



**UNODC**  
Office des Nations Unies  
contre la drogue et le crime



**uneri**  
advancing security, serving justice,  
building peace

# GUIDE TECHNIQUE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA CORRUPTION





Office des Nations Unies contre la drogue et le crime  
Vienne

# GUIDE TECHNIQUE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES CONTRE LA CORRUPTION



NATIONS UNIES  
New York, 2010



## Remerciements

Le présent Guide technique est l'aboutissement d'un projet réalisé conjointement par la *Division des Traités* de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC), sous la supervision de M. Dimitri Vlassis, et du *Groupe chargé de la justice, de la protection et de la déontologie* de l'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice (UNICRI), sous la supervision d'ensemble de M<sup>me</sup> Angela Patrignani. L'élaboration du Guide technique a été facilitée par deux réunions d'un groupe d'experts tenues à Turin en mai 2006 et à Vienne en septembre 2006 ainsi que par les travaux réalisés à Vienne par les experts de l'UNODC.

Les personnes ci-après ont, du côté de l'UNICRI, beaucoup contribué à la réalisation du projet:

- Sandro Calvani, Directeur
- Angela Patrignani, Chef du Groupe chargé de la justice, de la protection et de la déontologie
- Gioacchino Polimeni, ancien directeur
- Andrea Rachele Fiore, administrateur de programmes
- Mehdi Bacha, administrateur de programmes
- Alexis Franke, administrateur de programmes

Du côté de l'UNODC, les personnes ci-après ont participé à l'élaboration du Guide technique:

- Dimitri Vlassis, Chef de la Section de la lutte contre la corruption et la criminalité économique
- Stuart Gilman, Directeur adjoint de l'Initiative pour le recouvrement des avoirs volés
- Oliver Stolpe, Chef du Groupe de la justice et de l'intégrité
- Demostenes Chryssikos, spécialiste de la prévention du crime et de la justice pénale, Section de la lutte contre la corruption et la criminalité économique
- Dorothee Gottwald, expert associé, Section de la lutte contre la corruption et la criminalité économique
- Elsa Gopala-Krishnan, expert de la prévention du crime, Section de la lutte contre la corruption et la criminalité économique
- Alexandra Souza-Martins, expert de la prévention du crime, Division des opérations, Groupe de la justice et de l'intégrité
- Elaine Byrne
- Patrick McGowan

L'UNODC et l'UNICRI tiennent à remercier également les experts suivants, qui ont apporté leur concours à l'élaboration du Guide technique:

- Alan Bacarese
- Alan Doig
- Guillermo Jorge
- Michael Kubiciel

“L’UNODC et l’UNICRI tiennent également à remercier tout spécialement le Département d’État des États-Unis d’Amérique, l’Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe et la Fondation Cassa di Risparmio di Torino (Fondazione CRT) du généreux financement et de l’appui qu’ils ont apportés à l’élaboration de ce Guide technique.”

## Table des matières

	<i>Page</i>
INTRODUCTION.....	xvii
MESURES PRÉVENTIVES (chapitre II, articles 5 à 14) .....	1
Article 5: Politiques et pratiques de prévention de la corruption .....	3
I. Contexte .....	3
II. Difficultés pratiques et solutions .....	3
II.1. Politiques et pratiques de prévention de la corruption.....	4
II.2. Des politiques efficaces et coordonnées .....	4
II.3. Promotion de la participation de la société.....	5
II.4. Utilisation du Guide .....	5
II.5. Coopération internationale.....	5
III. Elaboration de la stratégie .....	5
IV. Structure de la stratégie .....	7
Article 6: Organe ou organes de prévention de la corruption .....	7
I. Contexte .....	8
II. Difficultés pratiques et solutions.....	8
II.1. Organe ou organes de prévention de la corruption.....	8
II.2. Mandat et pouvoirs .....	9
II.3. Fonctions .....	11
II.4. Indépendance et responsabilité .....	12
II.5. Ressources.....	13
II.6. Personnel spécialisé et formation .....	14
Article 7: Secteur public.....	14
I. Contexte .....	15
II. Difficultés pratiques et solutions .....	15
II.1. Procédures efficaces, transparentes et objectives de recrutement, d'embauchage, de fidélisation, de promotion et de retraite des agents publics.....	15
II.2. Procédures de sélection et de formation des personnes appelées à occuper de postes publics exposés à la corruption .....	16

II.3. Rémunération adéquate et barèmes de traitement équitables . . .	17
II.4. Formation éthique des agents publics . . . . .	17
II.5. Critères applicables en matière de candidature et d'élection des fonctions publiques. . . . .	19
II.6. Transparence du financement des campagnes et des partis politiques. . . . .	19
II.7. Transparence et prévention des conflits d'intérêts. . . . .	20
Article 8: Codes de conduite des agents publics. . . . .	20
I. Contexte . . . . .	21
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	23
II.1. Promotion de l'intégrité, de l'honnêteté et de la responsabilité des agents publics . . . . .	23
II.2. Normes de comportement et codes de conduite . . . . .	23
II.3. Applicabilité . . . . .	25
III. Signalement par les agents publics des actes de corruption . . . . .	27
IV. Systèmes de déclaration des situations financières . . . . .	28
V. Mesures disciplinaires . . . . .	31
Article 9: Passation des marchés publics et gestion des finances publiques	32
I. Contexte . . . . .	33
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	34
II.1. Passation des marchés . . . . .	34
II.1.1. Principes. . . . .	34
II.1.2. Mesures visant à améliorer la transparence. . . . .	35
II.1.3. Réglementation du processus d'appel d'offres et d'examen des soumissions . . . . .	38
II.1.4. Personnel responsable de la passation des marchés . . . . .	39
II.2. Finances publiques . . . . .	41
II.2.1. Gestion des finances publiques. . . . .	41
II.2.2. Procédures pour l'adoption du budget national. . . . .	42
II.2.3. Présentation en temps opportun de rapports sur les recettes et les dépenses . . . . .	43
II.2.4. Comptabilité, audit et contrôle . . . . .	44
II.2.5. Systèmes de gestion des risques et de contrôle interne . . . . .	46

II.2.6. Mesures visant à préserver l'intégrité de la documentation pertinente .....	48
Article 10: Information du public .....	49
I. Contexte .....	49
II. Difficultés pratiques et solutions .....	50
II.1. Mesures visant à améliorer la transparence dans l'administration publique .....	50
II.2. Accès à l'information concernant l'administration publique .....	51
II.3. Accès aux autorités investies du pouvoir de décision grâce à une simplification des procédures administratives .....	52
II.4. Rapports périodiques des organismes publics, y compris sur les risques de corruption .....	53
Article 11: Mesures concernant les juges et les services de poursuite .....	53
I. Contexte .....	54
II. Difficultés pratiques et solutions .....	54
II.1. Mesures visant à renforcer l'intégrité des juges .....	55
II.2. Mesures visant à prévenir les possibilités de corruption dans la magistrature .....	57
II.3. Codes et normes .....	59
II.4. Mesures visant à renforcer l'intégrité des magistrats du Parquet .....	60
II.5. Mesures visant à prévenir les possibilités de corruption dans les services de poursuite .....	61
II.6. Codes et normes de conduite des magistrats du Parquet .....	61
Article 12: Secteur privé .....	63
I. Contexte .....	64
II. Difficultés pratiques et solutions .....	64
II.1. Mesures visant à prévenir la corruption impliquant le secteur privé .....	64
II.2. Mesures visant à renforcer les normes de comptabilité et d'audit .....	65
II.3. Sanctions civiles, administratives ou pénales applicables dans le secteur privé .....	65
II.4. Mesures visant à promouvoir la coopération entre les services de détection et de répression et le secteur privé .....	66

