surveiller régulièrement le temps que durent les procédures et d'améliorer la pratique qui a cours. Dans le cadre de certains examens, il a été recommandé d'élaborer des directives internes, des manuels de procédure ou des documents de caractère pratique. Ces documents pourraient indiquer les délais applicables à l'exécution des demandes et fournir des conseils sur la manière de traiter les problèmes susceptibles de survenir, y compris les modalités de suivi avec l'État requérant.

Exemples d'application

Un État partie a indiqué que les fonctionnaires de son autorité centrale entretenaient des contacts constants, voire quotidiens, avec leurs homologues des États qui avaient soumis un grand nombre de demandes d'entraide judiciaire. Cette autorité centrale s'efforce en outre de mener chaque année des consultations avec ses principaux partenaires dans les domaines de l'extradition, et l'entraide judiciaire.

Un autre État partie a indiqué qu'il suivait l'exécution des demandes d'entraide judiciaire à l'aide d'une base de données spécialement conçue, qui permettait aux agents chargés des différents dossiers de suivre chaque mesure prise dans tel ou tel dossier, envoyait des rappels au sujet des mesures à prendre ensuite et permettait ainsi de repérer les retards d'exécution. Les examinateurs ont estimé qu'il s'agissait là d'une bonne pratique. Lorsqu'il fournit l'assistance demandée, le pays en question tient toujours compte des délais suggérés par l'État requérant (par exemple, les dates des procès) et informe régulièrement l'autorité centrale de celui-ci de l'état d'avancement de l'exécution de la demande.

Bien qu'aucun cas concret d'ajournement de l'exécution d'une demande au motif qu'elle entravait une enquête pénale en cours n'ait été recensé – un État partie a indiqué que cela se produisait extrêmement rarement –, plusieurs États ont affirmé qu'un tel ajournement pouvait très bien être envisagé en vertu de la législation nationale ou par application directe de la Convention ou d'un autre instrument international. Dans les cas où il n'existe pas de législation nationale en la matière, il a été recommandé aux États concernés d'envisager d'élaborer des dispositions plus détaillées concernant les délais applicables à l'exécution des demandes d'entraide judiciaire, ainsi que les circonstances dans lesquelles l'entraide pouvait être différée, car de telles dispositions pouvaient contribuer à améliorer la transparence et la prévisibilité au bénéfice des États requérants. Il a en outre été recommandé aux quelques États dans lesquels le fait d'entraver une enquête judiciaire en cours constituait un motif de rejet de la demande, d'inscrire dans la législation applicable la possibilité d'ajourner l'exécution.

Toutefois, dans certains pays dotés d'une législation similaire, les dispositions pertinentes sont considérées comme permettant en pratique de différer l'entraide judiciaire. Une partie a proposé une approche pragmatique: bien que l'assistance puisse être différée au motif qu'elle entrave une enquête en cours, il est possible de scinder l'exécution de la demande ou la transmission des éléments de preuve de manière à ne pas entraver cette enquête.

Exemples d'application

L'autorité centrale d'un État consulte les services internes de détection et de répression dans le cadre du traitement des demandes d'entraide judiciaire. Si un service craint que la fourniture de l'assistance ne porte préjudice à une enquête ou une procédure pénale en cours dans le pays, il en informe immédiatement l'autorité centrale, qui en informe à son tour son homologue étranger. L'autorité centrale reste en contact avec les services concernés par l'enquête nationale et, une fois qu'est atteint le stade auquel la fourniture de l'assistance demandée ne peut plus nuire à l'enquête ou à la procédure pénale, le pays étranger en est averti et l'autorité centrale poursuit le traitement de la requête.

En règle générale, lorsqu'elles reçoivent une demande d'entraide judiciaire incomplète, l'autorité centrale de deux États parties contacte directement l'autorité centrale de l'État requérant afin d'obtenir le complément d'informations ou demande ces informations par la voie diplomatique en indiquant qu'elles lui sont nécessaires pour exécuter la demande.

La plupart des pays ont indiqué qu'ils consultaient les États requérants avant de rejeter une demande ou d'en ajourner l'exécution, et certains ont invoqué des traités bilatéraux réglant expressément la question. Ils n'ont toutefois fourni qu'un petit nombre d'exemples de la manière dont, concrètement, ces consultations étaient menées.

Immunité

Sans préjudice du paragraphe 12 de l'article 46, relatif au transfèrement des détenus, l'immunité des témoins, experts ou autres personnes qui acceptent de se rendre dans un pays étranger pour y faire une déposition ou collaborer à une enquête ou une procédure est prévue dans la majorité des États, soit par des traités bilatéraux ou multilatéraux (y compris la Convention elle-même), soit (en sus) par la législation interne. Dans deux cas où la durée de l'immunité prévue par la législation nationale est inférieure à celle prévue dans la Convention (8 à 10 jours au lieu de 15), les pays concernés ont été encouragés à modifier leur législation. Cette recommandation a été faite bien qu'il semble que la Convention fixe ce délai de 15 jours uniquement comme règle subsidiaire pour le cas où les parties ne sont pas convenues d'un délai différent.

Frais

Les frais "ordinaires" et "raisonnables" associés aux demandes d'entraide judiciaire – tels que les frais liés par l'obtention de dépositions, la collecte et la saisie de documents et la localisation, l'identification et la confiscation de biens – sont normalement pris en charge par l'État partie requis, sauf si des accords bilatéraux ou multilatéraux, des arrangements spéciaux ou des accords de coopération en disposent autrement. Bien que le paragraphe 28 de l'article 46 énonce ce principe, une note interprétative de cette disposition rappelle que les pays en développement risquent de rencontrer des difficultés pour prendre en charge ne serait-ce que les

frais ordinaires et qu'il faudrait leur accorder une assistance appropriée pour leur permettre de satisfaire aux prescriptions de la Convention¹⁰⁵.

La législation de plusieurs États parties dispose qu'en principe les "dépenses extraordinaires" sont prises en charge par l'État requérant. Par "dépenses extraordinaires", on entend généralement, par exemple, les frais de dépôt et de transport, les dépenses afférentes à l'audition d'experts ou au transfèrement de détenus dans un autre pays afin qu'ils puissent déposer au cours d'une procédure ou collaborer à une enquête (art. 46, par. 10), les frais d'organisation d'auditions par téléphone ou vidéoconférence (art. 46, par. 18), les dépenses afférentes à la comparution des personnes devant être entendues et les frais de traduction et d'interprétation le cas échéant. Par ailleurs, aux termes de certains traités bilatéraux, c'est la partie requise qui prend à sa charge les frais afférents à l'exécution de la demande, à l'exception de certaines dépenses, comme celles afférentes aux services de traduction, les honoraires d'experts, les frais associés au transport des témoins ou les "dépenses exceptionnelles" découlant de l'exécution de la demande. Dans tous ces cas, et conformément au paragraphe 28 de l'article 46, les parties doivent faire en sorte que les termes et conditions dans lesquels la demande sera exécutée ainsi que la façon dont seront supportées les dépenses soient arrêtés à l'issue de consultations préalables avec l'État requérant. Dans cet esprit, au moins cinq États parties ont fait état de cas concrets où des dépenses extraordinaires avaient été en partie prises en charge par l'État requérant en vertu d'un arrangement spécial.

Exemples d'application

Un État partie a indiqué qu'il avait conclu des arrangements avec les autorités centrales d'autres États concernant les dépenses de nature extraordinaire associées à l'entraide judiciaire. Ces dépenses couvraient notamment le traitement de volumes importants de fichiers numériques suite à une perquisition, les frais afférents à l'expédition d'éléments de preuve et les honoraires des avocats ayant saisi des tribunaux locaux au nom de l'État requérant.

Deux États parties ne font pas de distinction entre frais ordinaires et dépenses extraordinaires, même si ces dernières sont jugées élevées, et prennent ainsi régulièrement à leur charge les dépenses associées à l'exécution des demandes d'entraide judiciaire par leurs propres autorités.

S'agissant des demandes impliquant des dépenses extraordinaires, un État partie a indiqué qu'en vertu de sa législation, l'État requérant était censé consigner les sommes nécessaires avant que la demande soit exécutée. Dans 11 cas, la loi applicable ou un traité multilatéral auquel le pays concerné est partie prévoit que tous les frais sont en principe à la charge de l'État requérant, sauf si les États concernés en conviennent autrement, et deux autres pays semblent se réserver le droit de facturer la totalité ou une partie de ces frais à l'État requérant. Ces pratiques sont contraires au principe énoncé au paragraphe 28 de l'article 46. C'est pourquoi la plupart des experts ont recommandé que la législation applicable et les accords en vigueur soient alignés sur les dispositions de la Convention, de telle sorte que les frais ordinaires soient à la charge de l'État requis et que la prise en charge des dépenses extraordinaires soit convenue dans le cadre de consultations préalables.

Seul un État partie ne semble pas en mesure d'absorber les coûts afférents aux demandes d'entraide judiciaire, qu'il s'agisse de frais ordinaires ou de dépenses extraordinaires.

¹⁰⁵Ibid.

Documents fournis

La plupart des États parties ont indiqué que les fichiers, documents et informations accessibles au public, comme les données des registres du commerce, les actes de naissance, de mariage et de décès ou les renseignements cadastraux étaient communiqués à l'État requérant. Les pays ont été d'une manière générale invités à fournir dans la mesure du possible des précisions sur les dispositions législatives applicables et à adopter de telles pratiques de communication des informations.

S'agissant des documents administratifs non accessibles au public, seuls quelques États parties ont indiqué qu'ils pouvaient communiquer tout type de document sans subordonner cette communication à des conditions ou restrictions particulières. Par exemple, un pays a confirmé qu'il pouvait communiquer tous les documents de ce type dès lors qu'ils étaient pertinents en l'espèce. Dans tous les autres cas, de tels documents peuvent être communiqués sans préjudice de la législation de l'État requis régissant la divulgation des informations qu'ils contiennent. Dans deux cas, cette législation prévoit que les documents administratifs, qu'ils soient ou non accessibles au public, peuvent être directement demandés à l'administration nationale dont elles émanent et que leur communication dépend des règles internes de cette administration. Selon la législation d'un pays, les déclarations fiscales et les fichiers de sécurité sociale ne peuvent être communiqués à d'autres pays dans le cadre des demandes d'entraide judiciaire. Un autre État exige une autorisation expresse du magistrat instructeur. Vingt-cinq États parties ont confirmé qu'ils fournissaient ou fourniraient certains types d'informations qui n'étaient pas accessibles au public, y compris des rapports de la police et des services de détection et de répression, des informations sur des questions relevant du contrôle bancaire et des casiers judiciaires, voire, selon les circonstances, des documents classés secrets. Au moins sept autres États parties sont en mesure de donner suite à de telles demandes pour autant que les documents ou informations demandés soient communiqués à une autorité nationale de nature comparable. Certains États parties ont indiqué qu'ils étaient prêts à communiquer des informations confidentielles au cas par cas. L'un d'entre eux a aussi énuméré certains des facteurs qu'il prenait en considération pour prendre une décision, à savoir la nature des informations demandées, la mesure dans laquelle elles sont nécessaires et les raisons motivant la demande.

Plusieurs pays ont indiqué que la communication de documents administratifs confidentiels était subordonnée à certaines conditions qui allaient de la nécessité pour l'État requérant de déclarer que tel ou tel document présentait pour lui un intérêt juridique particulier à la fourniture de garanties quant au respect de la confidentialité.

Enfin, un État partie distingue entre divers types d'informations non accessibles au public: les "informations classifiées", qui peuvent être communiquées à un État requérant, les "informations secrètes" et les "informations confidentielles" qui peuvent être communiquées au cas par cas, et les "informations ultrasecrètes" qui ne peuvent jamais être divulguées.

Exemple d'application

Selon la législation et les principes constitutionnels d'un pays, tous les documents que détiennent les autorités sont publics, sauf exception expressément prévue par la loi. Si un autre État partie demande des fichiers, documents ou informations détenus par ses autorités, ils lui sont communiqués de la même manière et aux mêmes conditions qu'à tout citoyen.

Efficacité

Les États parties ont généralement fourni des statistiques plus précises sur le nombre des demandes d'entraide judiciaire qu'ils ont traitées que sur celui des demandes d'extradition. S'agissant du nombre des demandes d'entraide judiciaire concernant spécifiquement des infractions de corruption, les examens ont montré que la pratique des pays n'était guère uniforme. D'une part, certains pays ont signalé un nombre élevé de demandes. Par exemple, un pays a, de 2012 à novembre 2014, reçu 211 demandes relatives à des infractions visées dans la Convention. Un autre pays a indiqué avoir exécuté 57 demandes d'assistance n'impliquant pas de mesures coercitives et 79 en impliquant entre janvier 2009 et le 16 juillet 2013. Ces chiffres sont très différents de ceux fournis par d'autres pays, qui ont signalé extrêmement peu de demandes d'entraide judiciaire concernant des infractions liées à la corruption, voire aucune. Les raisons pour lesquelles peu d'affaires de corruption, voire aucune, sont traitées dans le cadre de l'entraide judiciaire dans un certain nombre de pays sont diverses. Si les examens n'ont pas porté directement sur cette question, on notera que plusieurs formes d'assistance (en particulier l'assistance n'impliquant pas de mesures coercitives) peuvent aussi être obtenues par des mécanismes moins formels que les demandes officielles d'entraide judiciaire, par exemple dans le cadre de communications entre services de police ou par le biais d'INTERPOL. Ainsi, le fait que certains pays ont rarement recours à l'entraide judiciaire ne signifie pas nécessairement que les échanges transnationaux d'éléments de preuve en matière de corruption sont rarement nécessaires ou ne le sont pas du tout mais traduit la volonté, plus prononcée dans certains pays que dans d'autres, d'utiliser des mécanismes plus souples à cette fin. Les examens menés en ce qui concerne l'article 48 de la Convention (Coopération entre les services de détection et de répression) donnent à penser qu'au moins dans une certaine mesure les éléments de preuve nécessaires aux enquêtes et poursuites internes peuvent être obtenus par le canal de réseaux informels de coopération.

L'article 46 lui-même a été invoqué et a servi de base légale à la fourniture d'une assistance en de nombreuses occasions. Vingt et un États parties ont signalé au moins une demande adressée et/ou reçue en utilisant la Convention comme base légale. Par exemple, durant la période 2010-2011, un pays a reçu 427 demandes, dont 18 avaient trait à des infractions de corruption, parmi lesquelles 11 avaient été présentées sur la base de la Convention ou en invoquant expressément celle-ci.

B. Transfert de procédures pénales (article 47)

Eu égard à la dimension transnationale de nombreuses affaires de corruption, l'article 47 de la Convention fait obligation aux États parties d'envisager de se transférer mutuellement des procédures pénales. Généralement, on a recours à cette forme de coopération internationale pour centraliser les poursuites dans un même pays, par exemple lorsqu'un État donné est mieux à même de réunir les éléments de preuve et a des liens plus étroits avec l'affaire ou l'accusé, ou pour éviter les difficultés créées par les conflits de compétences. Le transfert de procédures pénales est motivé par l'idée qu'il est dans l'intérêt de la justice que le procès ait lieu dans l'État de destination. Cette idée est donc différente de celle qui sous-tend le principe *aut dedere aut judicare*, lequel repose sur la nécessité d'éviter que la personne concernée puisse se soustraire à la justice en exploitant les lacunes créées par l'absence de bases juridictionnelles.