II.5. Normes et procédures visant à préserver l'intégrité du secteur privé . . . . .	66
II.6. Transparence dans la constitution et la gestion des sociétés . . . .	67
II.7. Prévention de l'usage impropre des procédures de réglementation des entités privées. . . . .	67
II.8. Restrictions à l'exercice d'activités dans le secteur privé par d'anciens agents publics. . . . .	68
II.9. Procédures internes d'audit et de certification . . . . .	69
II.10. Tenue de livres et états comptables, publication d'informations sur les états financiers et normes de comptabilité et d'audit. . . .	69
II.11. Refus de déductibilité fiscale des dépenses qui constituent des pots-de-vin et des dépenses connexes . . . . .	69
Article 13: Participation de la société . . . . .	70
I. Contexte . . . . .	70
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	71
II.1. Promotion de la participation de la société à la prévention de la corruption . . . . .	71
II.2. Sensibilisation du public à la corruption on . . . . .	71
II.3. Promouvoir la participation du public aux processus de décisions . . . . .	71
II.4. Information et éducation du public . . . . .	72
II.5. Liberté de rechercher, de recevoir, de publier et de diffuser des informations concernant la corruption et les restrictions à cet égard . . . . .	72
II.6. Informations du public concernant les organes de prévention de la corruption . . . . .	72
II.7. Accès du public à l'information . . . . .	73
II.8. Signalement des actes de corruption, y compris sous couvert d'anonymat . . . . .	73
Article 14: Mesures visant à prévenir le blanchiment d'argent. . . . .	73
I. Contexte . . . . .	75
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	75
II.1. Choix du cadre institutionnel le plus pertinent pour prévenir le blanchiment d'argent . . . . .	75
II.2. À qui doivent s'appliquer les opérations de prévention?. . . . .	78

II.3. Quelles sont les obligations minimum des institutions ou activités réglementées? . . . . .	79
II.4. Encouragement des déclarations . . . . .	81
II.5. Échange d'informations financières . . . . .	81
II.6. Mouvement transfrontière d'espèces et de titres négociables . . . . .	84
II.7. Transferts de fonds . . . . .	87
II.8. Application . . . . .	88
INCRIMINATION, DETECTION ET REPRESSION (Chapitre III, articles 15 à 42) . . . . .	91
Article 30: Poursuites judiciaires, jugement et sanctions. . . . .	93
I. Contexte . . . . .	94
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	95
II.1. Sanctions tenant compte de la gravité de l'infraction . . . . .	95
II.2. Immunités ou privilèges de juridiction . . . . .	97
II.3. Pouvoirs judiciaires discrétionnaires. . . . .	99
II.4. Décisions concernant la mise en liberté dans l'attente du jugement ou de la procédure d'appel . . . . .	101
II.5. Libération anticipée ou conditionnelle . . . . .	101
II.6. Abrogation, suspension ou mutation . . . . .	102
II.7. Déchéance du droit d'exercer une fonction publique . . . . .	102
II.8. Réinsertion dans la société. . . . .	103
Article 31: Gel, saisie et confiscation . . . . .	103
I. Contexte . . . . .	104
II. Types de confiscation . . . . .	106
III. Modèles de confiscation . . . . .	106
IV. Éléments devant être considérés comme le produit du crime à des fins de confiscation . . . . .	108
V. Mesures préliminaires à la confiscation. . . . .	109
VI. Inversion de la charge de la preuve . . . . .	112
VII. Protection des droits des tiers de bonne foi . . . . .	113
Article 32: Protection des témoins, des experts et des victimes . . . . .	114
I. Contexte . . . . .	114

II.	Difficultés pratiques et solutions . . . . .	115
II.1.	Témoins et experts, membres de leur famille et autres personnes qui leur sont proches . . . . .	116
II.2.	Mesures efficaces de protection . . . . .	117
III.	Accords ou arrangements avec d’autres Etats . . . . .	118
IV.	Victimes . . . . .	118
	Article 33: Protections des personnes qui communiquent des informations . . . . .	119
I.	Contexte . . . . .	119
II.	Difficultés pratiques et solutions . . . . .	119
II.1.	Le cadre politique . . . . .	119
II.2.	Collaboration des agents publics . . . . .	120
II.3.	Collaboration du public . . . . .	120
II.4.	À qui doivent être communiquées des informations? . . . . .	121
II.5.	Conditions auxquelles doit répondre le signalement . . . . .	122
II.6.	Protection des personnes communiquant des informations . . . . .	122
	Article 34: Conséquences d’actes de corruption . . . . .	124
I.	Contexte . . . . .	124
II.	Difficultés pratiques et solutions . . . . .	124
II.1.	Types de mesures . . . . .	125
II.2.	Primauté de la prévention . . . . .	125
II.3.	Conformité des mesures avec le droit interne . . . . .	126
	Article 36: Autorités spécialisées . . . . .	129
I.	Contexte . . . . .	129
II.	Difficultés pratiques et solutions . . . . .	129
II.1.	Type d’autorité spécialisée . . . . .	129
II.2.	Valeur ajoutée et rôle des autorités spécialisées . . . . .	131
II.3.	Indépendance et ressources . . . . .	132
	Article 37: Coopération avec les services de détection et de répression . . . . .	134
I.	Contexte . . . . .	134
II.	Difficultés pratiques et solutions . . . . .	135
II.1.	Pertinence des informations . . . . .	135

II.2. Allègement de la peine . . . . .	135
II.3. Immunité . . . . .	137
II.4. Accords ou arrangements entre États parties . . . . .	138
Article 38: Coopération entre autorités nationales . . . . .	139
I. Contexte . . . . .	139
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	139
Article 39: Coopération entre autorités nationales et secteur privé . . . . .	140
I. Contexte . . . . .	140
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	140
Article 40: Secret bancaire . . . . .	141
I. Contexte . . . . .	141
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	142
II.1. Qui est habilité à déroger au secret bancaire, dans quelles circonstances et à quelles fins? . . . . .	142
II.2. Quelles sont les procédures à suivre pour lever le secret bancaire? . . . . .	144
II.3. Divulgence automatique ou sur demande de l'information . . . . .	144
II.4. Utilisation de bases de données centralisées . . . . .	145
II.5. Contenu de la demande . . . . .	145
II.6. Application du principe de prévention "connaissiez votre client" . . . . .	146
II.7. Le secret bancaire et les professions libérales . . . . .	147
Article 41: Antécédents judiciaires . . . . .	147
I. Contexte . . . . .	147
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	147
Article 42: Compétence . . . . .	149
I. Contexte . . . . .	150
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	150
II.1. L'infraction est commise sur le territoire de l'État partie . . . . .	152
II.2. L'infraction est commise contre un ressortissant de l'État partie . . . . .	152

II.3. L’infraction est commise par un ressortissant de l’État partie ou une personne apatride qui a sa résidence habituelle sur son territoire. . . . .	153
II.4. Compétence à l’égard de la préparation d’infractions liées au blanchiment d’argent . . . . .	154
II.5. L’infraction est commise à l’encontre de l’État partie. . . . .	154
II.6. Établissement de la compétence pénale sur la base du principe “ <i>aut dedere aut judicare</i> ” . . . . .	155
COOPERATION INTERNATIONALE (Chapitre IV, articles 43 à 50) . . . . .	157
Article 43: Coopération internationale . . . . .	159
I. Contexte . . . . .	159
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	160
II.1. Le problème spécifique de la double incrimination. . . . .	161
II.2. Rôle d’une autorité centrale ou d’une autre autorité compétente . . . . .	162
II.3. Cadres de coopération . . . . .	163
II.4. Mobilisation de ressources et solutions des problèmes pratiques dans le domaine de la coopération internationale en matière pénale. . . . .	164
II.5. Renforcement des capacités. . . . .	165
III. Liste de contrôle. . . . .	166
Article 44: Extradition . . . . .	167
I. Contexte . . . . .	169
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	169
II.1. Problèmes actuels . . . . .	169
II.2. Un contexte changeant. . . . .	170
II.3. Mise en place du cadre juridique de l’extradition . . . . .	171
II.4. Amélioration des procédures . . . . .	172
III. Liste de contrôle. . . . .	175
Article 45: Transfert des personnes condamnées. . . . .	175
I. Contexte . . . . .	175
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	176
II.1. Cadre juridique . . . . .	176