Plusieurs États prévoient la possibilité de transférer des procédures dans leur droit interne ou dans des traités bilatéraux ou multilatéraux auxquels ils sont parties (en particulier la

Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, qui constitue le principal instrument international dans ce domaine). La législation de quatre autres États envisage cette possibilité dans le cadre d'une organisation internationale régionale pour les infractions de blanchiment d'argent. Bien que la plupart de ces pays n'aient pas fourni d'exemples concrets d'application de cet article ni d'informations sur les critères utilisés pour déterminer l'instance la plus appropriée pour mener les enquêtes et les poursuites, deux pays ont indiqué que le transfert des procédures pénales était pour eux pratique courante, et deux autres ont donné des informations sur le transfert de procédures en lien avec des affaires de corruption. Par ailleurs, deux États parties avaient largement recours à cette forme de coopération internationale, en particulier avec les pays voisins, l'un d'entre eux mentionnant un total de 59 demandes reçues et 47 demandes formulées durant la période 2009-2011.

Pour autant, dans l'ensemble, cette forme de coopération internationale ne semble pas être mise en œuvre par la majorité des États parties, qui n'ont pas de législation en la matière et ne sont pas liés par des instruments internationaux la régissant. Certains pays ont toutefois fait savoir que le transfert pouvait s'effectuer dans le cadre d'arrangements informels et quatre pays ont donné des informations sur des transferts qui avaient eu lieu. Dans un pays, une procédure ne peut être transférée dans un autre État que si l'extradition vers cet État a été refusée. Aucun transfert n'est toutefois envisagé pour réaliser d'autres objectifs, par exemple assurer une bonne administration de la justice lorsque plusieurs pays se déclarent compétents pour connaître de la même affaire.

Certains États parties qui n'ont jamais transféré de procédures pénales ont indiqué qu'ils étaient prêts à utiliser la Convention comme base légale pour le faire. Certains ont déclaré qu'alors même qu'ils n'avaient pas de cadre réglementaire à cet effet, ils étaient, si nécessaire, en mesure de pratiquer cette forme de coopération ou au moins d'en réaliser les objectifs en appliquant les principes généraux de la coopération avec les autorités étrangères ou parce que leurs services de police et/ou des poursuites jouissaient d'un large pouvoir discrétionnaire. Comme il a été observé à l'occasion d'un examen, une loi spécifique n'est pas nécessaire pour appliquer la disposition en question dès lors qu'il existe une pratique, une politique ou un arrangement attestant la possibilité de transférer des procédures pénales dont les États parties envisagent effectivement de tirer parti pour assurer l'efficacité de la répression des infractions visées dans la Convention.

Seuls quelques États parties ont indiqué qu'ils ne pouvaient transférer des procédures pénales non en raison de l'absence de fondements juridiques ou de législation l'autorisant mais pour des raisons de fond spécifiques. Un pays a dit qu'il craignait que le transfert de procédures en l'absence de législation le prévoyant soit perçu comme soustrayant la personne transférée au pays juridiquement compétent pour la juger ou comme portant atteinte au droit souverain de ce pays d'exercer sa juridiction pénale. Dans un autre pays, les procureurs ne peuvent utiliser leur pouvoir discrétionnaire pour transférer des procédures dans un autre pays. Le transfert n'est possible que si les organes judiciaires saisis se déclarent incompétents pour connaître de l'infraction en cause.

Des accords plus formels contribueraient à consolider cette pratique et à déterminer les répercussions d'un éventuel transfert pour les États concernés; à cet égard, les États parties pourraient avoir intérêt à s'inspirer du Traité type sur le transfert des poursuites pénales¹⁰⁶.

¹⁰⁶Résolution 45/118 de l'Assemblée générale, annexe.

Chapitre III: Coopération entre les services de détection et de répression

A. Coopération entre les services de détection et de répression (article 48)

L'article 48 oblige les parties à coopérer étroitement dans leurs activités de détection et de répression pour lutter efficacement contre les infractions liées à la corruption. Les mesures en la matière consistent notamment à établir des voies de communication appropriées, à coopérer dans la conduite d'enquêtes, à échanger des informations concernant les moyens et procédés spécifiques employés par les délinquants, à faciliter une coordination efficace et à adopter des accords ou arrangements de coopération directe liant leurs services de détection et de répression. La plupart des pays ont pris des mesures pour mettre ces dispositions en application et il semblerait que seuls trois États parties ne respectent pas les prescriptions pertinentes de la Convention.

Voies de communication

Selon les indications fournies par les États parties, il est fréquent que des voies de communication soient établies entre services de détection et de répression aux niveaux bilatéral et régional dans le cadre réglementaire institué par des organisations internationales ou transnationales (y compris l'Union européenne et l'Organisation des États américains), ou au sein de réseaux régionaux opérationnels et de liaison comme le Centre de coopération en matière de détection et de répression pour l'Europe du Sud-Est, la Conférence des chefs de police des États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, Europol, Eurojust, le Centre de coordination de la lutte contre la criminalité transnationale dans la région du Pacifique, l'Organisation de coopération des chefs de police de l'Afrique de l'Est, l'Association des commissaires de police des Caraïbes et l'instance judiciaire régionale des États membres de la Commission de l'océan Indien. Un État partie a proposé de créer un nouveau réseau régional de coopération dans les domaines de la détection et de la répression sous les auspices de l'Organisation de coopération économique. S'agissant du fonctionnement quotidien de ces réseaux, l'utilisation systématique du courrier électronique pour communiquer rapidement s'est révélée très utile et des outils tels que des bases de données sécurisées permettant aux services de détection et de répression d'échanger des informations ont été mis au point.

Le fait d'appartenir à INTERPOL a été généralement considéré comme contribuant à l'efficacité de la coopération transfrontière en matière de détection et de répression, laquelle facilite, par exemple, la localisation des personnes suspectées d'avoir commis des infractions de corruption. Le Système mondial de communication policière I-24/7 d'INTERPOL a été évoqué comme permettant d'échanger de façon sûre et rapide des informations essentielles sur les délinquants et leurs activités à travers le monde¹⁰⁷. Au moins deux États parties ont également souligné le rôle des notices rouges d'INTERPOL dans l'échange d'informations sur les *modus operandi*, objets, dispositifs et méthodes de dissimulation utilisés par les délinquants. Dans le même temps, il a été noté qu'INTERPOL ne pouvait remplacer les voies directes de communication avec les autorités, organes et services de détection et de répression

¹⁰⁷Voir *Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition*, p. 31, 32 et 67.

des autres États. Dans la plupart des États, ces voies de communication paraissaient peu développées au-delà du contexte régional.

L'échange d'informations entre cellules de renseignement financier semblait chose courante, plus de la moitié des États parties ayant indiqué que leur cellule avait établi des contacts avec ses homologues étrangers ou était en passe de le faire, principalement en concluant des mémorandums d'accord concernant la coopération dans le cadre d'enquêtes et de poursuites transnationales visant des individus impliqués dans des activités de blanchiment d'argent, ou au titre de leur participation au Groupe Egmont des cellules de renseignement financier, une instance internationale œuvrant à renforcer la coopération dans les domaines de l'échange d'informations, de la formation et du partage de données d'expérience en vue de lutter contre le blanchiment d'argent. Plusieurs pays ont informé les examinateurs qu'ils avaient pris des mesures pour devenir membres du Groupe Egmont. Dans le cadre de certains examens, on a estimé que l'adhésion à ce groupe et la conclusion d'un grand nombre d'accords entre les cellules nationales de renseignement financier et d'autres juridictions étrangères constituaient de bonnes pratiques. De même, les services douaniers de certains pays ont fait savoir qu'ils participaient à des programmes de coopération par le biais des bureaux régionaux de liaison chargés du renseignement de l'Organisation mondiale des douanes ou d'autres structures. Des services de police ou des instances chargées des poursuites ont établi des liens de coopération au sein du Réseau international des points de contacts pour le recouvrement d'avoirs, du réseau CAMDEN regroupant les autorités compétentes en matière de recouvrement d'avoirs, du Réseau regroupant les autorités d'Afrique australe compétentes en matière de recouvrement d'avoirs, du Réseau interinstitutions pour le recouvrement d'avoirs du Groupe d'action financière d'Amérique latine (GAFILAT) ou du réseau interinstitutions Asie-Pacifique pour le recouvrement d'avoirs, c'est-à-dire de réseaux informels qui ont pour vocation d'améliorer la coopération et d'accroître l'efficacité de l'action menée par leurs membres pour priver les criminels de leurs profits illicites grâce à la coordination des différents services et organismes compétents et à l'échange d'informations.

Exemple d'application

Toutes les informations reçues par la cellule de renseignement financier d'un pays sont enregistrées et traitées et font l'objet d'une enquête initiale par la cellule elle-même, qui communique pour ce faire avec des institutions nationales comme celles chargées des impôts, des douanes, du commerce et de la détection et de la répression, ainsi qu'avec des autorités étrangères. Si l'affaire n'est pas transmise aux autorités judiciaires, lorsque le traitement des informations ne confirme pas les soupçons initiaux, les dossiers sont mis en attente. Les informations qu'ils contiennent demeurent dans la base de données de la cellule et pourront être utilisées à l'avenir ou communiquées dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire.

Enfin, il a été signalé que des voies de communication avaient été établies entre des services anticorruption, par exemple le Mécanisme de lutte contre la corruption mis en place par les parties de l'Asie du Sud-Est, le Forum d'Afrique australe contre la corruption, les Partenaires européens contre la corruption et le réseau européen de points de contact contre la corruption, l'Association est-africaine des autorités anticorruption, l'Association internationale des autorités anticorruption, l'Association des autorités anticorruption en Afrique et le Réseau des institutions nationales anticorruption d'Afrique de l'Ouest. Un pays a indiqué que son organisme de lutte contre la corruption s'employait activement à se créer des réseaux et

avait établi des partenariats officiels (au moyen de mémorandums d'accord) avec au moins une vingtaine d'institutions étrangères investies d'un mandat analogue dans 15 pays à travers le monde.

Coopération dans la conduite des enquêtes, échange d'informations et coordination

En ce qui concerne l'échange d'informations et les mesures de coopération aux fins de l'identification et de la détection précoces des infractions visées par la Convention, la plupart des États parties ont donné un aperçu des dispositifs juridiques et opérationnels dans le cadre desquels ces mesures pouvaient être prises. Quinze États parties ont fourni des informations sur des enquêtes qui avaient été menées en coopération avec d'autres États. Quelques États ont dit avoir échangé des informations sur les résultats de recherches et les analyses scientifiques et techniques concernant les moyens ou procédés employés pour commettre des infractions visées par la Convention (par exemple, l'usurpation d'identité et la falsification de documents) et ils ont été tout aussi peu nombreux à donner des informations sur des mesures concernant spécifiquement la fourniture d'articles ou de substances à des fins d'analyse, ce qui donne à penser que les alinéas 1 c et d de l'article 48 ne sont guère appliqués en pratique ou tout au moins qu'il est rarement recouru aux mesures qu'ils prescrivent dans les affaires de corruption.

Succès et bonnes pratiques

Un État partie a évoqué un système à deux niveaux de réception des demandes de coopération en matière de détection et de répression émanant d'autres pays. Ce système à la fois centralisé et décentralisé était plus efficace et permettait de répondre plus rapidement aux demandes.

S'agissant d'un autre État partie, les examinateurs ont considéré que constituait un succès la pratique consistant à accueillir, sur la base d'accords ou arrangements bilatéraux, des magistrats étrangers afin qu'ils jugent les affaires nationales. Bien qu'elle ne soit pas directement liée à la coopération dans le domaine de la détection et de la répression, on a considéré que cette pratique était révélatrice d'une volonté d'utiliser des compétences internationales et indiquait en conséquence que le pays en question était prêt à conclure des accords afin d'accueillir des agents de liaison pour renforcer la coopération entre les services de détection et de répression.

En ce qui concerne la coordination par échange de personnel ou d'experts, 47 États parties ont indiqué avoir détaché des agents de liaison de la police ou (plus rarement) des procureurs dans d'autres pays ou auprès d'organisations internationales (généralement dans des ambassades ou des missions diplomatiques) et six avoir détaché des agents de liaison dans au moins 20 pays étrangers; on notera toutefois que les activités de ces agents ne se limitent pas à la lutte contre la corruption. Il est fréquent que des agents des services de détection et de répression participent à des activités de formation conjointes aux côtés de leurs homologues étrangers. Deux États parties ont fourni des renseignements plus détaillés concernant le détachement d'agents de liaison de la police auprès d'ambassades à l'étranger, tout en précisant que, bien que ces agents jouissent du statut diplomatique et rendent compte à l'ambassadeur pour les questions relevant du droit international, ils mènent leurs activités sous la direction de leurs supérieurs hiérarchiques des services de police.

Exemples d'application

Pour assurer une coordination efficace entre les autorités, organismes et services, un État partie a établi, avec d'autres États de la même sous-région, un réseau conjoint d'agents de liaison qui permet aux policiers de l'un quelconque de ces États d'agir au nom de la police de n'importe quel autre.

Un autre État a indiqué que ses services de police appartenaient à un réseau international d'attachés de liaison qui avait des bureaux dans 29 pays et s'employait à promouvoir la collaboration entre les services de détection et de répression des divers pays et de favoriser la coopération bilatérale et multilatérale. Les agents de liaison sont des représentants des services de détection et de répression de cet État détachés à l'étranger et ont établi de longue date, avec les services locaux de détection et de répression, des voies de communication qui sont améliorées et développées en permanence. Par ailleurs, ce réseau facilite les nombreuses visites effectuées chaque année par des délégations de services de détection et de répression nationaux et étrangers. Les échanges avec ces délégations ont contribué de façon déterminante à renforcer les relations entre la police nationale et ses partenaires étrangers et ont souvent permis d'identifier des possibilités de renforcement des capacités et d'obtenir des résultats dans ce domaine.

Un autre État partie a indiqué que sa police avait mené plusieurs activités conjointes avec des États de la même région dans le domaine du renforcement des capacités, de la coordination et de la collaboration contre la criminalité transnationale, y compris en ce qui concerne les infractions liées à la corruption. Ces activités ont été menées dans le cadre d'un réseau régional de lutte contre la criminalité transnationale financé par l'État partie en question, qui a créé plusieurs groupes interinstitutions (détection et répression, douanes et immigration) de lutte contre la criminalité transnationale qui sont actifs dans plusieurs pays de la région.

Un exemple de contacts informels ayant débouché sur une coopération opérationnelle dans une affaire donnée est fourni par la commission anticorruption d'un pays, qui utilise ses contacts directs dans un pays voisin pour obtenir des informations dans le cadre d'une enquête relative à des faux passeports. Grâce à cet échange, les autorités du pays voisin ont pu localiser le suspect et l'affaire a par la suite donné lieu à une demande officielle de coopération dans une affaire de corruption.

Bases légales de la coopération dans le domaine de la détection et de la répression

La conclusion d'accords ou d'arrangements bilatéraux ou multilatéraux prévoyant une coopération directe entre les services de détection et de répression, qui est préconisée au paragraphe 2 de l'article 48, semble correspondre à la pratique d'une grande majorité des États parties, même si l'existence de tels accords n'est pas nécessairement une condition préalable de la coopération. La plupart des pays ont indiqué qu'ils avaient conclu ou envisageaient de conclure des accords de ce type (y compris des mémorandums d'accord, des échanges de lettres, des déclarations d'intention et des accords relatifs à la mise en place de commissions consultatives mixtes permanentes), principalement avec des pays de la même région ou partageant la même langue. Parmi eux, un pays a signé plus de 90 accords interdépartementaux, mémorandums et autres instruments juridiques internationaux dans le domaine de la lutte contre la criminalité. Ces accords désignent notamment les autorités chargées de la coopération; prévoient l'échange, entre les parties, des coordonnées des points de contact de ces autorités compétentes afin de garantir une communication rapide et efficace; définissent les formes, modalités et moyens de la coopération, comme l'échange de données sur les

infractions en cours de préparation ou commises; prévoient la possibilité de mener des consultations officieuses avant de présenter des demandes d'extradition ou d'entraide judiciaire en lien avec des affaires de corruption; et prévoient une coopération dans les domaines de la gestion et de la formation des ressources humaines. Ils contiennent parfois également des dispositions se rapportant spécifiquement à la corruption.