II.2. Conditions de transfèrement des délinquants . . . . .	177
II.3. Transfèrements et peines . . . . .	177
II.4. Information . . . . .	178
III. Liste de contrôle. . . . .	178
Article 46: Entraide judiciaire . . . . .	178
I. Contexte . . . . .	184
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	187
II.1. Problèmes actuels . . . . .	187
II.2. Intégration aux autres conventions pertinentes . . . . .	190
II.3. L'environnement des conventions. . . . .	190
II.4. Faits nouveaux . . . . .	191
II.5. Nouveaux mécanismes de facilitation. . . . .	192
III. Liste de contrôle. . . . .	193
Article 47: Transfert des procédures pénales . . . . .	194
I. Contexte . . . . .	194
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	195
II.1. Critères généraux applicables . . . . .	195
II.2. Critères pratiques . . . . .	196
III. Liste de contrôle. . . . .	197
Article 48: Coopération entre les services de détection et de répression . . . . .	198
I. Contexte . . . . .	199
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	200
II.1. Éléments à prendre en considération. . . . .	200
II.2. Domaines de coopération. . . . .	200
II.3. Moyens de coopération . . . . .	201
III. Liste de contrôle. . . . .	202
Article 49: Enquêtes conjointes . . . . .	203
I. Contexte . . . . .	203
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	203
II.1. Questions opérationnelles . . . . .	203
II.2. Élaboration d'un cadre . . . . .	204

II.3. Planification des opérations conjointes. ....	204
III. Liste de contrôle. ....	206
Article 50: Techniques d'enquête spéciales. ....	206
I. Contexte. ....	207
II. Difficultés pratiques et solutions. ....	207
II.1. Mesures de sauvegarde. ....	208
II.2. Ressources/compétences technologiques. ....	208
II.3. Recevabilité des éléments de preuve. ....	208
II.4. Techniques. ....	208
II.4.1. Surveillance technique – interception des communications téléphoniques et tables d'écoute. ....	208
II.4.2. Surveillance et observation physiques. ....	209
II.4.3. Opérations d'infiltration et souricières. ....	209
II.4.4. Informateurs. ....	209
II.4.5. Tests d'intégrité. ....	210
II.4.6. Surveillance des opérations financières. ....	210
II.5. Conventions pertinentes. ....	210
III. Liste de contrôle. ....	211
RECOUVREMENT D'AVOIRS (Chapitre V, articles 51 à 59). ....	213
Article 51: Disposition générale. ....	215
Article 52: Prévention et détection des transferts du produit du crime. ....	215
I. Contexte. ....	217
II. Difficultés pratiques et solutions. ....	218
II.1. Vérification de l'identité du client. ....	218
II.2. Identification des ayants droit économiques des gros comptes. .	219
II.3. Contrôle renforcé des comptes détenus par des personnes politiquement exposées. ....	221
II.4. Avis appelant une surveillance accrue de la part des institutions financières nationales. ....	222
II.5. Tenue d'états adéquats. ....	223
II.6. Prévention de l'établissement de relations d'affaires et de relations de banques correspondantes avec les banques actives. .	224

II.7. Systèmes de déclaration de situation financière applicables aux agents publics appropriés . . . . .	226
II.8. Agents publics et comptes à l'étranger . . . . .	227
Article 53: Mesures pour le recouvrement direct de biens . . . . .	228
I. Contexte . . . . .	229
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	229
II.1. Qualité pour agir . . . . .	229
II.2. Versement d'une réparation ou des dommages-intérêts à raison d'actes de corruption . . . . .	230
II.3. Reconnaissance du droit de propriété dans une procédure de confiscation étrangère . . . . .	231
Article 54: Mécanismes de recouvrement de biens par la coopération internationale aux fins de confiscation . . . . .	232
I. Contexte . . . . .	233
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	233
II.1. Caractère exécutoire d'une ordonnance de confiscation étrangère . . . . .	233
II.2. Confiscation du produit d'actes de corruption à l'étranger sur la base de la législation réprimant le blanchiment d'argent ou des infractions connexes . . . . .	234
II.3. Confiscation en l'absence de condamnation pénale . . . . .	234
II.4. Mesures conservatoires en prévision de la confiscation de biens . . . . .	235
Article 56: Coopération spéciale . . . . .	239
I. Contexte . . . . .	239
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	239
Article 58: Service de renseignement financier . . . . .	242
I. Contexte . . . . .	242
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	242
II.1. Rôles des services de renseignement financier . . . . .	242
II.2. Modèles de services de renseignement financier: modèle administratif . . . . .	244
II.3. Modèles de services de renseignement financier: modèle de répression . . . . .	245

II.4. Modèles de services de renseignement financier: modèle judiciaire ou inquisitoire . . . . .	246
II.5. Modèles de services de renseignement financier: modèle hybride. . . . .	247
Article 59: Accords et arrangements bilatéraux et multilatéraux . . . . .	247
I. Contexte . . . . .	248
II. Difficultés pratiques et solutions . . . . .	248

## INTRODUCTION

La Convention des Nations Unies contre la corruption est le premier instrument mondial juridiquement contraignant concernant la lutte contre la corruption. Elle a été adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 58/4 en date du 31 octobre 2003 et est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Témoignage remarquable de l'intérêt et de la volonté manifestés par la communauté internationale, 122 États sont aujourd'hui parties à la Convention. La Convention a pour objet de promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace; de promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs; et de promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics. La Convention stipule que les États parties doivent ériger en infractions une série d'actes liés à la corruption et consacre un chapitre distinct aux mesures à adopter pour prévenir la corruption. En outre, elle attache une attention particulière au resserrement de la coopération internationale visant à combattre la corruption et – il s'agit là d'une percée majeure – comprend des dispositions novatrices et de très large portée concernant le recouvrement des avoirs, ainsi que l'assistance technique et les mesures d'application.

Le présent Guide technique des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption est l'aboutissement d'un effort mené conjointement par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC) et l'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice (UNICRI) visant à promouvoir la mise en œuvre de la Convention par les États parties. Un groupe d'experts du monde entier s'est réuni à deux reprises pour élaborer le canevas du Guide, d'abord à Turin (Italie) en mai 2006 puis à Vienne (Autriche) en septembre 2006. Lorsqu'il a établi la version finale du Guide, le Secrétariat a pris dûment en considération les observations, modifications et suggestions reçues à la suite des larges consultations qu'il avait menées.

Faisant suite au Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, publié en 2006, le présent Guide technique a essentiellement pour objet de fournir aux praticiens et aux autorités qui s'occupent de la lutte contre la corruption des avis techniques, des outils et des exemples de pratiques optimales qui pourront les aider à mettre en œuvre les articles de la Convention. En fait, les deux Guides se complètent: le Guide législatif a été rédigé en ayant essentiellement en vue les parlementaires et les décideurs des États qui s'apprêtent à ratifier et à appliquer la Convention, tandis que le Guide technique ne vise pas tant à donner des indications concernant les modifications à apporter aux législations nationales afin d'incorporer la Convention au système juridique interne des États intéressés mais plutôt à mettre en relief les questions de politique générale, les aspects institutionnels et les cadres opérationnels liés à une mise en œuvre efficace des dispositions de la Convention.