Exemple d'application

Preuve de son attachement à la coopération en matière de détection et de répression, un État partie a mis au point un mémorandum d'accord type sur la lutte contre la criminalité transnationale et le développement de la coopération policière entre son service de police nationale et des homologues étrangers.

Si 81 États parties ont confirmé qu'ils pouvaient utiliser la Convention comme base légale pour la coopération entre les services de détection et de répression dans les affaires de corruption, il semble que dans la plupart des pays cette possibilité soit surtout théorique. Seuls trois États ont cité des affaires dans lesquelles la Convention avait été utilisée à ces fins; cinq États ont toutefois expressément exclu cette possibilité, indiquant qu'ils s'appuyaient plutôt sur d'autres accords ou arrangements. Les examens n'ont pas permis d'établir avec suffisamment de certitude si l'utilisation très limitée de la Convention comme base légale de la coopération en matière de détection et de répression tenait à l'existence d'un réseau suffisamment dense d'autres voies de coopération ou à une méconnaissance du rôle que la Convention pouvait jouer dans ce domaine. Quoiqu'il en soit, les États parties ont été de manière générale encouragés à poursuivre leurs échanges bilatéraux et régionaux en signant, le cas échéant, des accords visant à faciliter l'échange d'informations aux fins de la détection et de la répression, et à envisager d'utiliser la Convention comme base légale en l'absence de tels arrangements.

Problèmes posés par les technologies modernes

La majorité des États parties n'ont pas précisé les modalités de la coopération internationale visant à lutter contre les infractions commises au moyen de technologies modernes, étant donné que les arrangements relatifs à la coopération des services de détection et de répression ne font généralement pas de distinctions en fonction du type et du niveau des technologies utilisées par les auteurs d'infractions. Un État partie a indiqué avoir désigné, pour la coopération, un point de contact permanent dans le cadre d'un traité régional relatif à toutes les formes de cybercriminalité, et un autre a notamment indiqué qu'il coopérait activement avec des organisations internationales, des pays partenaires et des agents de liaison de la police pour lutter contre les infractions commises au moyen de technologies modernes en échangeant des informations et des données d'expérience sur les techniques d'enquête modernes, en partageant des pratiques optimales en la matière dans le cadre de séminaires, de conférences, de visites d'études et de cours de formation spécifiques organisés conjointement, et en faisant figurer les méthodes et technologies utilisées pour commettre les infractions visées par la Convention parmi les principaux thèmes des modules de formation des forces de police chargées de lutter contre la corruption.

Exemples d'application

Les cellules fédérale et régionale de lutte contre la cybercriminalité d'un État partie aident les autorités nationales de celui-ci à identifier les infractions commises au moyen de technologies modernes et à en poursuivre les auteurs.

Exemples d'application (suite)

Un autre pays s'est doté d'une loi réprimant la cybercriminalité qui lui permet de punir quiconque commet une infraction visée dans toute autre loi au moyen d'un système ou dispositif informatique. Le même pays a créé une Direction de la lutte contre la cybercriminalité dans le cadre de la Direction générale de la lutte contre la corruption et de la sécurité économique et électronique.

Efficacité

Bien que plusieurs pays aient à leur disposition une large gamme d'outils normatifs et soient membres de multiples réseaux et instances de coopération en matière de détection et de répression, des problèmes importants continuent d'affecter l'application de l'article 48 quant au fond. De plus, la conclusion d'accords ou d'arrangements bilatéraux ou multilatéraux ne garantit pas leur application concrète. Cela est particulièrement vrai dans les pays dont les cadres institutionnels sont faibles et dont la capacité de coopérer efficacement avec d'autres pays dans le domaine de la détection et de la répression est limitée du fait de problèmes liés à la coordination interinstitutions, du manque de ressources humaines et de l'insuffisance des moyens technologiques et institutionnels. Dans le cadre d'un examen, par exemple, la nécessité de porter les accords en vigueur à l'attention des autorités compétentes de toutes les parties en insistant sur leur importance afin d'en assurer progressivement l'application concrète a été soulignée.

B. Enquêtes conjointes (article 49)

L'article 49 de la Convention encourage les États parties à conclure des accords ou des arrangements en vertu desquels des instances d'enquête conjointes peuvent être établies pour les affaires qui font l'objet d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires menées en application de la Convention. Les États parties sont également encouragés à envisager des enquêtes conjointes, même en l'absence d'arrangements préexistants, au cas par cas. Cette pratique peut largement contribuer à faciliter les enquêtes et l'échange d'informations, car elle évite d'avoir à transmettre les demandes d'entraide judiciaire aux divers membres des équipes concernées.

Trente-huit États parties ont indiqué être parties à des accords ou arrangements prévoyant la création d'instances d'enquête conjointes. Figurent notamment parmi les accords cités la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les membres de l'Union européenne, le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et la Conférence internationale sur le Protocole de la région des Grands Lacs relatif à la coopération judiciaire. Sont également pertinents la décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil de l'Union européenne concernant la constitution d'équipes conjointes d'enquête et l'Accord-cadre relatif à la coopération entre les États parties au Marché commun du Sud et États associés pour la constitution d'équipes d'enquête conjointes, qui renvoie expressément à la Convention et reconnaît que, d'une manière générale, la lutte contre la corruption nécessite des techniques d'enquête avancées.

Au moins 27 États parties n'ont adhéré à aucun accord prévoyant des enquêtes conjointes et n'ont pas mené de telles enquêtes sur une base ponctuelle; deux de ces États ont toutefois

indiqué à l'époque de l'examen qu'un projet de loi avait été élaboré. Plus de la moitié des États parties ont fait savoir que leur législation et leur pratique (y compris l'application directe de la Convention) permettaient de mener des enquêtes conjointes au cas par cas, et bon nombre d'entre eux ont dit l'avoir fait à plusieurs reprises. L'un des pays ayant le plus souvent recours à des instances d'enquête conjointes a fait état de 29 enquêtes, dont certaines sur des affaires internationales de corruption. Néanmoins, seuls 16 pays ont indiqué avoir créé une instance en relation avec une infraction visée par la Convention. Les éléments dont on dispose sont toutefois insuffisants pour conclure que c'est parce qu'ils considèrent que cette méthode d'enquête convient moins bien que d'autres à cette catégorie d'infractions que les pays ont rarement recours à des instances d'enquête conjointes dans les affaires de corruption. De fait, si quelques pays ont fait valoir qu'ils avaient rencontré des difficultés, ces difficultés ne semblent pas être propres à telle ou telle catégorie d'infractions. Par exemple, certains États parties ont souligné les obstacles auxquels ils étaient confrontés s'agissant d'échanger des éléments de preuve entre pays de *common law* et pays de droit civil. Fréquemment, pour éviter ces difficultés, des enquêtes parallèles sont menées et les éléments de preuve ainsi recueillis, échangés dans le cadre de l'entraide judiciaire. Un autre pays a indiqué dans le même sens que les difficultés linguistiques et la diversité des systèmes juridiques étaient des problèmes récurrents affectant la création et le fonctionnement d'instances d'enquête conjointes. Dans l'ensemble, les États parties ont été encouragés par les experts gouvernementaux qui ont procédé aux examens à systématiser et mieux à utiliser les informations relatives aux enquêtes conjointes, y compris les informations relatives aux moyens employés et critères utilisés pour mettre en place des instances d'enquête conjointes.

Succès et bonnes pratiques

Deux pays voisins ont conclu un accord bilatéral sur les enquêtes conjointes et constitué un groupe de travail opérationnel pour permettre la création d'instances d'enquête conjointes. Ce groupe, qui est composé de représentants des services d'enquête et de renseignement des autorités nationales responsables de la lutte contre la corruption, se réunit chaque année pour déterminer s'il est nécessaire de créer des instances d'enquête conjointes dans certaines affaires de corruption. Entre 2004 et 2012, neuf instances de ce type ont été créées, ce qui a été considéré comme une bonne pratique dans la lutte contre la corruption au niveau international.

C. Techniques d'enquête spéciales (article 50)

L'article 50 de la Convention préconise l'utilisation de techniques d'enquête spéciales aux fins de la lutte contre la corruption aux niveaux tant national qu'international. Ces techniques comprennent les livraisons surveillées, la surveillance électronique et d'autres formes de surveillance et les opérations d'infiltration. Parmi les techniques mentionnées dans la Convention, seule la livraison surveillée est définie (à l'article 2, alinéa i), comme la méthode consistant à permettre la sortie du territoire, le passage par le territoire ou l'entrée sur le territoire d'un ou de plusieurs États, d'expéditions illicites ou suspectées de l'être, au su et sous le contrôle des autorités compétentes de ces États, en vue d'enquêter sur une infraction et d'identifier les personnes impliquées dans sa commission. Le paragraphe 4 de l'article 50 précise les méthodes de livraisons surveillées pouvant être utilisées sur le plan international et stipule que ces méthodes peuvent consister notamment à intercepter des marchandises ou des fonds et à poursuivre leur acheminement, sans altération ou après soustraction ou remplacement de la totalité ou d'une partie de ces marchandises ou fonds.

Ces techniques constituent souvent, pour les services de détection et de répression, le seul moyen de réunir les preuves nécessaires pour prouver des faits de corruption. La Convention est toutefois muette quant à la validité juridique des informations ainsi obtenues. Les décisions touchant les conditions dans lesquelles ces informations peuvent être admises comme preuves devant les tribunaux relèvent donc du pouvoir discrétionnaire de l'État concerné, eu égard aux principes fondamentaux de son système juridique et aux méthodes de légalisation et d'authentification prescrites par son droit interne. À cet égard, la législation de quelques États parties dispose expressément que les informations obtenues uniquement au moyen de techniques d'enquête spéciales ne sont pas admissibles comme preuves devant les tribunaux; seules celles susceptibles d'être corroborées par d'autres moyens peuvent être utilisées à cette fin.

De plus, l'utilisation de techniques d'enquête spéciales pose souvent des problèmes constitutionnels et en matière de droits de l'homme, et une prudence particulière s'impose s'agissant d'en assurer comme il convient la supervision, d'observer le principe de responsabilité et de respecter les principes établis du droit international, comme la présomption d'innocence, le droit de ne pas témoigner contre soi-même, le droit au respect de la vie privée et le principe de proportionnalité. Plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et la jurisprudence des juridictions compétentes ont précisé les limites dans lesquelles les États parties pouvaient utiliser ces techniques. D'une manière générale, elles ne peuvent être utilisées que lorsqu'il existe des motifs raisonnables de penser qu'une infraction grave a été commise. Un test de proportionnalité est souvent requis. De plus, lorsqu'elles décident d'utiliser des techniques d'enquête spéciales et de la durée de leur utilisation, les autorités compétentes devraient se demander si le même résultat peut être obtenu de manière moins attentatoire aux droits individuels. Les problèmes associés à ces questions ont été soulignés par un pays dans lequel l'absence de législation en la matière accroît le risque d'actions et de contestations judiciaires.

Exemple d'application

La commission anticorruption d'un État partie peut recourir à toute une série de techniques d'enquête spéciales en application de la loi anticorruption. Dans un cas, un fonctionnaire du Ministère des travaux publics a été arrêté à la suite d'activités de surveillance et d'infiltration pour avoir accepté un pot-de-vin lors de l'attribution d'un marché à une société. Un policier a également été arrêté à la suite d'activités d'infiltration et de surveillance parce qu'il avait reçu des pots-de-vin pour avoir modifié ses déclarations. Dans une affaire de corruption relevant de l'évasion fiscale et du blanchiment d'argent, des agents ont utilisé des techniques de surveillance qui ont permis d'arrêter le propriétaire d'une société privée et un fonctionnaire de la Direction des impôts. Dans des affaires de livraisons surveillées, des marchandises et des fonds ont transité par le pays sans être altérés.

Dans la grande majorité des États parties examinés, la portée des techniques d'enquête spéciales ainsi que les conditions de leur utilisation et les procédures à suivre à cet égard sont réglementées par la législation ou relèvent d'une pratique établie. Vingt États parties en particulier n'auraient pas recours aux techniques d'enquête spéciales ou ne se seraient pas dotés d'une législation encadrant leur utilisation, mais trois d'entre eux ont indiqué que ces techniques seraient autorisées en vertu des nouvelles dispositions législatives qui étaient à l'étude au moment de l'examen.

Dans l'ensemble, l'analyse comparative a donné un tableau assez hétérogène de l'applicabilité des techniques d'enquête spéciales s'agissant des infractions visées par la Convention. Dans un certain nombre de pays, leur utilisation n'est autorisée qu'en relation avec des infractions sans lien avec la corruption et qui relèvent le plus souvent de la criminalité organisée et/ou du trafic de drogues. Dans un pays, des techniques d'enquête spéciales peuvent être utilisées dans le cadre d'une enquête sur des infractions de corruption uniquement lorsque ces infractions sont commises par des organisations criminelles et ont une dimension transnationale. D'autres États parties peuvent avoir recours à des techniques d'enquête spéciales en relation avec certaines seulement des infractions visées par la Convention (comme le blanchiment d'argent) et, dans deux cas, la législation nationale exige que l'infraction objet de l'enquête soit passible d'au moins trois ans d'emprisonnement ou que les faits de corruption en cause portent gravement atteinte à l'ordre social.

Exemple d'application

Dans un pays, des techniques d'enquête spéciales, comme les écoutes téléphoniques et la surveillance électronique (c'est-à-dire la vidéosurveillance, la cybersurveillance et le recours au système mondial de géolocalisation), sont déjà utilisées dans le cadre d'enquêtes sur des affaires de corruption. D'autres techniques ne peuvent toutefois être utilisées qu'en ce qui concerne les infractions les plus graves, qui ne comprennent pas les infractions liées à la corruption, à l'exception du blanchiment d'argent. Le même pays envisage toutefois d'autoriser le recours à ces techniques dans le cadre des enquêtes sur les affaires de corruption de la même manière que dans la lutte contre la criminalité organisée. Au moment de l'examen, la question était encore débattue au niveau politique et un projet de loi devant être examiné par le Parlement était en cours d'élaboration.

Parmi les méthodes les plus utilisées, on peut citer les livraisons surveillées, les interceptions de communications (y compris au moyen d'outils de surveillance des données, comme les logiciels d'enregistrement de frappe et autres outils de surveillance informatique, et de dispositifs d'écoute, de surveillance optique et de localisation) et les opérations d'infiltration, des méthodes qui doivent normalement être autorisées par un tribunal. Un pays a indiqué qu'il pouvait utiliser une technique d'enquête spéciale expressément conçue pour lutter contre les infractions liées à la corruption, à savoir l'offre simulée et l'acceptation de pots-de-vin.

Exemples d'application

Bien que l'État partie concerné n'ait pas recours à des techniques d'enquête spéciales en relation avec les infractions de corruption, depuis 2001 son secrétariat de la fonction publique applique une stratégie dite du "faux usager" (*usuario simulado*). Cette stratégie vise à prendre les fonctionnaires de tous les niveaux en flagrant délit de commission d'une infraction dans le cadre d'opérations d'infiltration faisant intervenir d'autres fonctionnaires, des fournisseurs de services ou des personnes privées. Les fonctionnaires pris en flagrant délit font l'objet de sanctions pénales et administratives.