Comme ils sont complémentaires, le Guide technique doit être lu dans le contexte du Guide législatif, et c'est pourquoi il contient à plusieurs occasions des renvois au Guide législatif (surtout en ce qui concerne les dispositions relatives à la criminalisation des infractions figurant au chapitre III et certaines des dispositions du chapitre V de la Convention). Quoiqu'il en soit, les deux Guides doivent être utilisés ensemble dans la mesure où ils constituent des éléments d'une série d'outils tendant à parfaire les connaissances et à renforcer les capacités des parties prenantes, en particulier les organismes chargés de la lutte contre la corruption, ainsi que des autorités responsables de la justice pénale et de l'application des lois dans des domaines spécifiques liés à l'application de la Convention.

Une lecture et une utilisation conjointes des deux Guides présentent des avantages significatifs aussi bien pour les États Membres que pour le Secrétariat: d'une part, les autorités nationales pourront, pour bien comprendre les dispositions de la Convention, tirer profit du cadre de consultation constitué par les Guides. Le Secrétariat, pour sa part, pourrait utiliser les Guides pour fournir une assistance technique plus détaillée en vue d'aider à résoudre toutes les questions de politique générale et questions institutionnelles qui doivent être réglées pour que la Convention puisse être intégralement mise en œuvre.

L'objectif du présent Guide est de suggérer une série d'options politiques et de considérations que chaque État partie voudra peut-être prendre en compte aux fins de l'application de la Convention au plan national. Ainsi, il ne met en relief que les questions en rapport avec l'application de ses dispositions et n'entend aucunement être une source d'avis complète et détaillée pour les décideurs nationaux, ce qui serait difficile étant donné les différences qui caractérisent les systèmes juridiques, les traditions et les capacités institutionnelles des États parties.

La structure du Guide suit celle de la Convention et ses principaux éléments correspondent aux différents chapitres de la Convention, les quatre piliers de la Convention (prévention, incrimination, détection et répression, coopération internationale et recouvrement d'avoirs) étant les éléments constitutifs de toute stratégie globale et multidisciplinaire de lutte contre la corruption.

L'ampleur et la portée des dispositions de la Convention exigeront indubitablement des outils beaucoup plus détaillés. L'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, dans son rôle de gardien de la Convention et de secrétariat de la Conférence des États parties, et l'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice, principal institut des Nations Unies spécialisé dans la recherche appliquée et la prévention de la criminalité, ont l'intention de continuer à travailler à l'élaboration d'une série complète d'outils de ce type, en collaboration avec une large gamme de partenaires.

**MESURES PRÉVENTIVES**  
**(Chapitre II, art. 5 à 14)**



## **Article 5: Politiques et pratiques de prévention de la corruption**

- 1. Chaque État partie élabore et applique ou poursuit, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des politiques de prévention de la corruption efficaces et coordonnées qui favorisent la participation de la société et reflètent les principes d'état de droit, de bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, d'intégrité, de transparence et de responsabilité.*
- 2. Chaque État partie s'efforce de mettre en place et de promouvoir des pratiques efficaces visant à prévenir la corruption.*
- 3. Chaque État partie s'efforce d'évaluer périodiquement les instruments juridiques et mesures administratives pertinents en vue de déterminer s'ils sont adéquats pour prévenir et combattre la corruption.*
- 4. Les États parties collaborent, selon qu'il convient et conformément aux principes fondamentaux de leur système juridique, entre eux et avec les organisations régionales et internationales compétentes pour la promotion et la mise au point des mesures visées dans le présent article. Dans le cadre de cette collaboration, ils peuvent participer à des programmes et projets internationaux visant à prévenir la corruption.*

### **I. Contexte**

L'article 5 stipule que chaque État partie doit mettre en place un cadre général visant à prévenir la corruption, comme requis par la Convention, en élaborant et appliquant une stratégie globale de lutte contre la corruption qui encourage le respect des principes d'état de droit, une bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, l'intégrité, la transparence et la responsabilité.

En outre, chaque État partie est invité à évaluer les instruments institutionnels et juridiques et les dispositions de procédure applicables de manière à pouvoir mieux coordonner une stratégie cohérente de lutte contre la corruption. Ce faisant, les États parties auront intérêt, pour élaborer et mettre en œuvre cette stratégie, à mobiliser le concours d'une large gamme de parties prenantes, dont les organisations de la société civile et le secteur privé. Chaque État partie devra collaborer avec les autres afin de partager les pratiques optimales et d'élaborer des instruments régionaux et internationaux visant à faciliter la coopération et l'appui réciproques.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

L'article 5 énonce les principes généraux qui doivent présider aux mesures visant à prévenir la corruption. C'est le premier article d'un chapitre qui traite d'une large gamme de questions comme une bonne gestion des affaires publiques (art. 9), la transparence dans le secteur public (art. 10), la prévention de la corruption dans le secteur privé (art. 12) et la participation de la société (art. 13). Les États parties devront concevoir leur stratégie sur la base d'une évaluation

des risques fondée sur les informations ou données statistiques pertinentes disponibles. Les données auxquelles l'on pourrait utilement se référer sont notamment les rapports d'audit des organismes publics, qui pourront donner des indications concernant la corruption dans l'utilisation des fonds publics, ou bien mettre en relief les défaillances des procédures de contrôle ou des politiques comptables. Chaque État devra également se référer aux autres données statistiques appropriées à ses circonstances, et aura intérêt à faire entreprendre des recherches visant à identifier les causes et les tendances de la corruption et les points vulnérables. Ces informations et ces données devront constituer la base d'une évaluation des risques ou de la vulnérabilité tendant à identifier les tendances, les causes, les types, la prévalence et la gravité d'impact de la corruption, ce qui aidera à savoir quels sont les activités et les secteurs exposés à la corruption et d'élaborer une stratégie préventive étayée par des politiques et des pratiques permettant de mieux prévenir et de mieux détecter la corruption.

### *II.1. Politiques et pratiques de prévention de la corruption*

Il se peut que nombre de pays ne mettent l'accent que sur des mesures de contrôle dans des domaines comme la législation, les investigations et les poursuites. Or, une telle approche constitue un élément seulement d'une politique efficace de lutte contre la corruption; en outre, elle est onéreuse, et met l'accent, en insistant sur les défaillances qui les caractérisent, sur l'abus qui est fait des règles, des procédures et des fonds publics. Or, l'accent doit être mis plutôt sur la prévention car les mesures préventives non seulement sauvegardent l'intégrité de l'administration publique et du système politique, assurent l'application des règles et des procédures en vigueur et garantissent la bonne utilisation des fonds, mais encore ont des avantages de caractère plus général dans la mesure où elles créent un climat de confiance parmi le public et orientent comme il se doit le comportement des agents publics.

### *II.2. Des politiques efficaces et coordonnées*

L'approche de la prévention de la corruption reflétée dans la Convention présuppose l'existence d'un cadre cohérent qui traduit les principes généraux en stratégies, plans d'action et procédures clairs et réalistes et qui comporte un suivi systématique de l'application des mesures de mise en œuvre de la stratégie. Il faut pour cela suivre une approche globale et coordonnée allant de la collecte et d'une synthèse systématiques des informations quantitatives et qualitatives concernant la situation existant dans le pays à une stratégie définissant des buts généraux qui soient ensuite traduits en objectifs et en plans d'action pour pouvoir comparer les résultats obtenus à la situation initiale et apporter les modifications nécessaires aux politiques et à leur mise en œuvre. Les processus de rédaction, d'adoption, d'application, de suivi et d'évaluation de la stratégie doivent être planifiés, dirigés et coordonnés par toutes les parties prenantes intéressées (secteurs public et privé et société civile) et englober tous les secteurs ou domaines dans lesquels peut apparaître une corruption.

### *II.3. Promotion de la participation de la société*

Pour être efficace, toute stratégie doit prévoir une campagne de sensibilisation du grand public à l'impact de la corruption et à la menace que celle-ci représente. Il faut d'emblée mobiliser une participation active de la société pour qu'elle appuie une telle stratégie aux stades aussi bien de son élaboration que, par la suite, de sa mise en œuvre. Il faudra par conséquent prévoir avec précision les moyens qui seront utilisés pour associer des représentants de la société à toutes les étapes de la conception, de l'élaboration, de l'approbation, de la mise en œuvre, de l'examen de la stratégie – questions discutées dans le contexte de l'article 13 – ainsi que les méthodes à employer pour évaluer les progrès accomplis.

### *II.4. Utilisation du Guide*

L'article 5 indique le contexte dans lequel doivent être appliquées les mesures préventives visées par la Convention au moyen d'une approche stratégique globale. Les décideurs et les praticiens s'accordent en effet à reconnaître qu'il est essentiel, pour prévenir et maîtriser la corruption, d'avoir recours à une large gamme de mesures, eu égard en particulier aux multiples manifestations que revêt ce phénomène. Les différents éléments d'une telle stratégie sont décrits dans les articles suivants du chapitre II de la Convention. Toutefois, les décideurs sont invités à tenir dûment compte du caractère holistique de la Convention et à élaborer leurs stratégies de telle sorte que leurs composantes reflètent toutes les dispositions de la Convention.

### *II.5. Coopération internationale*

Les États parties ne doivent pas perdre de vue qu'il faut améliorer constamment, dans la pratique, les efforts de prévention de la corruption – ceux qui sont décrits dans la stratégie elle-même et dans les divers programmes et plans d'action élaborés pour la mettre en œuvre, ainsi que renforcer les moyens de déterminer quelles sont les mesures qui donnent des résultats et pourquoi. Les mesures qui ont fait leurs preuves doivent être développées, diffusées parmi toutes les parties intéressées et être introduites de manière à être généralement utilisées. Les États parties devront mettre au point et introduire des moyens d'identifier, d'obtenir et d'indemniser, de diffuser et d'adapter les pratiques optimales à tous les niveaux.

## **III. Élaboration de la stratégie**

D'une manière générale, les principales questions que devront se poser les décideurs seront les suivantes:

- Qui sera principalement chargé d'élaborer la stratégie?

- Faudra-t-il, pour élaborer une telle stratégie, créer des alliances pour assurer la participation d'une large gamme d'organismes gouvernementaux et d'acteurs non gouvernementaux ou bien des consultations suffiront-elles?
- Qui sera responsable de la stratégie ou de sa supervision?
- Comme les progrès seront-ils évalués?
- Comment la stratégie sera-t-elle revue et révisée selon que de besoin?

C'est au gouvernement qu'incombera la responsabilité primordiale de l'élaboration d'une stratégie anticorruption, et il faudra veiller à ce que ce processus d'élaboration soit effectivement appuyé aux échelons les plus élevés. De même, cet appui devra être clairement expliqué aussi bien au niveau des gouvernements qu'au grand public en définissant clairement le mandat de l'organe ou de la personne qui seront chargés de cette tâche. Ce mandat devra être accompagné des délégations de pouvoirs requises, et les ressources nécessaires pour que la tâche soit menée à bien devront être dégagées. Le processus d'élaboration devra être une entreprise concertée et inclusive. La participation de la société civile et du secteur privé, en effet, permettra d'élaborer une stratégie mieux conçue et plus acceptable. Le processus d'élaboration devra avoir pour point de départ la collecte, la synthèse et l'analyse des informations disponibles concernant les secteurs dans lesquels il existe une corruption et pourquoi.

La stratégie devra comporter des buts clairement définis et réalisables et devra indiquer les calendriers à suivre et l'ordre dans lequel l'on s'emploiera à atteindre les buts spécifiques, lesquels devront être rendus publics afin d'améliorer la transparence du processus et de pouvoir ainsi plus facilement mobiliser le soutien de la collectivité. Il faudra également prévoir des procédures d'examen et de révision selon un calendrier prédéterminé et rendu public pour faciliter la planification future et l'évaluation des mesures appliquées ou en voie d'application.

La stratégie devra reposer sur une approche globale qui tienne pleinement compte des besoins, des points de vue et des spécificités des organismes publics ainsi que des vues et des besoins du secteur privé et de la société civile. La stratégie pourra ainsi devenir un cadre pratique, hiérarchisé et mesurable qui appartienne aux institutions intéressées et qui puisse être suivi, examiné et révisé.

La mise en œuvre de la stratégie et sa supervision relèveront de la responsabilité de l'organe ou des organes prévus à cette fin à l'article 6. Si les questions concernant le mandat de chacun de ces organes seront discutées dans le contexte du chapitre correspondant, il importe de relever d'ores et déjà que la portée du mandat de ces organes devra être prise en considération pour déterminer qui sera responsable de la mise en œuvre de la stratégie. Cette dernière devra fournir des indications générales à cet égard. Ces indications devront déboucher sur l'élaboration et la mise en œuvre de plans d'action spécifiques par les divers secteurs ou institutions intéressés pour que la stratégie

se répercute à tous les niveaux de l'administration. Les plans d'action devront tendre à ce que la stratégie ne reste pas une simple déclaration d'intention. Pour être crédibles, ils devront être coordonnés et comporter des objectifs mesurables et bien définis. Il faudra veiller à ce que ces plans d'action soient exécutés comme il convient et périodiquement évalués et adaptés. En particulier, l'un des meilleurs moyens de combattre la corruption consiste à mettre en place des mécanismes d'examen, de suivi et de révision continus et efficaces. Ces mécanismes devront être organisés et coordonnés au plan institutionnel. Il est par conséquent indispensable de créer un organe indépendant qui assume la responsabilité de la stratégie de prévention dans son ensemble.

#### **IV. Structure de la stratégie**

Une fois que l'évaluation dont il est question dans la section II aura été réalisée, la stratégie sera élaborée en plusieurs étapes. La première consistera à identifier les priorités, à estimer la durée probable de la stratégie et à déterminer quelles seront les ressources nécessaires pour la mettre en œuvre. L'évaluation devra porter sur tous les secteurs de l'administration et, si besoin est, le secteur privé, pour veiller à ce qu'aucun détail ne soit négligé. La stratégie élaborée à ce stade constituera le cadre de référence au regard duquel seront évalués les progrès accomplis. Cette étape sera suivie par l'étape de conception, qui consistera à fixer des objectifs clairs et raisonnables, à identifier chacun de ces éléments et à mettre au point des indicateurs de performance mesurables pour évaluer les progrès accomplis sur la voie des objectifs fixés.

L'étape de diffusion de la stratégie permettra aux principales parties prenantes et au public en général de se rendre compte de la nature, de l'étendue et de l'impact véritables de la corruption. Cette prise de conscience aidera à faire mieux comprendre la stratégie anticorruption, à mobiliser un appui en faveur des mesures anticorruption, notamment parmi le secteur privé, la société civile et les ONG, et à encourager les populations à exiger des normes élevées d'intégrité et de performance dans la fonction publique. Enfin, la phase de suivi consistera à évaluer les progrès accomplis en les comparant aux objectifs fixés dans la stratégie afin de dégager périodiquement des informations sur la mise en œuvre des différents éléments de la stratégie et sur leur impact sur la corruption afin de pouvoir ainsi décider plus facilement comment les divers éléments et les priorités de la stratégie pourront être adaptés à la lumière des résultats obtenus ou au contraire des échecs essayés.