La stratégie du "faux usager" est notamment mise en œuvre lorsqu'une plainte est déposée contre un fonctionnaire qui exige une contrepartie indue pour rendre tel ou tel service ou effectuer telle ou telle prestation. Les opérations sont normalement menées dans les deux jours qui suivent le dépôt de la plainte, selon le lieu où elles doivent être menées et la disponibilité du plaignant.

Exemples d'application (suite)

Entre septembre 2008 et novembre 2012, le secrétariat de la fonction publique a coordonné un total de 90 opérations faisant intervenir un "faux usager" dans 35 institutions fédérales du pays, qui ont permis de prendre 110 fonctionnaires en flagrant délit. L'impact économique total de ces opérations a été estimé à environ 350 000 dollars.

Des accords ou arrangements internationaux tels que ceux visés au paragraphe 2 de l'article 50 de la Convention concernant notamment les enquêtes sur les infractions de corruption ont été conclus par au moins 29 États parties, généralement avec des États de la même région ou membres de la même organisation régionale (comme dans le cadre des accords de Schengen). L'un des États n'ayant pas conclu de tels accords a indiqué qu'il pourrait avoir recours à des techniques d'enquête spéciales à la demande d'États avec lesquels il était lié par un traité général d'entraide judiciaire en matière pénale.

Exemples d'application

Les services de détection et de répression d'un État partie utilisent, pour les opérations d'infiltration, un programme faisant intervenir une équipe d'agents infiltrés à temps plein ou à temps partiel capables de réunir des éléments de preuve et des renseignements de qualité. Ce programme a recours à toute une série de techniques d'enquête et vise divers types d'infractions, notamment la criminalité utilisant des technologies sophistiquées, la criminalité économique, le blanchiment d'argent, le trafic de drogues, le terrorisme, la traite des êtres humains et la corruption. Il est déployé aux niveaux national et international et permet de mener des opérations dans d'autres pays avec le consentement de ceux-ci et dans le respect de leurs lois et règlements (et inversement). La police du pays en question est également membre d'un groupe de travail international sur les opérations d'infiltration qui réunit actuellement plus de 25 services de détection et de répression et promeut la coopération comme moyen de mettre en place une capacité internationale de mener de telles opérations ou de renforcer celle qui existe déjà.

Un autre État a indiqué qu'il avait récemment adopté une nouvelle technique d'enquête spéciale, à savoir la surveillance des activités sur Internet, qui peut également être mise en œuvre à la demande d'un pays étranger. Cette technique englobe la surveillance d'activités légales et clandestines sur Internet et la participation à de telles activités, ainsi que la création des conditions permettant d'obtenir des données informatiques illégales afin d'identifier les auteurs d'une infraction. Cette technique d'enquête a exclusivement pour objet de faciliter la prévention et la répression de la cybercriminalité, compte tenu de l'augmentation du nombre de ces infractions au niveau mondial, y compris les actes de corruption perpétrés au moyen d'Internet.

Enfin, aux termes du paragraphe 3 de l'article 50 de la Convention, les pays qui n'ont conclu aucun accord ou arrangement international relatif à l'utilisation de techniques d'enquête spéciales doivent au moins se donner les moyens de coopérer avec les autres pays au cas par cas. Cette disposition concerne surtout les livraisons surveillées, dont la mise en place est impérative en vertu du paragraphe 1, dès lors que cela ne va pas à l'encontre des principes fondamentaux du système juridique de l'État concerné¹⁰⁸. Les renseignements fournis donnent

¹⁰⁸ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, par. 650.

à penser que des techniques d'enquête spéciales pourraient être employées au niveau international, au cas par cas, même en l'absence d'arrangements internationaux en la matière dans au moins 47 États parties. Parmi ceux-ci, cinq utilisent ces techniques uniquement sous condition de réciprocité.

Efficacité

Le recours à des techniques d'enquête spéciales ne semble pas constituer une pratique généralisée dans les affaires de corruption, que ce soit dans le cadre d'enquêtes menées sur le plan national ou en exécution de demandes émanant d'États étrangers. Parmi les difficultés recensées par les États parties, on peut citer les restrictions légales (par exemple, l'interdiction des écoutes téléphoniques dans les affaires de corruption et les difficultés concernant l'admissibilité des preuves ainsi obtenues devant les tribunaux), le manque de coordination interinstitutions et les procédures à respecter en matière de détection et de répression qui ralentissent l'exécution des mesures reposant sur de telles techniques. De nombreux États ont par ailleurs évoqué le manque de personnel rompu aux techniques de surveillance complexes, l'insuffisance de la formation, le manque de matériel et de ressources permettant de réunir des éléments de preuve électroniques dans les affaires de corruption et la méconnaissance des techniques d'enquête spéciales les plus récentes.

TROISIÈME PARTIE: TENDANCES RÉGIONALES

La présente partie met en évidence les principales caractéristiques et tendances observées en ce qui concerne l'application des chapitres III et IV de la Convention par les pays appartenant aux cinq groupes régionaux officiels de l'Organisation des Nations Unies.

Compte tenu de la grande diversité des systèmes juridiques, des contextes historiques et des traditions des pays faisant partie de chacun de ces groupes, on a tenté de cerner un certain nombre de sous-groupes informels sur la base de critères tels que la proximité géographique et les liens linguistiques, les régimes juridiques et les traités régionaux, afin de déceler des domaines d'homogénéité relative. Les observations contenues dans la présente partie ne visent qu'à dégager des tendances générales; les exemples qui y figurent ne sont pas exhaustifs.

Groupe des États d'Afrique

Il existe un certain nombre de caractéristiques communes à tous les États appartenant au Groupe des États d'Afrique, essentiellement dans les domaines de l'incrimination, de la détection et de la répression. Par exemple, l'incrimination de l'enrichissement illicite semble être particulièrement répandue parmi les pays de ce groupe, tout comme l'adoption de lois spéciales contre le blanchiment d'argent, visant notamment à ériger le blanchiment d'argent en infraction pénale. En revanche, des pays du Groupe n'ont probablement pas établi l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques, peut-être en partie parce que le Mécanisme de suivi de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption ne prévoit pas d'évaluations de suivi. Les pays du Groupe sont également plus susceptibles que les pays appartenant à d'autres groupes de considérer l'entrave au bon fonctionnement de la justice comme un défi majeur.

En ce qui concerne les mesures propres à améliorer la justice pénale et la répression, les pays du Groupe font face à un certain nombre de problèmes communs, notamment l'absence, dans un grand nombre de pays, de dispositions juridiques ou de mécanismes adéquats favorisant la réinsertion des personnes condamnées pour des infractions de corruption. Nombre d'entre eux ne disposent pas de programmes complets de protection des témoins ou n'ont que des mesures limitées et fragmentées relatives à la protection et à la réinstallation des témoins, des experts et des victimes. C'est au cours des examens de pays de ce groupe que le plus grand nombre de préoccupations ont été exprimées concernant l'indépendance fonctionnelle des organes de lutte contre la corruption, ainsi que l'insuffisance de leurs capacités, de leurs effectifs et de leurs ressources. Des difficultés ont en outre été signalées s'agissant d'assurer une véritable coordination entre les différents organes et de garantir la gestion efficace des affaires de corruption.

Malgré ces points communs, les pays du Groupe semblent avoir adopté des approches juridiques différentes en matière d'incrimination, de répression et de coopération internationale, ce qui s'explique dans une large mesure par la diversité des systèmes et des traditions linguistiques et juridiques des pays concernés.

Les pays anglophones du Groupe adhèrent au système de *common law* et, en matière d'in-crimination, utilisent parfois la distinction traditionnelle entre "agent" et "principal" en ce qui concerne les parties impliquées dans la partie "passive" d'un acte de corruption, n'établissant par conséquent aucune distinction entre les agents de la fonction publique et les employés du secteur privé. Ils ont également tendance à reconnaître l'infraction d'"entente délictueuse" comme une forme particulière de comportement préparatoire, qui implique généralement la conclusion d'une entente en vue de commettre une infraction grave relevant de la corruption. Ces pays partagent souvent une autre tradition des pays de *common law*, à savoir exiger dans la description des infractions de corruption que l'auteur agisse "de manière corrompue", une sorte d'élément subjectif de l'acte délictueux ("intention de corruption"). Ces pays sont également plus susceptibles d'avoir établi des présomptions de fait réfutables pour faciliter les poursuites relatives aux infractions de corruption (par exemple, en ce qui concerne l'acceptation ou l'offre d'un avantage comme preuve qu'un acte de corruption a eu lieu, ou l'existence de richesses inexplicables comme preuve de corruption dans le secteur public ou de blanchiment d'argent), ainsi que des présomptions réfutables d'intention malhonnête (par exemple, concernant l'offre d'un avantage indu comme preuve que le fait s'est produit "de manière corrompue"). En outre, les pays anglophones ont en général établi la responsabilité pénale des personnes morales, considèrent que toutes les infractions concernées se réfèrent à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales et les appliquent de la même manière. Certains pays semblent aussi avoir des lois en vertu desquelles toute conduite pour laquelle une personne morale est passible de poursuites est attribuée aux personnes qui dirigent cette entité ou sont employées par elle. Les États en question n'ont généralement ni de prescriptions pour les infractions liées à la corruption ni d'immunités et de privilèges de juridiction accordés aux agents publics, à quelques exceptions près. Ils ont généralement adopté un modèle de poursuite discrétionnaire, et, dans ce contexte, il a été recommandé à bon nombre d'entre eux de publier des lignes directrices pour que les parties concernées soient informées des critères qui régissent les décisions correspondantes. Enfin, en ce qui concerne l'étendue de leurs compétences, ces pays ainsi que d'autres pays ayant des systèmes de *common law* n'appliquent pas toujours le principe du pavillon ou ne l'appliquent pas en toutes circonstances, ni ne tendent à favoriser les principes de la personnalité active, de la personnalité passive ou de la protection de l'État.

En ce qui concerne la coopération internationale, dans l'ensemble, les pays anglophones du Groupe des États d'Afrique s'appuient sur des lois plutôt anciennes en matière d'extradition, ne peuvent accorder l'extradition que sur la base d'un traité et n'ont aucune expérience de l'utilisation de la Convention comme base légale. Ces pays sont donc tributaires de l'adoption d'un grand nombre de traités d'extradition bilatéraux. C'est le cas, en particulier, pour les pays qui ne font pas partie du Commonwealth, car des arrangements simplifiés tels que le Plan de Londres pour l'extradition entre pays du Commonwealth et le Mécanisme du Commonwealth pour l'assistance mutuelle en matière criminelle (Mécanisme de Harare), ou des dispositions internes spécifiques favorables au Commonwealth, ne s'appliquent pas. En général, toutefois, ces pays peuvent coopérer pour les questions de coopération internationale en l'absence de traité, sur la base de la réciprocité. Contrairement aux membres du Groupe francophone, toutefois, la nationalité n'est généralement pas un motif de refus de l'extradition. En revanche, l'entraide judiciaire, contrairement à l'extradition, est généralement réglementée par une législation beaucoup plus récente. Ainsi, l'entraide judiciaire peut être accordée pour un large éventail d'actes érigés en infraction pénale en vertu de la Convention et plusieurs questions, telles que les restrictions imposées à l'utilisation des éléments de preuve et les règles de confidentialité, peuvent être directement réglementées.

Les pays francophones du Groupe des États d'Afrique (de tradition romano-germanique) ont généralement tendance à réglementer la coopération internationale par des dispositions

éparses dans leur code de procédure pénale et leur constitution, et à s'appuyer fortement sur les traités régionaux (conclus sous les auspices de la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale et de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, entre autres). L'approche "moniste" en matière de coopération internationale est une autre caractéristique partagée par ces pays. En ce qui concerne la plupart des dispositions de la Convention non couvertes par les lois ou règlements nationaux (par exemple, les dispositions sur les motifs de refus des demandes d'entraide judiciaire, la consultation, le secret bancaire et les infractions fiscales et l'immunité des témoins), les pays francophones ont généralement fait valoir que le respect des obligations était assuré par la possibilité d'appliquer directement la Convention. Beaucoup ont indiqué que leur législation de lutte contre le blanchiment d'argent était une source de réglementation pour l'extradition et l'entraide judiciaire. Cette évolution a pu être motivée dans une large mesure par le fait que la communauté internationale (y compris les organismes régionaux de type GAFI), au cours des dernières décennies, a insisté sur la mise en place de cadres et d'institutions juridiques solides (comme les services de renseignement financier) visant à détecter, saisir et confisquer le produit du crime, y compris au niveau international. On a ainsi abouti à une situation où les cadres juridiques actualisés peuvent être utilisés efficacement pour coopérer avec d'autres États pour les principales infractions établies par la Convention, notamment le blanchiment du produit d'infractions liées à la corruption. Dans le même temps, l'inconvénient, d'après les examinateurs, est que les dispositifs et les instruments normatifs concernant d'autres infractions n'ont souvent pas été mis à jour, ce qui risque de créer un système "à deux vitesses". Cependant, au moment de l'examen, un certain nombre de pays étaient en train d'élaborer des projets de loi sur la coopération internationale en matière pénale qui pourraient fournir un ensemble de règles couvrant de manière homogène toutes les infractions établies par la Convention et d'autres infractions connexes.

Une autre tendance parmi les pays francophones du Groupe des États d'Afrique est que la peine minimale requise aux fins de l'extradition est une peine d'emprisonnement de deux ans, ce qui est supérieur au seuil d'un an fixé par d'autres pays. Certaines infractions établies par la Convention risquent donc de ne pas être considérées comme pouvant donner lieu à extradition. On a toutefois relevé un élément de souplesse dans le domaine de l'extradition: aucun des pays francophones ou lusophones du Groupe des États d'Afrique n'a besoin d'un traité à des fins d'extradition. Une autre caractéristique commune à ces pays est que la nationalité est un motif de refus des demandes d'extradition.

Malgré les différences linguistiques et la diversité des systèmes juridiques au sein du Groupe des États d'Afrique, un certain nombre d'organisations et de conventions panafricaines ou sous-régionales traitant de la corruption et de la coopération internationale en matière pénale jouent, dans une certaine mesure, un rôle fédérateur et incitent au renforcement du dialogue et des échanges. Il s'agit notamment de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, du Protocole contre la corruption de la Communauté de développement de l'Afrique australe, du Protocole de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, du Protocole sur la lutte contre la corruption et l'Organisation de coopération régionale des chefs de police de l'Afrique australe. Certaines de ces initiatives rassemblent des pays anglophones, francophones et lusophones.

Groupe des États d'Asie et du Pacifique

Il est difficile de cerner les tendances au sein du Groupe des États d'Asie et du Pacifique dans son ensemble, principalement parce que les pays du Groupe ont des traditions juridiques et contextes historiques différents et sont parties à de multiples arrangements régionaux. Comme

pour le Groupe des États d'Afrique, une caractéristique commune en matière d'incrimination est le non-établissement de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques, vraisemblablement en raison du fait qu'il n'existe pas d'instrument multilatéral contre la corruption d'agents étrangers au niveau régional. En outre, les pays du Groupe des États d'Asie et du Pacifique risquent d'avoir des problèmes en ce qui concerne la création des infractions de soustraction et de détournement de fonds publics, ainsi que de corruption dans le secteur privé. Ils se heurtent également à des difficultés en ce qui concerne la réinsertion des personnes condamnées pour corruption, la coordination interinstitutions et le renforcement des capacités de mise en œuvre des organes de lutte contre la corruption et des services de détection et de répression. Par contre, ils tendent à prévoir des sanctions plus sévères, certains États appliquant la réclusion à perpétuité, voire la peine de mort pour les affaires les plus graves de corruption, de soustraction ou de "grande corruption".