### **Article 6: Organe ou organes de prévention de la corruption**

*1. Chaque État partie fait en sorte, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, qu'existent un ou plusieurs organes, selon qu'il convient, chargés de prévenir la corruption par des moyens tels que:*

a) *L'application des politiques visées à l'article 5 de la présente Convention et, s'il y a lieu, la supervision et la coordination de cette application;*

b) *L'accroissement et la diffusion des connaissances concernant la prévention de la corruption.*

2. *Chaque État partie accorde à l'organe ou aux organes visés au paragraphe 1 du présent article l'indépendance nécessaire, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, pour leur permettre d'exercer efficacement leurs fonctions à l'abri de toute influence indue. Les ressources matérielles et les personnels spécialisés nécessaires, ainsi que la formation dont ces personnels peuvent avoir besoin pour exercer leurs fonctions, devraient leur être fournis.*

3. *Chaque État partie communique au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies le nom et l'adresse de l'autorité ou des autorités susceptibles d'aider d'autres États parties à mettre au point et à appliquer des mesures spécifiques de prévention de la corruption.*

## **I. Contexte**

L'article 6 définit le contexte institutionnel dans lequel doit s'inscrire la stratégie de prévention de la corruption que doivent élaborer les États parties conformément à l'article 5. La Convention n'indique pas si les responsabilités institutionnelles doivent être confiées à une seule institution ou à plusieurs organes. Dans l'indication de cet article, il faudra également prêter attention à l'article 36, qui souligne la nécessité de créer une institution spécialisée pour faire enquête sur les cas de corruption. L'organe ou les organes prévus à l'article 6 auront essentiellement une mission de prévention et devront notamment veiller à la mise en œuvre des mesures préventives prévues à l'article 5.

Il n'existe pas de modèle universellement accepté, mais les États parties voudront peut-être envisager un certain nombre de caractéristiques structurelles qui sont apparues comme pouvant utilement contribuer à l'efficacité de l'action de l'organe ou des organes de prévention de la corruption.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Organe ou organes de prévention de la corruption*

Pour assurer l'application de la stratégie et des politiques élaborées conformément à l'article 5, l'organe ou les organes compétents doivent déterminer comment ils mettront en œuvre une approche équitable et cohérente dans les différents secteurs, quel devra être le contexte législatif qui pourra leur permettre de travailler avec la même autorité dans les différents secteurs, les moyens à utiliser pour assurer l'application coordonnée des politiques et prendre les mesures nécessaires à cette fin, lesquelles pourront comprendre demandes de

renseignements, recherches et études; quelles devront être les mesures de nature à garantir la transparence, la probité et l'impartialité des nominations et garantir la sécurité de l'emploi des affaires publiques; quelle sera l'indépendance opérationnelle dont ils auront besoin pour pouvoir s'acquitter efficacement de leur mandat et quelles seront les dispositions à prendre en matière budgétaire et en matière de rapports.

Pour ce qui est du cadre institutionnel, les États parties voudront peut-être envisager un recours à un organe ou à des organes existants, élargir les responsabilités d'un organe existant ou de créer un nouvel organe. Chacune de ces options présentera des difficultés et les États parties voudront peut-être évaluer dans quelle mesure un organe nouvellement créé pourrait être préférable à une solution consistant à confier des responsabilités à cet égard à des institutions existant déjà. En outre, ils devront évaluer l'impact qu'un nouvel organe pourra avoir sur le mandat et les activités des organes existants. Autrement dit, il faut, lorsqu'il est décidé de créer de nouveaux organes, analyser soigneusement les fonctions de ceux qui existent déjà.

Les avantages d'un nouvel organe sont notamment les suivants:

- Sa création peut représenter un nouveau départ et la manifestation d'une volonté nouvelle;
- Il se peut que les organes existants aient perdu leur crédibilité et qu'il soit difficile de remédier à l'inertie qui les empêche de faire leur travail;
- Il se peut que le personnel des organes existants n'ait pas les compétences requises pour s'acquitter du nouveau mandat;
- Un nouvel organe peut être investi de pouvoirs nouveaux adaptés aux circonstances.

En revanche, les avantages des organes existants peuvent être les suivants:

- Les organes existants disposent déjà de locaux, d'un personnel qualifié, de pouvoirs juridiques, de procédures internes, etc., qu'il faudrait réunir de toutes pièces pour créer un nouvel organe, ce qui risque de ralentir l'élan initial;
- Il se peut que les organes existants jouissent d'une crédibilité élevée et qu'il suffise de modifier leur mandat pour améliorer leur efficacité;
- La création d'un nouvel organe crée un dilemme: faut-il maintenir ou abolir les organes existants, les maintenir pouvant créer des tensions et des risques de conflit et leur suppression suscitant inévitablement l'opposition des intérêts acquis.

## *II.2. Mandat et pouvoirs*

L'organe ou les organes responsables devront avoir pour tâche d'élaborer, d'appliquer et de réviser, à l'intérieur du cadre constitué par la stratégie établie

conformément à l'article 5, des politiques efficaces et coordonnées de lutte contre la corruption ainsi que d'en superviser la mise en œuvre. La stratégie pourra avoir à définir les responsabilités respectives à cet égard du secteur public, du secteur privé, du secteur des organisations bénévoles ou non gouvernementales et de la société civile.

Dans le contexte de la stratégie, l'organe ou les organes responsables devront établir et promouvoir des pratiques efficaces visant à prévenir la corruption. En outre, les mesures administratives et les instruments juridiques pertinents devront être évalués périodiquement, à intervalles relativement fréquents, pour s'assurer qu'ils demeurent adéquats pour prévenir et combattre la corruption.

L'expérience montre que les organes chargés de prévenir la corruption peuvent se voir confier des mandats relativement divers. Il s'agit là d'un choix que la Convention laisse aux États, étant donné que les organes responsables devront être adaptés aux systèmes (administratif aussi bien que juridique) et aux circonstances spécifiques qui prévalent dans chaque pays. Ainsi, il y a des organes qui ont simplement un rôle de prévention, tandis que d'autres sont investis de pouvoirs englobant non seulement la prévention mais aussi les investigations et les poursuites.

Quelle que soit la portée du mandat dont ils sont investis, l'organe ou les organes responsables devront être formellement dotés par la loi de pouvoirs suffisants pour s'acquitter de leurs fonctions. Ce cadre législatif pourra notamment, entre autres:

- Accorder à l'organe ou aux organes responsables le pouvoir d'élaborer les politiques et les pratiques visées dans la Convention;
- Autoriser l'organe ou les organes responsables de publier les manuels d'instruction et à élaborer des codes de conduite;
- Permettre à l'organe ou aux organes responsables de formuler des recommandations concernant les mesures législatives à adopter, et prévoir qu'ils devront être consultés avant l'adoption de toutes mesures législatives visant à prévenir la corruption<sup>1</sup>; sans qu'ils doivent préalablement être officiellement saisis pour pouvoir agir;
- Investir les organes responsables du pouvoir de délivrer des assignations à produire des documents, informations ou autres éléments de preuve et des assignations à témoigner;

---

<sup>1</sup> Ceci est important aussi bien pour les organismes investis des pouvoirs d'investigation que pour les organismes qui n'ont qu'un rôle de prévention. Les premiers peuvent faire la lumière sur une affaire et les seconds utiliser les informations ainsi rassemblées pour formuler des nouvelles politiques ou réviser des politiques existantes.

- Prévoir les échanges d'informations avec les organismes nationaux et internationaux qui s'occupent de combattre la corruption, y compris les services de répression intéressés, en cas de besoin;
- Garantir aux organes responsables l'indépendance nécessaire pour qu'ils puissent s'acquitter de leurs fonctions;
- Veiller à ce que les membres du personnel des organes responsables jouissent de l'immunité de juridiction civile lorsqu'ils s'acquittent de bonne foi de leurs attributions;
- Mettre en place des mécanismes appropriés de responsabilisation et de rapports;
- Assurer l'encadrement approprié des organes responsables;
- Veiller à ce que les organes soient dotés de ressources suffisantes.