S'agissant de la coopération internationale, dans un certain nombre de pays d'Asie du Sud et du Sud-Est, l'extradition semble dépendre strictement de l'existence d'un traité (avec des arrangements spéciaux existant uniquement entre pays du Commonwealth) et le rôle de la Convention en tant que base juridique n'est pas expressément reconnu. D'autres caractéristiques communes sont notamment l'absence de lois ou de pratiques en matière de transfert des procédures pénales et, dans plusieurs cas, la position assez stricte adoptée sur la double incrimination s'agissant de l'entraide judiciaire en matière pénale. Le respect de ce principe est généralement requis, que la mesure demandée soit de nature coercitive ou non. En revanche, le secret bancaire ne semble pas être un obstacle à l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire, deux pays confirmant même qu'il est possible de fournir des documents bancaires sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire.

Au sein du Groupe, toutefois, un certain degré d'uniformité a pu être observé. Le facteur de rattachement le plus important semble être l'adoption d'un régime juridique de *common law* par de nombreux États, en particulier en Asie du Sud-Est et dans le Pacifique. Certains de ces pays de *common law* ont des infractions identiques pour certains actes liés à la corruption (par exemple, l'entrave au bon fonctionnement de la justice) et appliquent, afin de faciliter les poursuites, des présomptions réfutables semblables à celles constatées dans les pays du Groupe des États d'Afrique dotés d'un régime de *common law*. C'est le cas par exemple de la présomption d'intention malhonnête de la personne participant à un acte de corruption. Les pays dotés d'un système de *common law* s'appuient parfois aussi sur la notion d'"agent" mentionnée plus haut, qui englobe à la fois des fonctionnaires et des employés du secteur privé, et ils n'ont souvent pas de délai de prescription pour les infractions de corruption.

Un sous-groupe particulièrement homogène est celui des pays insulaires du Pacifique, dont la législation découle de l'utilisation d'un système juridique de *common law*, calqué sur les principes juridiques des États-Unis d'Amérique (anciens territoires sous tutelle de l'ONU en libre association avec les États-Unis) ou du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Dans leur description des infractions de corruption, certains de ces États exigent que l'auteur agisse "de manière corrompue" et incluent généralement dans leur législation une infraction spéciale d'entente délictueuse, qui implique la conclusion d'un accord avec une ou plusieurs autres personnes en vue de commettre une infraction, souvent grave, pour autant qu'il y a eu au moins un acte manifeste. En outre, comme on l'a également constaté dans les pays de *common law* du Groupe des États d'Afrique, la plupart ont établi la responsabilité pénale des personnes morales en considérant toutes les infractions comme applicables aux entités de la même manière qu'elles s'appliquent aux personnes physiques, avec les adaptations nécessaires. Les pays insulaires du Pacifique ont généralement adopté un modèle de poursuite discrétionnaire, ce qui peut aboutir à un allègement de peine, voire à une immunité

de poursuites pour les auteurs d'infractions qui coopèrent. Néanmoins, les sanctions applicables dans ces pays sont généralement considérées comme faibles, et il a été recommandé d'envisager d'augmenter le montant des amendes ou d'étendre les types de sanctions disponibles au-delà des sanctions pécuniaires. D'autres difficultés concernent les mesures limitées ou informelles disponibles pour la protection des témoins et le fait que les pays concernés n'ont souvent pas mis en place des organes ou des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, apparemment en raison des limites imposées par leur petite taille et leur population. Enfin, ces pays respectent rigoureusement le principe de territorialité, d'une manière qui s'écarte des possibilités envisagées dans la Convention.

Dans la plupart des cas, les cadres juridiques régissant l'extradition et l'entraide judiciaire dans les pays insulaires du Pacifique se fondent sur une législation récente. L'un des principaux problèmes semble être le manque général d'expérience pratique en matière de traitement des demandes d'entraide judiciaire et d'extradition. Dans la plupart des pays insulaires du Pacifique, peu d'affaires (voire aucune affaire) (qu'elles soient ou non liées à la corruption) ont été traitées ces cinq dernières années. Les mécanismes du Commonwealth en matière d'extradition et d'entraide judiciaire (tels que le Plan de Londres et le Mécanisme de Harare) sont applicables en principe, mais ne semblent pas être utilisés dans la pratique. Le manque de pratique en matière d'entraide judiciaire pourrait être le résultat de la taille relativement modeste de ces pays et de leurs économies. Il est également possible, du moins dans une certaine mesure, que les voies informelles en matière de détection et de répression soient privilégiées par rapport aux mécanismes d'entraide judiciaire formels et plus lents lorsqu'il s'agit d'échanger des informations et des éléments de preuve concernant les procédures pénales. Cette hypothèse est étayée par le fait que ces pays sont liés par un réseau de mécanismes sous-régionaux de détection et de répression qui comprend le Réseau de lutte contre la criminalité transnationale dans la région du Pacifique, l'Organisation des douanes de l'Océanie, le programme de patrouilleurs du Pacifique et les chefs de police des îles du Pacifique.

Les pays arabophones constituent un deuxième sous-groupe du Groupe des États d'Asie et du Pacifique, avec des caractéristiques spécifiques (que les pays arabophones du Groupe des États d'Afrique partagent parfois). Dans ces pays, les actes de trafic d'influence ne sont généralement érigés en infraction pénale que lorsqu'ils concernent des agents de la fonction publique et l'infraction d'enrichissement illicite n'a en général pas été établie. En outre, la législation de ces pays ne couvre souvent pas les tentatives concernant certaines infractions de corruption (telles que l'entrave à la justice et le trafic d'influence) ou la préparation d'infractions liées à la corruption. En revanche, ces pays ont pris des mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent au moyen d'une législation spécifique; ils ont, en règle générale, établi la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions de corruption; et ils prévoient la possibilité d'accorder l'immunité de poursuites aux auteurs d'infractions de corruption qui coopèrent avec les autorités. En ce qui concerne leur modèle de poursuite, ces pays appliquent généralement le principe de légalité. Leur système de lutte contre la corruption est toutefois entravé par l'absence de mesures visant à assurer l'application effective de l'article 32, sur la protection des témoins, et par l'absence de dispositions qui faciliteraient considérablement la présentation et la prise en compte des avis et préoccupations des victimes pendant la procédure pénale.

En ce qui concerne la coopération internationale, l'une des principales caractéristiques de la plupart des pays arabophones du Groupe (qui est également commune à certains pays arabophones du Groupe des États d'Afrique) est l'absence de législation spécifique sur l'extradition et l'entraide judiciaire. Bien qu'en général, les pays n'exigent pas de traité comme base juridique pour l'extradition (qui peut également être accordée sur la base de la courtoisie et de la réciprocité), peu de dispositions internes (principalement contenues dans les codes pénaux

ou les codes de procédure pénale) semblent réglementer la coopération judiciaire internationale. Par contre, la plupart des pays de ce sous-groupe dépendent fortement des traités bilatéraux et régionaux; il a souvent été fait référence à l'Accord de Riyad sur la coopération judiciaire de la Ligue des États arabes, signé en 1983. Un certain nombre de dispositions fondées sur la Convention, telles que celles relatives aux consultations, aux restrictions limitant l'utilisation de preuves, à la confidentialité et à l'immunité des témoins, ne sont donc pas expressément réglementées dans le droit interne, et le respect de ces dispositions est généralement confirmé par référence à la pratique ou aux dispositions pertinentes figurant dans les traités bilatéraux ou régionaux applicables. Une analyse comparative des examens des pays concernés a également mis en évidence la tendance générale à ne pas extradier les ressortissants et la reconnaissance du principe *aut dedere aut judicare* dans la pratique, en raison de sa codification explicite dans les législations nationales.

Un dernier sous-groupe du Groupe des États d'Asie et du Pacifique regroupe des pays d'Asie centrale et d'Asie de l'Est qui suivent des tendances similaires à celles des États du Groupe des États d'Europe orientale partageant la même histoire et la même tradition (voir ci-après). Ces tendances sont notamment les restrictions portant sur les éléments fondamentaux de l'infraction de corruption (comme l'offre ou la sollicitation d'un pot-de-vin et l'inclusion d'avantages non matériels); le fait d'accorder l'immunité de poursuites aux personnes qui se livrent à des actes de corruption mais qui signalent volontairement ces actes aux autorités, ainsi qu'aux personnes victimes d'extorsion; et le fait de prévoir dans le Code de procédure pénale la suspension temporaire des agents publics accusés de corruption en tant que type de mesure coercitive dont disposent les services de répression dans le cadre d'une enquête pénale.

Groupe des États d'Europe orientale

Le Groupe des États d'Europe orientale est composé des États membres et des États non membres de l'Union européenne. Dans une large mesure, les observations formulées et les tendances soulignées pour les pays du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États s'appliquent aux pays du Groupe des États d'Europe orientale qui sont également des États membres de l'Union européenne (voir ci-après). Comme indiqué plus haut, plusieurs membres du Groupe des États d'Europe orientale ont une législation analogue à celle d'un certain nombre de pays voisins du Groupe Asie-Pacifique. En ce qui concerne l'incrimination, les pays du Groupe des États d'Europe orientale ont généralement établi l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques et ont même tendance à aller au-delà des prescriptions minimales de la Convention, par exemple en ce qui concerne la couverture des pots-de-vin qui ne sont pas versés dans le cadre d'activités commerciales à l'échelle internationale, ou le trafic d'influence à l'égard des agents publics étrangers et des membres d'organisations internationales publiques. Les États en question ont généralement établi l'infraction de corruption dans le secteur privé, en grande partie du fait de l'application de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe et de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

Les États de ce groupe tendent à ne pas faire la distinction entre les actes de détournement de fonds commis dans le secteur public et ceux commis dans le secteur privé, bien que les actes commis par des agents publics soient souvent passibles de peines plus sévères ou entraînent la poursuite d'infractions supplémentaires. L'enrichissement illicite n'a été érigé en infraction pénale que dans trois États du Groupe, même si beaucoup ont tendance à utiliser

des pouvoirs étendus de confiscation comme solution de rechange. En outre, presque tous les pays ont pris des mesures pour ériger le blanchiment d'argent en infraction pénale, généralement dans leur code pénal, et la législation correspondante est généralement conforme à la Convention. Il en va de même pour les infractions d'entrave au bon fonctionnement de la justice, bien que quelques pays connaissent des problèmes concernant, par exemple, les différents moyens utilisés pour empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve. La tendance dominante est également l'établissement d'infractions spéciales sur l'utilisation de moyens coercitifs à l'encontre des agents de la justice et des services de détection et de répression. Dans l'ensemble, les pays du Groupe semblent avoir des régimes d'incrimination relativement solides et complets, même si quelques exceptions ont été relevées concernant, par exemple, la couverture de l'influence "supposée" ou l'exigence d'un certain degré de préjudice ou de dommage causé aux intérêts d'une personne ou de l'État pour que l'abus de fonctions soit considéré comme une infraction pénale. La responsabilité pénale des personnes morales est une caractéristique commune au sein de ce groupe, et les États parties semblent parfois partager des définitions communes, par exemple en ce qui concerne les "organiseurs" (c'est-à-dire les personnes qui ont organisé l'infraction ou en ont supervisé la perpétration, ainsi que les personnes qui ont établi ou supervisé un groupe organisé ou une organisation criminelle), ainsi que la notion de préparation de la commission d'une infraction comme forme de comportement criminel. Au sein du Groupe des États d'Europe orientale, les poursuites sont en principe obligatoires. Enfin, une dernière caractéristique positive concerne la répression et le fait que les pays concernés disposent de programmes de protection des témoins adéquats, parfois vastes et progressifs, souvent dans des textes législatifs distincts, grâce aux efforts déployés pour se conformer aux dispositions des instruments régionaux¹⁰⁹.

S'agissant de la coopération internationale en matière pénale, tous les États de ce groupe, qu'ils soient ou non membres de l'Union sont membres du Conseil de l'Europe, ce qui constitue un important facteur de rattachement. La transposition, dans la législation nationale, des dispositions de plusieurs traités du Conseil de l'Europe relatifs à l'extradition et à l'entraide judiciaire a, au fil des ans, permis un degré élevé d'homogénéité. En outre, dans une large mesure, la mise en œuvre de l'acquis du Conseil de l'Europe dans ce domaine a aidé les pays à appliquer les dispositions de la Convention contre la corruption. Il en va de même pour le transfèrement des personnes condamnées et le transfert des procédures pénales, qui ont fait l'objet de deux accords spécifiques du Conseil de l'Europe.

Fait important, un grand nombre de pays appartenant à ce groupe sont dotés d'une législation relativement récente sur la coopération internationale. Cette législation, qui fournit les bases pour l'application du chapitre IV de la Convention, contient généralement des dispositions détaillées normalement absentes des lois plus anciennes, par exemple concernant l'obligation de consulter les pays requérants. Dans un certain nombre de cas, la nouvelle législation précise que les demandes d'extradition et d'entraide judiciaire ne peuvent être rejetées pour des raisons financières. Cette approche contraste avec l'approche plus "traditionnelle" adoptée par d'autres pays, qui ne confirment le respect de la Convention qu'indirectement, en faisant valoir que les motifs financiers ne sont pas mentionnés dans les lois internes et ne peuvent donc pas être considérés comme des obstacles à la coopération internationale. Une autre tendance est que la transmission spontanée d'informations fait souvent l'objet de dispositions législatives spécifiques. On peut ainsi établir clairement la distinction entre un certain nombre de pays de ce groupe et la grande majorité des autres pays examinés, qui confirment

¹⁰⁹Ces instruments régionaux sont les suivants : a) Résolution du Conseil de l'Union européenne du 23 novembre 1995 relative à la protection des témoins dans le cadre de la lutte contre la criminalité internationale organisée; b) Recommandation n° R (97) 13 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États Membres, sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense; et c) Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil de l'Union européenne relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales.

généralement dans la pratique le respect du paragraphe 4 de l'article 45 de la Convention. La plupart des pays du Groupe incluent également, parmi les infractions passibles d'extradition, les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an, ce qui représente un seuil inférieur à celui fixé par les pays appartenant à d'autres groupes régionaux. En ce qui concerne l'application de la disposition de la Convention relative au "traitement équitable" (art. 44, par. 14), ces pays s'appuient, entre autres, sur la Convention européenne des droits de l'homme et sur la jurisprudence établie par la Cour européenne des droits de l'homme. L'existence d'un traité n'est généralement pas une condition préalable à l'extradition et la Convention peut être utilisée comme base légale pour l'extradition. En ce qui concerne les instances d'enquêtes conjointes, les pays ont mis en place des cadres juridiques pertinents et ont pour habitude de les utiliser, mais dans la plupart des cas pas pour des infractions liées à la corruption.

Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes

Si la grande majorité des pays appartenant au Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes ont adopté un système de droit civil, une minorité d'entre eux, en particulier dans la région des Caraïbes, ont adopté un régime de *common law*. Les examens ont révélé que, dans certains pays du Groupe, le même verbe (*ofrecer*) est utilisé pour désigner à la fois le fait d'offrir et de promettre (un pot-de-vin). Bien que la plupart des États d'Amérique latine et des Caraïbes aient érigé en infraction pénale la corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques, ils ne l'ont généralement fait que pour la corruption active. Les pays de ce groupe sont également moins susceptibles d'avoir érigé en infraction pénale le trafic d'influence et la corruption dans le secteur privé et tendent à ne pas couvrir les actes préparatoires pour les infractions liées à la corruption. En revanche, les pays du Groupe semblent les plus disposés à adopter une législation visant l'infraction d'enrichissement illicite, probablement compte tenu de l'application de la Convention interaméricaine contre la corruption. Ils tendent également à prévoir l'extension du délai de prescription à des niveaux satisfaisants, beaucoup d'entre eux ayant par exemple adopté une législation similaire novatrice concernant la suspension du délai pertinent pour la période durant laquelle le fonctionnaire impliqué exerce ses fonctions. En ce qui concerne les poursuites, les États du Groupe tendent à appliquer le principe de légalité, soit en général, soit spécifiquement pour les infractions liées à la corruption. Bien qu'ils se heurtent souvent à des lacunes en ce qui concerne le type de biens soumis au gel, à la saisie et à la confiscation, certains d'entre eux prévoient que le produit de l'infraction, une fois confisqué, est alloué à des fonds spéciaux visant à lutter contre la criminalité organisée ou est utilisé pour financer des programmes de prévention, de traitement et de réadaptation de la toxicomanie. Dans le même contexte, compte tenu de l'expérience acquise dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, de nombreux pays tendent à disposer de mesures adéquates de protection et de réinstallation des témoins. Toutefois, d'un point de vue juridictionnel, plusieurs pays n'ont pas encore établi le principe de territorialité active.

En ce qui concerne la coopération internationale, les pays de droit civil, en particulier, ont tendance à régler les questions d'extradition et d'entraide judiciaire au moyen de dispositions éparpillées dans leur constitution, leur code pénal et leur code de procédure pénale. En général, la législation nationale ne traite pas un certain nombre de questions visées par la Convention, notamment les motifs de refus des demandes d'entraide judiciaire, la règle relative à la limitation de l'utilisation des éléments de preuve dans les procédures d'entraide judiciaire, les consultations préalables au refus des demandes, la clause antidiscrimination et l'immunité des témoins. Toutefois, dans plusieurs pays, l'absence de législation nationale

semble directement compensée par la capacité et la volonté confirmées d'appliquer directement les dispositions de la Convention. Cela étant, cette application directe demeure souvent théorique et ne se concrétise pas dans la pratique. La grande majorité des pays du Groupe disposent de cadres juridiques, que ce soit par le truchement de conventions bilatérales ou de cadres juridiques régionaux, régissant le transfèrement des personnes condamnées; plusieurs d'entre eux ont ratifié la Convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées. La plupart d'entre eux n'exigent pas l'existence d'un traité aux fins d'extradition. Dans l'ensemble, un nombre important de pays ont adopté des approches souples à plusieurs égards. Ils peuvent ainsi fournir une entraide judiciaire aux personnes morales, même si certains ne reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes morales dans le cadre de procédures nationales. Presque tous les pays du Groupe ont confirmé qu'ils pouvaient accepter les demandes d'entraide judiciaire par des moyens informels (y compris oralement et par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL)). On notera également que trois pays du Groupe vont au-delà des prescriptions de la Convention, car ils ne soumettent pas ces demandes à la condition de la double incrimination, que les mesures soient coercitives ou non.

On a constaté que dans la plupart des États d'Amérique centrale, le recours à des techniques d'enquête spéciales était limité dans le cadre des enquêtes sur la criminalité organisée et/ou les infractions de blanchiment d'argent. Cela signifie que ces techniques ne peuvent être utilisées pour enquêter sur des infractions de corruption que si les infractions sont commises par des groupes criminels organisés ou lorsqu'elles sont considérées comme des infractions principales de blanchiment d'argent.

La plupart des pays insulaires du Groupe qui ont adopté un régime de *common law* ont la possibilité d'utiliser des instruments du Commonwealth (comme le Mécanisme de Harare et le Plan de Londres), qui les relient directement aux pays du Commonwealth à l'extérieur de la région. Leur adhésion à des instruments régionaux, tels que la Convention interaméricaine contre la corruption et la Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale, leur permet aussi de coopérer avec les pays de la même région dotés de stratégies et de systèmes juridiques différents.

Groupe des États d'Europe occidentale et autres États

Le Groupe des États d'Europe occidentale et autres États comprend le plus large éventail de traditions juridiques, de sorte qu'il est difficile de cerner les points communs. Toutefois, comme dans le cas du Groupe des États d'Europe orientale, la portée et les modalités de la mise en œuvre de la Convention sont fortement influencées par l'adhésion au Conseil de l'Europe et à l'Union européenne. Les États parties qui sont également membres de l'Union européenne disposent d'une législation anticorruption bien développée dans certains domaines et disposent notamment, par exemple, de règles et de lignes directrices claires sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer si un avantage doit être considéré comme "indu".

Les pays du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États ont probablement établi l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques, et semblent aussi assurer la mise en œuvre effective de la législation: c'est dans ce groupe qu'on a enregistré le plus grand nombre d'enquêtes, de poursuites et de condamnations. Ces pays sont aussi les plus susceptibles d'avoir établi l'infraction de corruption dans le secteur privé, parce qu'ils ont mis en œuvre (comme les pays du Groupe des États d'Europe orientale) les instruments pertinents du Conseil de l'Europe et de l'Union

européenne. En outre, presque tous les États du Groupe ont établi la responsabilité pénale des personnes morales et ont pris des mesures pour ériger le blanchiment d'argent en infraction pénale, généralement dans leur code pénal. Cependant, l'infraction d'enrichissement illicite semble généralement poser problème, comme en témoigne le fait qu'aucun des pays du Groupe n'a reconnu le concept correspondant, souvent en raison de restrictions d'ordre constitutionnel et de la violation apparente de la présomption d'innocence. De nombreux pays ont tendance à recourir à des solutions de remplacement telles que des pouvoirs élargis de confiscation ou des mécanismes de confiscation sans condamnation. Enfin, comme les pays du Groupe des États d'Europe orientale, les pays du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États ont généralement mis en place des programmes de protection et de relocalisation des témoins et ont généralement adopté une législation sur la protection des lanceurs d'alerte. Toutefois, aucun groupe d'États n'a mis en place de mécanisme entièrement satisfaisant pour l'application de l'article 33 de la Convention (Protection des personnes qui communiquent des informations).

La Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil de l'Union européenne relative au mandat d'arrêt européen a été un important facteur de cohésion et a suscité un élan en faveur d'une plus grande homogénéité en ce qui concerne la coopération internationale en matière pénale. Cet instrument a effectivement remplacé les procédures d'extradition entre États membres de l'Union européenne en éliminant de facto le contrôle politique sur la procédure de remise pour un grand nombre d'infractions, y compris les infractions liées à la corruption. En outre, en vertu du cadre juridique du mandat d'arrêt européen, le principe de double incrimination a été supprimé pour un ensemble de 32 infractions, y compris les infractions liées à la corruption punissables dans l'État membre d'émission par une peine privative de liberté ou une mesure de sûreté d'au moins trois ans, telles que définies par le droit de l'État membre d'émission.

Le Groupe est généralement caractérisé par la présence de multiples niveaux de coopération. Il dispose de plusieurs cadres institutionnels pour la coopération en matière de répression, notamment l'Office européen de police (Europol), l'Office européen de lutte antifraude de la Commission européenne et de l'acquis de Schengen. Sur le plan géographique, un sous-groupe de pays nordiques est lié par des accords de coopération étroite, y compris le Mandat d'arrêt nordique et la Coopération policière et douanière des pays nordiques. La majorité des pays appartenant au Groupe des États d'Europe occidentale et autres États se démarquent également par leur utilisation de la vidéoconférence comme pratique courante dans le cadre de l'entraide judiciaire (art. 46, par. 18), et l'existence de plusieurs bases légales et de cadres opérationnels pour l'établissement d'instances d'enquête conjointes, y compris la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et son deuxième Protocole additionnel. Par rapport aux pays d'autres groupes, les pays du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États semblent recourir davantage aux instances d'enquête conjointes pour les infractions liées à la corruption.

Conclusion

Il ressort de la présente étude que ces dernières années, la majorité des États parties ont pris des mesures pour faire évoluer leur cadre juridique relatif à la lutte contre la corruption, ce qui a permis de réaliser des progrès considérables en direction des objectifs énoncés à l'article 1 de la Convention, tout au moins pour ce qui touche à l'incrimination de la corruption, à la détection et la répression et à la coopération internationale. Comme cela a été observé lors des examens de l'application, la lutte contre la corruption est une des principales priorités des pouvoirs publics dans de nombreux États parties, et d'importantes ressources y sont consacrées. De nombreux pays ont effectué à la fois des modifications législatives et des réformes structurelles qui ont produit des régimes d'incrimination cohérents et largement harmonisés et eu des répercussions concrètes sur les mesures de détection et de répression d'un point de vue législatif et réglementaire, sur les actes d'accusation et les condamnations, y compris dans des affaires de corruption de haut niveau, ainsi que sur la mise en place de réseaux de coopération efficaces aux fins de l'extradition, de l'entraide judiciaire et de la détection et la répression transnationales. Des représentants du secteur privé et d'organisations de la société civile, en particulier, ont fait observer que le nombre d'enquêtes et de poursuites engagées pour des actes de corruption avait augmenté ces dernières années dans leur pays, mais qu'il fallait redoubler d'efforts pour que ce cadre juridique soit mis en œuvre plus systématiquement et plus efficacement. À cet égard, il apparaît que la Convention contribue déjà de façon déterminante à stimuler les réformes et demeure une base fondamentale pour la mise en place de systèmes efficaces de lutte contre la corruption.

Il convient de souligner que le Mécanisme d'examen de l'application et le travail du Groupe d'examen de l'application semblent contribuer, de manière additionnelle, à faire évoluer le contexte de la lutte contre la corruption à travers le monde. D'une part, ils incitent de nouveaux États à ratifier la Convention ou à y adhérer; d'autre part, ils soutiennent les efforts déployés en vue de promouvoir l'application de la Convention à l'échelon national, en suscitant ou en facilitant la tenue de vastes consultations entre les diverses institutions compétentes au sujet des réformes à mener dans les domaines législatif et institutionnel, soit avant la réalisation des examens de pays, soit pour donner suite à leurs conclusions¹¹⁰. Les États parties se sont félicités des examens de pays, qui leur ont donné l'occasion d'instaurer une coordination au niveau national et de la renforcer, indiquant qu'ils y voyaient l'un des principaux résultats de leur participation au Mécanisme. Ils ont estimé que cette coordination était essentielle pour donner suite aux conclusions et observations des rapports d'examen. Pour concevoir leurs réformes, plusieurs États parties se sont inspirés des enseignements tirés dans d'autres pays, tels qu'ils ressortent des examens, et ont consulté les résumés analytiques ainsi que les rapports d'examen de pays accessibles au public¹¹¹. Tout laisse à penser, par ailleurs, que les nombreux débats d'idées et échanges d'informations entre experts gouvernementaux dans le

¹¹⁰Voir, par exemple, la note du Secrétariat intitulée "Évaluation de la performance du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption" (CAC/COSP/2015/6), par. 9 à 17; le Rapport de la Conférence des États parties sur les travaux de sa sixième session (CAC/COSP/2015/10), par. 34, 35, 53 et 54; le Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de sa septième session (CAC/COSP/IRG/2016/9), par. 64 à 68; le Rapport du Groupe sur les travaux de la reprise de sa septième session (CAC/COSP/IRG/2016/9/ Add.1), par. 35 et 37 à 47; et la note du Secrétariat intitulée "Bonnes pratiques et expériences des États parties et mesures pertinentes prises par ces derniers après la réalisation des examens de pays, y compris en ce qui concerne l'assistance technique" (CAC/COSP/IRG/2016/12).

¹¹¹Voir le Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de la reprise de sa sixième session (CAC/COSP/IRG/2015/5/Add.1), par. 12.

cadre de ces examens leur ont donné un aperçu unique des bonnes pratiques adoptées par d'autres États et ont contribué à dédramatiser et à dépolitiser la question de la corruption¹¹², mais aussi à dissiper certains doutes quant à la manière d'aborder diverses questions en lien avec les prescriptions matérielles de la Convention. Cette coopération est facilitée par les activités de l'ONUDC, qui a aidé les États parties à lier les recommandations du premier cycle du Mécanisme d'examen de la mise en œuvre à l'élaboration de stratégies de lutte contre la corruption ou de plans d'action destinés à donner suite aux recommandations issues des examens¹¹³.

Toutefois, des problèmes importants subsistent. Il s'agit aussi bien de problèmes fondamentaux, comme des erreurs manifestes décelées dans la traduction de la Convention dans des langues autres que les langues officielles de l'ONU ou des difficultés d'ordre pratique découlant d'un manque d'expérience, de ressources ou de formation, que de problèmes techniques plus complexes liés à la formulation des dispositions relatives à l'incrimination ou à l'incorporation d'éléments particuliers dans des procédures sophistiquées.

Les lacunes et divergences sont plus flagrantes en ce qui concerne l'application du chapitre III de la Convention. Comme cela est décrit plus en détail dans les observations générales de la première partie de la présente étude, la Convention a eu, en matière d'application, de larges effets, avec des résultats significatifs en termes d'incrimination et de répression. Cependant, étant donné que dans ce domaine, les États parties doivent, pour satisfaire aux dispositions pertinentes, mettre en place un arsenal de mesures bien plus large et plus varié, des problèmes plus ou moins importants ont été recensés concernant l'application de l'ensemble des dispositions de ce chapitre. On trouvera ci-dessous un récapitulatif des principaux défis à relever¹¹⁴.

S'agissant de l'incrimination, le problème majeur concerne l'application insatisfaisante des dispositions contraignantes de la Convention. On notera en particulier que: le champ d'application du terme "agent public" connaît parfois des restrictions, notamment pour ce qui touche aux membres des assemblées parlementaires nationales; l'incrimination de la corruption d'agents publics nationaux comporte parfois des lacunes en ce qui concerne, par exemple, les avantages immatériels, les tiers bénéficiaires et les actes indirects (art. 15); la corruption active d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques n'est pas systématiquement incriminée et la législation en vigueur semble parfois inefficace dans ce domaine (art. 16, par. 1); les lois qui visent le blanchiment du produit du crime comportent des lacunes et des insuffisances techniques et les autorités compétentes manquent parfois de moyens pour faire respecter les dispositions y relatives (art. 23); de nombreuses restrictions ont été observées au niveau national en ce qui concerne l'incrimination de l'entrave au bon fonctionnement de la justice, y compris une fragmentation excessive de la législation applicable (art. 25); et l'application, dans la pratique, des mesures permettant d'établir la responsabilité des personnes morales est parfois insuffisante (art. 26).

¹¹²Note élaborée par le Secrétariat, intitulée "Traduire les engagements pris en résultats: impact du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption" (CAC/COSP/2013/14), par. 3. Voir également les paragraphes 2, 4, 19 et 24 à 26 de ce document.

¹¹³Voir, par exemple, le document d'information établi par le Secrétariat sur l'application de la résolution 5/4 de la Conférence, intitulée "Suivi de la déclaration de Marrakech en faveur de la prévention de la corruption" (CAC/COSP/2015/8), par. 14.

¹¹⁴Voir également le document de travail établi par le Secrétariat sur l'élaboration d'un ensemble de recommandations non contraignantes et de conclusions fondées sur les enseignements tirés de l'application des chapitres III et IV de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CAC/COSP/IRG/2017/3); et le Rapport thématique établi par le Secrétariat sur l'application du chapitre III de la Convention (CAC/COSP/IRG/2016/6).