### *II.3. Fonctions*

L'organe ou les organes désignés devront pouvoir, à l'intérieur du cadre législatif mis en place, s'acquitter de fonctions qui, selon la nature et la portée de leur mandat, pourront consister notamment à exiger des institutions du secteur public qu'elles élaborent des plans d'action spécifiques et guider/revoir leur exécution; à entreprendre des évaluations ou des inspections des institutions; à recevoir et à examiner les plaintes du public et à recevoir les rapports d'audit, rapports d'investigation ou rapports parlementaires des organes responsables des enquêtes sur les cas de corruption; à entreprendre des recherches sur la législation et les procédures administratives applicables; à organiser des sondages d'opinion et à exploiter d'autres sources d'information; et à collecter des informations et organiser des auditions en vue d'examiner périodiquement l'avancement des plans de lutte contre la corruption. Enfin, ils devront pouvoir conclure des accords pour coopérer plus facilement avec d'autres institutions et avec les organisations internationales et régionales compétentes afin de promouvoir et d'élaborer les mesures visées dans la Convention et participer aux programmes et projets internationaux visant à prévenir la corruption.

L'organe ou les organes responsables devront collaborer avec des institutions du secteur public pour veiller à ce que des informations concernant les mesures anticorruption soient diffusées parmi les institutions compétentes et le grand public ainsi que les ONG et les établissements d'enseignement afin d'appuyer les efforts de prévention et d'intégrer une sensibilisation à la corruption aux programmes d'études scolaires et universitaires. Ils devront être autorisés à rendre leurs rapports publics et devront également envisager d'élaborer des manuels d'instruction auxquels devra être assurée une diffusion aussi large que possible.

Lorsqu'ils ont essentiellement pour mission de s'occuper des politiques et des pratiques de prévention, les organes responsables devront veiller à adopter

les mesures appropriées pour coordonner leur travail avec celui des autres institutions, notamment pour ce qui est de la suite à donner aux allégations reçues de particuliers (notamment en vue de compromettre une enquête et la possibilité d'entamer des poursuites futures), définir des cadres stratégiques à plus longue échéance et concilier une approche consensuelle et une solide indépendance.

#### *II.4. Indépendance et responsabilité*

Le cadre législatif applicable devra garantir l'indépendance opérationnelle des organes responsables de sorte qu'ils puissent élaborer leurs propres programmes de travail et déterminer comment ils s'acquitteront des tâches qui leur ont été confiées. Pour garantir leur indépendance, il faudra prendre en considération les éléments indiqués ci-après :

Règles et procédures régissant la nomination, la durée du mandat et le licenciement du Directeur et des autres cadres supérieurs; composition de l'organe et/ou d'un conseil de supervision, le cas échéant; dotation en ressources et rémunération du personnel; octroi d'un budget approprié; mise en place de procédures adéquates de recrutement, de nomination/élection, d'évaluation et de promotion; obligation de faire périodiquement rapport à un autre organisme public, comme le Parlement; mécanismes formels de coopération et d'échange d'informations avec d'autres institutions; dispositions régissant la participation de la société civile et des médias. Les organes responsables et leur personnel devront jouir de l'immunité de juridiction civile à raison des actes accomplis dans le cadre de leur mandat si les actes en question ont été accomplis sous l'autorité de l'institution compétente et de bonne foi (bien que, comme indiqué ci-dessus, cette protection ne doive pas faire obstacle à une appréciation judiciaire appropriée).

Les moyens visant à garantir l'indépendance et la responsabilité des organes en question devront être consacrés par la loi plutôt que par décret (un décret peut facilement être utilisé pour créer un tel organe mais aussi pour le supprimer). Si ces mesures sont garanties par la loi ou, comme le montre l'expérience, par la constitution, il est plus probable que les organes responsables seront dotés de pouvoirs suffisants pour élaborer des politiques efficaces et les mettre en œuvre, tout en créant un climat de stabilité. Ces organes devront être autorisés à étudier la mesure dans laquelle les recommandations ont été appliquées et devront pouvoir former et conserver un personnel ayant acquis les compétences nécessaires pour combattre efficacement la corruption. Ces organes devront être officiellement désignés comme les organes responsables auxquels puissent avoir recours les agents et les citoyens en général et, enfin, devront pouvoir publier périodiquement des rapports sur leurs activités.

Indépendance et responsabilité ne doivent pas être considérées comme s'excluant mutuellement. Les organes anticorruption doivent opérer à l'intérieur d'un système de gouvernance établi comportant des mécanismes de contrôle appropriés et de nature à garantir que nul ni rien n'échappe à la loi.

L'indépendance doit être nuancée par des mécanismes de nature à garantir la transparence et l'obligation redditionnelle des organes désignés, par exemple par le biais d'audits détaillés ou d'examen par les institutions compétentes, comme des commissions parlementaires, ou encore par le biais de rapports au Parlement, d'audits externes annuels et, lorsqu'il y a lieu, de l'intervention des tribunaux.

Ces processus devront fréquemment être menés de manière à garantir la confidentialité d'informations qui pourraient compromettre la lutte contre la corruption. Les organismes de contrôle peuvent en effet fréquemment compromettre la liberté, les ressources et la réputation d'une personne, et devront avoir l'obligation de protéger le caractère confidentiel de l'information dont ils disposent jusqu'à ce que les faits puissent être établis.

Le droit de déterminer comment ils mèneront leur travail pourra également concourir à l'indépendance des organes désignés tout en rehaussant leur visibilité aux yeux du public. En particulier, ils devront pouvoir mener leurs activités en public, ce qui pourra utilement démontrer l'étendue de la corruption et sensibiliser la communauté à ce phénomène.

Simultanément, des auditions à huis clos pourront être réalisées pour éviter de compromettre une enquête, protéger l'anonymat d'un témoin ou d'un informateur, recevoir des informations pouvant servir de base à des poursuites pénales ou à des procédures disciplinaires, éviter de gêner d'autres procédures et éviter que la réputation d'une personne puisse se trouver compromise de manière injustifiée. Les organes désignés devront cependant, d'une manière générale, avoir pour politique de rendre publics leurs constatations et leurs rapports afin de mieux mettre en relief leur rôle de défenseurs de l'intégrité publique.

## *II.5. Ressources*

Il importe que des ressources appropriées et adéquates soient mises à la disposition des organismes désignés. À cette fin, leur programme de travail annuel, assorti de prévisions budgétaires détaillées, peut être soumis à l'approbation de la commission budgétaire compétente du Parlement. Si possible, il sera bon que leur financement soit établi sur une base pluriannuelle, ce qui réduira le risque que le Parlement use de son pouvoir budgétaire pour limiter leur indépendance ou exercer des pressions indues dans des affaires de corruption spécifiques. L'on peut également prévoir une autre méthode, qui consiste à accorder aux organes désignés une subvention globale, les organes parlementaires ne pouvant alors exercer aucune influence sur l'utilisation faite des fonds alloués aux différentes activités. Il appartiendra aux organes désignés de déterminer comment leurs fonds seront utilisés mais ils devront chaque année présenter des comptes et être soumis en matière d'audit externe au même régime que les organismes publics de même nature.

Bien que beaucoup d'autres arrangements puissent être envisagés pour que les organismes désignés soient dotés de ressources appropriées, l'accent devra dans tous les cas être mis sur la préservation de leur indépendance.