Les problèmes constatés dans l'application des dispositions non contraignantes relatives à l'incrimination sont moins marqués mais tout aussi répandus. On retiendra en particulier que: très peu d'États ont érigé en infraction la corruption passive d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (par. 2 de l'art. 16); les États parties se heurtent à des difficultés d'ordre technique et méthodologique lorsqu'il s'agit d'incorporer le trafic d'influence, qui est une infraction complexe, dans leur législation nationale (art. 18); l'enrichissement illicite n'est pas incriminé (art. 20), ce qui est souvent attribué, toutefois, aux garanties constitutionnelles et aux limitations légales en vigueur; et l'incrimination de la corruption dans le secteur privé se heurte encore à plusieurs obstacles (art. 21), y compris un souci apparent des autorités nationales de protéger le secteur public.

En ce qui concerne les mesures contraignantes visant à améliorer la justice pénale, les principaux problèmes rencontrés concernent: les prescriptions impératives relatives à l'adoption de sanctions adéquates et cohérentes pour les infractions de corruption (art. 30, par. 1); la réalisation et le maintien d'un équilibre approprié entre, d'une part, toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés aux agents publics et, d'autre part, la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la Convention (art. 30, par. 2); l'adoption de mesures pour permettre la confiscation de tous types de produits tirés d'infractions au titre de la Convention, ainsi que l'identification, la localisation, le gel ou la saisie d'avoirs (art. 31, par. 1 et 2); l'adoption de mesures pour réglementer efficacement l'administration des biens gelés, saisis ou confisqués (art. 31, par. 3); et la mise en place des cadres normatifs adéquats pour assurer la protection des témoins, des experts et des victimes (art. 32).

Les principaux problèmes qui se posent s'agissant des dispositions non contraignantes de la Convention sont les suivants: l'insuffisance des mesures visant à interdire aux personnes condamnées d'exercer une fonction publique ou une fonction dans des entreprises dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire (art. 30, par. 7); lorsqu'il s'agit d'établir l'origine licite de biens confisqués, l'absence de renversement de la charge de la preuve, notamment en raison de garanties constitutionnelles et de limitations légales (art. 31, par. 8); et l'insuffisance des cadres normatifs visant à garantir la protection des personnes qui communiquent des informations (art. 33).

En matière de détection et de répression, les problèmes concernent surtout: le manque d'efficacité, d'expertise, de moyens et d'indépendance des autorités spécialisées (art. 36); l'insuffisance des mesures visant à promouvoir la coopération avec les services de détection et de répression (art. 37); et le manque de coordination et d'échanges d'informations entre les institutions, en particulier les organismes chargés de lutter contre la corruption (art. 38).

On trouve, dans diverses sections de la présente étude, des suggestions visant à remédier aux lacunes observées, qui avaient également été formulées dans le cadre des examens de pays et qui sont assorties d'observations explicatives et de commentaires interprétatifs; y figurent également, le cas échéant, des exemples de bonnes pratiques et des exemples d'application. Dans de nombreux cas, il a été recommandé aux États parties d'adopter de nouvelles dispositions et mesures législatives et, dans le contexte des réformes juridiques en cours, d'envisager de renforcer la législation en vigueur et d'adopter un cadre législatif distinct portant spécifiquement sur les questions de corruption, ou encore des mesures d'accompagnement en matière de lutte contre la corruption, telles que les mesures relatives à la protection des témoins et des personnes qui communiquent des informations. Les États parties sont invités à poursuivre ces réformes de manière à éviter les chevauchements et les contradictions et à garantir, dans la pratique, une application et une interprétation cohérentes. On notera toutefois que, dans le cadre de certains examens, en particulier lorsqu'il s'agit de dispositions non

contraignantes de la Convention (par exemple, art. 20 et art. 31, par 8), il est souvent admis que les États parties puissent choisir de ne pas appliquer ces dispositions après mûre réflexion. Ainsi, les rapports d'examen se contentent de décrire la législation en vigueur, mais ne contiennent aucune proposition quant aux modifications à y apporter¹¹⁵.

Il convient de souligner qu'en raison de la vaste portée du processus d'examen (tout au moins par comparaison avec les autres mécanismes d'examen internationaux) et de la grande diversité des questions couvertes à cette occasion, il n'a pas toujours été possible, pour des raisons pratiques, d'évaluer l'ensemble des dispositions du chapitre III de manière approfondie. Souvent, certains pays ne fournissaient pas d'informations complètes, en particulier lors des premiers examens. Ainsi, certaines dispositions, telles que celles figurant aux paragraphes 4, 5 et 10 de l'article 30, au paragraphe 5 de l'article 32 et à l'article 42, ainsi que les dispositions ne relevant pas essentiellement du droit pénal des articles 34 et 35, sont sous-représentées et semblent ne pas avoir bénéficié du même degré d'attention que les dispositions jugées plus importantes. En revanche, il convient de noter que l'amélioration continue de la qualité des rapports d'examen de pays, dont le champ s'élargit progressivement pour couvrir un nombre croissant de questions secondaires et de domaines d'intérêt, y compris la mise en œuvre pratique des dispositions internes, témoigne de la crédibilité et de l'efficacité croissantes du Mécanisme d'examen de l'application.

De nombreuses recommandations ont été formulées, en particulier dans le contexte des articles 23, 32, 36 et 38, au sujet de l'allocation des ressources et des capacités pratiques des organismes et institutions chargés de lutter contre la corruption. Les enquêtes relatives à la corruption posent des défis particuliers, non seulement du fait de la nature secrète de cette activité criminelle et des difficultés liées à l'obtention d'éléments de preuve auprès des parties concernées, mais aussi en raison de la complexité inhérente et des aspects financiers probables de nombreuses activités connexes. Aussi importe-t-il de s'attaquer aux problèmes de capacité et de garantir que les autorités qui combattent la corruption disposent de ressources humaines et financières suffisantes et soient indépendantes et efficaces sur le plan opérationnel, mais aussi de promouvoir la coopération dans le domaine de la détection et de la répression et la coordination interinstitutions¹¹⁶. Pour améliorer le degré d'application des dispositions applicables, il faut également que les enquêtes et les poursuites en matière de corruption aient la priorité par rapport à celles relatives à d'autres formes de comportement criminel.

Un autre problème transversal observé concernant l'application du chapitre III est le fait que de nombreux pays ne disposent pas, semble-t-il, de statistiques pertinentes ni d'un corpus de jurisprudence concernant les enquêtes et les poursuites relatives à des infractions de corruption, y compris les sanctions prononcées et les avoirs confisqués. Bien que certaines données puissent être fournies par des autorités nationales ou au sujet d'infractions données, les méthodes utilisées et les types de données collectées varient d'un organisme à l'autre, les informations ne sont pas ventilées par type d'infraction et aucun mécanisme central n'a été mis en place pour permettre l'accès à ces données. Comme l'ont montré plusieurs examens, il est important de disposer d'informations concrètes sur les pratiques d'application pour pouvoir évaluer l'efficacité des mesures en vigueur, coordonner sur le plan opérationnel les actions des organismes chargés de lutter contre la corruption, élaborer des stratégies appropriées de prévention de la criminalité et de justice pénale et prendre des mesures concertées pour faire progresser la réalisation des objectifs de la Convention. C'est pourquoi les États parties devraient s'efforcer de promouvoir le regroupement, l'accessibilité et l'analyse

¹¹⁵Voir également l'aperçu thématique des recommandations relatives à l'application des chapitres III et IV de la Convention (document CAC/COSP/IRG/2014/10, par. 4).

¹¹⁶Ibid., par. 14 et 15.

scientifique des données statistiques (par exemple, au moyen de la saisie directe, par les tribunaux et les services de détection et répression, de chiffres sur les affaires pénales dans une base de données électronique gérée par le service des statistiques du Ministère de la justice), de façon à mettre davantage en évidence les problèmes d'ordre pratique se posant en matière de détection et de répression et à améliorer l'évaluation de l'application. Il est intéressant de noter que l'un des sous-produits positifs de la réalisation d'un examen de pays a été la mise en place ou le renforcement, dans plusieurs États, de systèmes nationaux de collecte de données et de statistiques¹¹⁷.

Enfin, les États parties qui ne l'ont pas encore fait devraient envisager d'élaborer un système rendant les jugements relatifs à l'application des dispositions de la Convention accessibles au public dans les meilleurs délais, car cela permettrait de mieux comprendre pourquoi certaines procédures judiciaires visant à lutter contre la corruption ont abouti et d'autres ont échoué. Ils devraient, par ailleurs, constituer un corpus de jurisprudence que les juristes pourraient consulter lorsqu'ils ont à traiter des affaires de corruption. Cela permettrait d'accroître l'efficacité des poursuites et de renforcer la cohérence du traitement judiciaire de ces affaires. La transparence des procédures judiciaires s'en trouverait, en outre, améliorée, ce qui peut avoir une incidence positive sur l'idée que se fait le public de l'ampleur de la corruption dans les institutions judiciaires et les organismes de détection et de répression¹¹⁸. Par ailleurs, des États parties pourraient souhaiter suivre l'exemple de certains pays et mettre en place des processus consultatifs qui comprendraient un examen d'ensemble visant à améliorer l'efficacité des systèmes anticorruption de manière à élaborer un plan d'action national de vaste portée en matière de lutte contre la corruption. Ce plan d'action pourrait contribuer, entre autres grands objectifs, à définir les moyens et mesures à mettre en œuvre pour remédier aux retards pris dans les enquêtes et les procédures judiciaires, qui sont susceptibles de saper les efforts entrepris pour faire reculer les infractions de corruption.

L'examen de l'application du chapitre IV de la Convention ne donne pas tout à fait les mêmes résultats. Pour un grand nombre d'États parties, l'application des dispositions du chapitre IV a été facilitée par le caractère auto-applicable des principales dispositions et leur applicabilité directe par les autorités compétentes de l'État. Cela a sans aucun doute offert aux États parties l'avantage objectif de réduire la nécessité d'engager des processus normatifs internes souvent longs et incertains en transférant substantiellement la tâche d'appliquer les dispositions de la Convention aux pouvoirs exécutif et judiciaire. Cette approche moniste, cependant, présente ses propres inconvénients, y compris la nécessité de surmonter ce que l'on pouvait encore considérer comme un manque de connaissances d'un certain nombre de praticiens. Souvent, par exemple, la conclusion d'accords ou d'arrangements de coopération bilatéraux ou multilatéraux n'en garantissait pas l'application dans la pratique. Ainsi, dans un rapport de pays, il a été souligné que les accords existants devaient être communiqués aux autorités compétentes de toutes les parties et qu'il fallait faire valoir leur importance pour en obtenir progressivement l'activation dans la pratique. En ce sens, il est essentiel de veiller à ce que tous ceux qui jouent un rôle institutionnel à différents niveaux et stades du processus de justice pénale (organismes d'application de la loi, procureurs, juges, etc.) appliquent la Convention directement de manière généralisée. Ce problème n'étant pas propre à la Convention contre la corruption, mais étant également observé en ce qui concerne l'application d'autres conventions telles que la Convention contre la criminalité organisée, la question pourrait être traitée de manière intersectorielle, par exemple en utilisant les moyens de

¹¹⁷CAC/COSP/2015/6, par. 9 et 14.

¹¹⁸Pour de plus amples renseignements sur la question générale de l'accès du public aux décisions judiciaires et autres informations concernant les tribunaux, se reporter à ONUDC, *Guide de ressources sur le renforcement de l'intégrité et des capacités de la justice* (Vienne, 2011), chap. V, sect. 3.

renforcement des capacités des organismes nationaux et internationaux d'assistance technique de manière plus synergique. Un objectif important, pour les années à venir, pourrait alors être de familiariser davantage les spécialistes de la justice pénale avec les mécanismes fondés sur la Convention et de promouvoir une culture de prise en compte de ces mécanismes en tant que référence standard dans le traitement quotidien des affaires de corruption transnationale. Il est encourageant de constater que 21 États parties ont indiqué avoir présenté et/ou reçu au moins une demande d'entraide judiciaire fondée sur la Convention.

De manière générale, certains cadres juridiques envisagés dans la Convention restent peu utilisés. Par exemple, presque aucun pays n'a utilisé la possibilité d'accorder l'extradition de ses ressortissants à condition que la personne recherchée soit renvoyée aux fins d'exécution de la peine dans le pays dont elle a la nationalité (art. 44, par. 12). De même, on connaissait ou pratiquait peu l'exécution d'une peine étrangère lorsque l'extradition était refusée en raison de la nationalité de la personne recherchée (art. 44, par. 13). D'autres mécanismes juridiques semblaient être employés plus fréquemment, mais pas en ce qui concernait des infractions liées à la corruption. Dans l'ensemble, les pays possédaient une législation sur les techniques d'enquête spéciales et pouvaient recourir à ces dernières, mais celles-ci étaient plus souvent utilisées pour enquêter sur la criminalité organisée et le trafic de drogues que sur des infractions de corruption. Les accords sur l'utilisation de telles techniques à la demande de pays étrangers étaient encore plus rares. Dans une large mesure, le recours limité aux techniques d'enquête spéciales peut être attribué au caractère particulièrement intrusif de certaines d'entre elles et à la tendance générale qu'ont les pays à les réserver à ce qu'ils considèrent être les crimes les plus graves. Dans le même temps, l'utilisation de ces techniques pourrait aider à recueillir des preuves sur des éléments d'infractions de corruption difficiles à prouver. De même, la majorité des équipes d'enquête conjointes semblaient avoir été créées pour combattre le trafic de drogues et les infractions liées à la criminalité organisée. Cela peut s'expliquer en partie par le fait que de telles équipes ont été envisagées dans la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988, qui a précédé de 15 ans l'entrée en vigueur de la Convention contre la corruption, et que les pays pouvaient donc naturellement se prévaloir d'une plus grande expérience du recours à des équipes d'enquête conjointes pour le trafic de drogues que pour les infractions liées à la corruption.

Dans le même temps, un certain nombre de principes de coopération internationale consacrés par la Convention semblent bien ancrés dans la pratique des États. Par exemple, alors qu'il y a une dizaine d'années encore, le principe de la double incrimination était interprété de manière plutôt formaliste par un certain nombre de pays, il a été invariablement admis, ces dix dernières années, qu'il fallait le considérer comme respecté si le comportement sous-jacent était incriminé à la fois dans l'État requérant et dans l'État requis. Les pays adoptent donc une approche axée sur le fond plutôt que sur la dénomination officielle ou la catégorisation de l'infraction en question. De même, la grande majorité des parties avaient appliqué le concept et le fonctionnement du principe *aut dedere aut judicare*. Il n'a toutefois pas été possible de préciser, lors des examens, la mesure dans laquelle les parties poursuivaient effectivement au lieu d'extrader.

Lors de nombreux examens, il a été noté qu'il existait, pour la coopération internationale, des cadres juridiques solides et bien articulés, qu'il avait été conclu une série notable de traités bilatéraux et multilatéraux d'extradition et d'entraide judiciaire, et qu'il avait été créé de vastes réseaux destinés à faciliter, entre les États, la détection et la répression des infractions liées à la corruption. Certains de ces cadres avaient été adoptés récemment, en particulier (mais pas exclusivement) dans le domaine de l'entraide judiciaire. Lorsque c'était le cas, les lois et règlements tendaient à refléter plus précisément les exigences de la Convention que les

instruments plus anciens. Par exemple, à la différence d'instruments législatifs précédents, il était parfois expressément indiqué que les lois relatives au secret bancaire ne pouvaient être invoquées pour rejeter une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire. En outre, les lois d'application récemment adoptées comportaient souvent des dispositions explicites concernant l'obligation de consulter les autorités étrangères et celle, générale, de les tenir informées des progrès accomplis dans l'exécution des demandes reçues.

Dans l'ensemble, les examens ont fait apparaître une tendance à la convergence entre des pays de traditions juridiques, de langues ou de zones géographiques différentes. Il importe de noter que plusieurs pays de *common law* avaient assoupli leurs normes de preuve dans les procédures d'extradition, reconnaissant que la charge de la preuve, pour les pays requérants, était excessive. Lors d'un examen, il a été fait observer que "ce qui prend le plus de temps, c'est la préparation des documents liés à la preuve *prima facie* qui doit être démontrée". La disposition croissante des parties à faciliter le dialogue entre États s'est également manifestée par le fait qu'au moins 34 pays non anglophones pouvaient officiellement accepter des demandes d'entraide judiciaire présentées en anglais (entre autres langues). En outre, adhéraient à des traités élaborés par certains groupes régionaux un grand nombre d'États qui n'appartenaient pas à ces groupes. La Convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées en est un bon exemple, 19 des parties à la Convention n'étant pas membres du Conseil.

Nonobstant ce qui précède, il subsistait d'importants clivages qui semblaient résulter principalement de disparités technologiques et financières entre les parties. Un certain nombre de difficultés semblaient d'ordre opérationnel. En dépit du fait que de nombreux pays disposaient d'un large éventail d'outils normatifs et pratiques pour répondre aux exigences de la Convention en matière de coopération dans le domaine de l'application des lois, ainsi que d'une vaste expérience de l'utilisation de ces outils, les parties dont l'appareil policier présentait des faiblesses connaissaient d'importantes difficultés. La capacité de certains pays à coopérer était entravée par des difficultés de coordination interinstitutions, ainsi que par des ressources humaines limitées et des capacités technologiques et institutionnelles insuffisantes. La vidéoconférence, exemple caractéristique d'outil largement reconnu comme essentiel pour faciliter l'entraide judiciaire, car il allège le fardeau associé aux transferts physiques de témoins, n'était cependant toujours pas utilisé par plusieurs pays faute de matériel et de compétences techniques. Dans le même ordre d'idées, certaines parties ont évoqué le manque de personnel qualifié pour utiliser des techniques d'enquête spéciales, en particulier celles faisant appel à des technologies de surveillance complexes, le manque d'équipement et de ressources pour recueillir des preuves électroniques dans les affaires de corruption, et la méconnaissance des techniques de pointe. De même, il n'existait pas, dans certains pays, de systèmes modernes et informatisés de gestion des affaires, qui, dans d'autres, rationalisaient le traitement des procédures d'extradition et/ou d'entraide judiciaire, ce qui réduisait considérablement les délais d'exécution des demandes.

Lors de nombreux examens, l'on a également cité la question de la collecte de données et de statistiques, facteur important pour la réalisation des objectifs de la Convention. Les États parties ont été invités à procéder systématiquement à la collecte, au traitement et à la diffusion des statistiques (qui fourniraient des indications sur les délais enregistrés entre la date de réception et la date d'exécution des demandes d'extradition et d'entraide judiciaire, les motifs pour lesquels l'exécution de ces demandes a été reportée ou refusée, etc.) pour évaluer l'efficacité des procédures de coopération internationale et disposer de bases plus solides pour orienter l'action des décideurs. Là encore, le manque de ressources adéquates a souvent été cité comme l'une des raisons de la faiblesse des statistiques.

Enfin, il a semblé que le Mécanisme d'examen de l'application lui-même avait contribué à déclencher des réformes internes, notamment en ce qui concernait le chapitre IV de la Convention, et à encourager des échanges plus fréquents en matière d'extradition et d'entraide judiciaire. Par exemple, les autorités d'un pays examiné ont expliqué que la coopération nationale et internationale, pour ce qui était de transmettre les rapports d'enquête, d'organiser des missions conjointes et d'obtenir l'assistance des autorités d'autres pays, s'était intensifiée après l'examen de l'application de la Convention¹¹⁹.

¹¹⁹Pour d'autres exemples, voir CAC/COSP/2015/6, par. 15 et 16.

Bibliographie

- Bassiouni, M. Cherif, dir. publ. *International Criminal Law*, vol. 3, *International Enforcement*, 3^e éd. La Haye: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Burdescu, Ruxandra, et autres. *Income and Asset Declarations: Tools and TradeOffs*. Série de publications sur le recouvrement des avoirs volés (StAR). Washington: Banque mondiale, 2009.
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2^e éd. New York: Oxford University Press, 2005.
- Greenberg, Theodore S., et autres. *Guide de bonnes pratiques pour la saisie de fonds volés sans condamnation*. Série de publications sur le recouvrement des avoirs volés (StAR). Washington: Banque mondiale, 2009.
- Muzila, Lindy, et autres. *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Série de publications sur le recouvrement des avoirs volés (StAR). Washington: Banque mondiale, 2012.
- Tamesis, Pauline et Samuel De Jaegere, dir. publ. "Note d'orientation: auto-évaluations de l'application de la CNUCC – Dépasser les exigences minimales". Bangkok: Programme des Nations Unies pour le développement, 2010.
- Organisation des Nations Unies. *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la corruption*. Numéro de vente: E.10.V.13 et rectificatif.
- Organisation des Nations Unies, Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption. Examen de la performance du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 12 septembre 2014. CAC/COSP/IRG/2014/12.
- _____ Examen de la performance du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 31 mars 2015. CAC/COSP/IRG/2015/3.
- _____ Examen de la performance du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 26 août 2015. CAC/COSP/2015/6.
- _____ Competent national authorities under the United Nations Convention against Corruption. 31 octobre 2013. CAC/COSP/2013/CRP.5.
- _____ Élaboration d'un ensemble de recommandations non contraignantes et de conclusions fondées sur les enseignements tirés de l'application des chapitres III et IV de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 31 mars 2017. CAC/COSP/IRG/2017/3.
- _____ Bonnes pratiques et expériences des États parties et mesures pertinentes prises par ces derniers après la réalisation des examens de pays, y compris en ce qui concerne l'assistance technique. 20 septembre 2016. CAC/COSP/IRG/2016/12.
- _____ Good practices and lessons learned from implementing the UNCAC pilot review programme. 22 octobre 2009. CAC/COSP/2009/CRP.8.
- _____ Application des chapitres III (Incrimination, détection et répression) et IV (Coopération internationale) de la Convention des Nations Unies contre la corruption: aperçu thématique des recommandations. 27 mars 2014. CAC/COSP/IRG/2014/10.
- _____ Application du chapitre III (Incrimination, détection et répression) de la Convention des Nations Unies contre la corruption (examen des articles 15 à 29). 15 avril 2016. CAC/COSP/IRG/2016/6.
- _____ Application de la résolution 1/7 de la Conférence des États parties à la Convention contre la corruption. 12 décembre 2007. CAC/COSP/2008/7.
- _____ Mauritius Communiqué on the Global Conference on Anti-Corruption Reform in Small Island States. 4 novembre 2015. CAC/COSP/2015/CRP.10.

- _____ Méthodes d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 15 novembre 2006. CAC/COSP/2006/5 et Corr.1.
- _____ Vue d'ensemble du processus d'examen. 12 septembre 2011. CAC/COSP/2011/8.
- _____ Paramètres pour définir un mécanisme d'examen pour la Convention des Nations Unies contre la corruption. 27 décembre 2007. CAC/COSP/2008/10.
- _____ Bilan du programme d'examen pilote. 3 janvier 2008. CAC/COSP/ 2008/9.
- _____ Rapport sur l'état d'avancement de l'exécution des mandats du groupe d'experts sur la coopération internationale. 18 septembre 2013. CAC/COSP/ EG.1/2013/2.
- _____ Rapport d'activité sur l'application des mandats du Groupe d'examen de l'application. 29 mai 2012. CAC/COSP/IRG/2012/4.
- _____ Rapport d'activité sur l'application des mandats du Groupe d'examen de l'application. 25 mars 2013. CAC/COSP/IRG/2013/4.
- _____ Rapport d'activité sur l'application des mandats du Groupe d'examen de l'application. 26 septembre 2013. CAC/COSP/2013/13.
- _____ Rapport d'activité sur l'application des mandats du Groupe d'examen de l'application. 2 avril 2014. CAC/COSP/IRG/2014/4.
- _____ Rapport d'activité sur l'application des mandats du Groupe d'examen de l'application. 24 mars 2015. CAC/COSP/IRG/2015/2.
- _____ Progress report on the implementation of the mandates of the Implementation Review Group. 28 octobre 2015. CAC/COSP/IRG/2015/CRP.15.
- _____ Rapport sur l'état d'avancement de l'exécution des mandats du Groupe d'examen de l'application. 7 avril 2016. CAC/COSP/IRG/2016/2.
- _____ Rapport sur l'état d'avancement de l'exécution des mandats du Groupe d'examen de l'application. 5 avril 2017. CAC/COSP/IRG/2017/2.
- _____ Recommandations du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur l'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 15 septembre 2009. CAC/COSP/2009/6.
- _____ Application, à l'échelle régionale, des chapitres III (Incrimination, détection et répression) et IV (Coopération internationale) de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 26 avril 2016. CAC/COSP/IRG/2016/5.
- _____ Rapport de la Conférence des États Parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption sur les travaux de sa cinquième session, tenue à Panama du 25 au 29 novembre 2013. 29 janvier 2014. CAC/COSP/2013/18.
- _____ Rapport de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption sur les travaux de sa première session, tenue à Amman du 10 au 14 décembre 2006. 27 décembre 2006. CAC/COSP/2006/12.
- _____ Rapport de la Conférence des États Parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption sur les travaux de sa quatrième session, tenue à Marrakech (Maroc) du 24 au 28 octobre 2011. 11 novembre 2011. CAC/COSP/2011/14.
- _____ Rapport de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption sur les travaux de sa deuxième session, tenue à Nusa Dua (Indonésie) du 28 janvier au 1^{er} février 2008. 27 février 2008. CAC/COSP/2008/15.
- _____ Rapport de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption sur les travaux de sa sixième session, tenue à Saint-Pétersbourg (Fédération de Russie) du 2 au 6 novembre 2015. 3 décembre 2015. CAC/COSP/2015/10.
- _____ Rapport de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption sur les travaux de sa troisième session, tenue à Doha du 9 au 13 novembre 2009. 1^{er} décembre 2009. CAC/COSP/2009/15.

- _____ Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de sa première session, tenue à Vienne du 28 juin au 2 juillet 2010. 22 juillet 2010. CAC/COSP/IRG/2010/7.
- _____ Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de sa quatrième session, tenue à Vienne du 27 au 31 mai 2013. 3 juin 2013. CAC/COSP/IRG/2013/12.
- _____ Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de la reprise de sa cinquième session, tenue à Vienne du 13 au 15 octobre 2014. 16 octobre 2014. CAC/COSP/IRG/2014/11/Add.1.
- _____ Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de sa septième session, tenue à Vienne du 20 au 24 juin 2016. 12 juillet 2016. CAC/COSP/IRG/2016/9.
- _____ Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de la reprise de sa septième session, tenue à Vienne du 14 au 16 novembre 2016. 28 novembre 2016. CAC/COSP/IRG/2016/9/Add.1.
- _____ Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de la reprise de sa sixième session, tenue à Saint-Petersbourg (Fédération de Russie) les 3 et 4 novembre 2015. 16 novembre 2015. CAC/COSP/IRG/2015/5/Add.1.
- _____ Rapport du Groupe d'examen de l'application sur les travaux de la reprise de sa troisième session, tenue à Vienne du 14 au 16 novembre 2012. 10 décembre 2012. CAC/COSP/IRG/2012/6/Add.1.
- _____ Report of the international expert group meeting on effective management and disposal of seized or frozen and confiscated assets held in Vienna from 7 to 9 September 2015. 30 octobre 2015. CAC/COSP/2015/CRP.6.
- _____ Rapport de la troisième réunion intergouvernementale d'experts à composition non limitée pour le renforcement de la coopération internationale au titre de la Convention des Nations Unies contre la corruption, tenue à Vienne les 9 et 10 octobre 2014. 13 octobre 2014. CAC/COSP/EG.1/2014/3.
- _____ Rapport sur les travaux de la réunion d'experts chargés de renforcer la coopération internationale au titre de la Convention des Nations Unies contre la corruption tenue à Vienne les 22 et 23 octobre 2012. 24 octobre 2012. CAC/COSP/EG.1/2012/2.
- _____ Rapport sur la réunion du Groupe de travail d'experts intergouvernemental à composition non limitée chargé d'examiner l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption tenue à Vienne du 29 au 31 août 2007. 12 septembre 2007. CAC/COSP/2008/3.
- _____ Results of the informal consultations on the implementation of the United Nations Convention against Corruption held in Lisbon from 22 to 24 March 2006 and in Buenos Aires from 30 October to 1 November 2006. 16 novembre 2006. CAC/COSP/2006/CRP.2.
- _____ Quelques exemples illustrant deux années d'assistance technique à l'appui de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 26 septembre 2013. CAC/COSP/2013/4.
- _____ South-South cooperation in the fight against corruption. 28 octobre 2009. CAC/COSP/2009/CRP.6.
- _____ South-South cooperation in the fight against corruption. 17 octobre 2011. CAC/COSP/2011/CRP.2.
- _____ Application de la résolution 5/4 de la Conférence, intitulée "Suivi de la déclaration de Marrakech en faveur de la prévention de la corruption". 18 août 2015. CAC/COSP/2015/8.
- _____ Assistance technique à l'appui de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 17 août 2011. CAC/COSP/2011/10 et Corr.1.
- _____ Technical assistance in support of the implementation of the United Nations Convention against Corruption. 31 août 2011. CAC/COSP/IRG/2011/CRP.7.
- _____ Assistance technique à l'appui de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 13 avril 2012. CAC/COSP/IRG/2012/3.

- _____ Assistance technique à l'appui de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 21 mars 2013. CAC/COSP/IRG/2013/2 et Corr.1.
- _____ Assistance technique à l'appui de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 10 avril 2014. CAC/COSP/IRG/2014/2.
- _____ Assistance technique à l'appui de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 25 août 2015. CAC/COSP/2015/2.
- _____ Assistance technique à l'appui de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 22 septembre 2016. CAC/COSP/IRG/2016/11.
- _____ Traduire les engagements pris en résultats: impact du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 3 octobre 2013. CAC/COSP/2013/14.
- _____ Travaux du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé d'examiner l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption. 22 septembre 2009. CAC/COSP/2009/2.

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Un programme de déontologie et de conformité contre la corruption pour les entreprises*. Guide pratique. Vienne, 2013.

- _____ *Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée*. Vienne, 2008.
- _____ *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons. Série de manuels sur la justice pénale*. Vienne, 2012.
- _____ *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, 2^e édition*. Vienne, 2012.
- _____ *Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime*. Vienne, 2012.
- _____ *Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition*. Vienne, 2012.
- _____ *Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption – Documents de base*. Vienne, 2011.
- _____ *Guide de ressources sur les bonnes pratiques en matière de protection des personnes qui communiquent des informations*. New York, 2015.
- _____ *Guide de ressources sur le renforcement de l'intégrité et des capacités de la justice*. Vienne, 2011.
- _____ Thematic programme: action against corruption, economic fraud and identity-related crime (2012-2015). Vienne, 2012.
- _____ *The United Nations Convention against Corruption: a Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity*. Vienne, 2013.

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice. *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*. Vienne, 2009.

Banque mondiale et Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Public Office, Private Interests: Accountability through Income and Asset Disclosure*. Série de publications sur le recouvrement des avoirs volés (StAR). Washington: Banque mondiale, 2012.





ONU DC

Office des Nations Unies
contre la drogue et le crime

Centre international de Vienne, Boîte postale 500, 1400 Vienne (Autriche)
Téléphone: (+43-1) 26060-0, Télécopie: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org