## II.6. Personnel spécialisé et formation

Les organismes désignés devront, lors de l'élaboration de leurs programmes de travail et de leurs budgets annuels, identifier les ressources en personnel dont ils ont besoin. L'autorité d'habilitation devra envisager de permettre aux organes chargés de la lutte contre la corruption d'élaborer leur propre politique de gestion des ressources humaines, de déterminer les effectifs dont ils ont besoin et les qualifications professionnelles que devra posséder leur personnel, identifier les spécialisations nécessaires et déterminer la nature des programmes de formation à organiser. Dans un souci de transparence, l'on pourra raisonnablement demander à ces organismes qu'ils rendent publiques leurs procédures de recrutement et de nomination, lesquelles devront être conformes aux principes devant présider à la nomination des agents publics visés à l'article 7 de la Convention et devront être sujettes à audit.

### Article 7: Secteur public

1. *Chaque État partie s'efforce, s'il y a lieu et conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, d'adopter, de maintenir et de renforcer des systèmes de recrutement, d'embauchage, de fidélisation, de promotion et de retraite des fonctionnaires et, s'il y a lieu, des autres agents publics non élus, qui:*

a) *Reposent sur les principes d'efficacité et de transparence et sur des critères objectifs tels que le mérite, l'équité et l'aptitude;*

b) *Comportent des procédures appropriées pour sélectionner et former les personnes appelées à occuper des postes publics considérés comme particulièrement exposés à la corruption et, s'il y a lieu, pour assurer une rotation sur ces postes;*

c) *Favorisent une rémunération adéquate et des barèmes de traitement équitables, compte tenu du niveau de développement économique de l'État partie;*

d) *Favorisent l'offre de programmes d'éducation et de formation qui leur permettent de s'acquitter de leurs fonctions de manière correcte, honorable et adéquate et les fassent bénéficier d'une formation spécialisée appropriée qui les sensibilise davantage aux risques de corruption inhérents à l'exercice de leurs fonctions. Ces programmes peuvent faire référence aux codes ou normes de conduite applicables.*

2. *Chaque État partie envisage aussi d'adopter des mesures législatives et administratives appropriées, compatibles avec les objectifs de la présente Convention et conformes aux principes fondamentaux de son droit interne, afin d'arrêter des critères pour la candidature et l'élection à un mandat public.*

3. *Chaque État partie envisage également d'adopter des mesures législatives et administratives appropriées, compatibles avec les objectifs de la présente*

*Convention et conformes aux principes fondamentaux de son droit interne, afin d'accroître la transparence du financement des candidatures à un mandat public électif et, le cas échéant, du financement des partis politiques.*

*4. Chaque État partie s'efforce, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, d'adopter, de maintenir et de renforcer des systèmes qui favorisent la transparence et préviennent les conflits d'intérêts.*

## **I. Contexte**

L'article 2 de la Convention contient une définition détaillée et large de l'expression "agent public", qui englobe toutes les personnes appartenant aux services du secteur public ainsi que toutes les personnes exerçant une fonction publique élective. Le recrutement des agents publics nommés et les mesures qui leur sont applicables pendant toute leur carrière doivent être fondés sur le mérite et des politiques et des procédures transparentes. Les agents publics élus doivent eux aussi répondre à des normes semblables à celles qui sont attendues des agents publics nommés. Les codes de déontologie et règles visant à prévenir la corruption font par conséquent partie intégrante de la fonction publique et s'appliquent à tous les types d'agents publics élus ou nommés, tels qu'ils sont définis à l'article 2. L'article 8 de la Convention contient des dispositions plus détaillées concernant les conflits d'intérêt, et les articles 10 et 13 traitent de l'information du public, de l'accès aux documents publics et de la transparence des processus de décisions.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Procédures efficaces, transparentes et objectives de recrutement, d'embauchage, de fidélisation, de promotion et de retraite des agents publics*

L'un des piliers fondamentaux d'un État efficient, transparent et efficace et exempt de corruption est une fonction publique composée d'agents répondant aux normes les plus élevées de compétence et d'intégrité. Les États parties devront envisager de mettre au point un système de nature à attirer et à fidéliser de telles personnes, par exemple en établissant une institution, comme une commission de la fonction publique, chargée d'élaborer des procédures de recrutement, d'emploi et de promotion ou de donner des indications à cette fin. Qu'une telle institution ait un rôle consultatif (les différents services de l'administration étant alors chargés de gérer leur propre dotation en personnel) ou exécutif (l'institution elle-même étant responsable des questions de personnel), il importe que les procédures établies soient, autant que faire se peut, uniformes, transparentes et équitables.

Ainsi, les procédures devront prévoir l'établissement pour les postes nouveaux de définitions d'emploi indiquant les aptitudes et les qualifications que doivent posséder les candidats. Les vacances de postes doivent être dûment publiées et les postes doivent être pourvus sur la base de procédures de

recrutement convenues sur la base de critères transparents de sélection et de nomination, après confirmation des qualifications et des références des candidats retenus. Les nominations doivent se faire pour une durée et conformément à des conditions d'emploi déterminées, et la rémunération doit être à la mesure des obligations et des responsabilités attachées aux postes dont il s'agit. Les agents publics doivent recevoir une formation appropriée, y compris en matière de déontologie, et se voir donner des possibilités de carrière. Les procédures applicables en matière de promotion ou les systèmes de rémunération au mérite ou aux résultats doivent être uniformément applicables à l'ensemble du secteur public.

Il convient également de prévoir une procédure annuelle d'appréciation du comportement professionnel des agents publics afin de déterminer leur efficacité, leurs besoins de formation et leurs possibilités d'avancement dans leur carrière et de promotion.

Les États parties devront veiller à ce que tous les ministères et départements tiennent des dossiers exacts pour tous les recrutements, promotions, départs à la retraite et démissions et les autres questions de personnel. Comme les dépenses salariales représentent habituellement l'un des postes de dépenses publiques les plus élevées et comme les mécanismes de contrôle appliqués dans ce domaine peuvent être insuffisants, les dossiers concernant les états de paie doivent être tenus au moyen d'une base de données centralisée ou institutionnelle concernant le personnel qui permette de vérifier la liste des postes approuvés et le dossier personnel de chaque agent public.

## *II.2. Procédures de sélection et de formation des personnes appelées à occuper de postes publics exposés à la corruption*

La section II.1 indique les procédures à suivre dans l'ensemble du secteur public, mais certains postes ou certaines activités peuvent être considérées comme particulièrement exposés à la corruption. Il faudra par conséquent garantir des garanties plus rigoureuses pour éviter des abus ainsi que d'identifier les vulnérabilités organisationnelles et les procédures à suivre pour prévenir la corruption. L'institution visée dans la section II.1 devrait, éventuellement en collaboration avec l'organe ou les organes identifiés à l'article 6, envisager de procéder à un audit pour:

- Déterminer les postes ou les activités du secteur public qui sont particulièrement exposés à la corruption;
- Analyser les secteurs vulnérables; et
- Établir un rapport reflétant les résultats des évaluations et indiquant les risques spécifiques qui existent dans les secteurs vulnérables, avec des propositions pour y remédier.

Les mesures proactives qu'il est recommandé d'adopter pourront porter notamment sur les points suivants: filtrage, avant leur nomination, des candidats

retenus pour veiller à ce qu'ils aient déjà apporté la preuve de normes de conduite élevées; application de conditions d'emploi spécifiques aux candidats retenus; et contrôles de caractère procédural, comme évaluation des résultats ou rotation du personnel, pour limiter le risque de corruption dû à un emploi prolongé dans le même poste.

L'administration a également intérêt à introduire des procédures spécifiques d'appui et de contrôle pour les postes particulièrement exposés à la corruption, notamment sous forme d'évaluations périodiques du comportement professionnel, de rapports confidentiels, de déclarations des intérêts financiers et du patrimoine, des dépenses de représentation et des dons, et des contrôles périodiques de l'exactitude des déclarations. Elle devra également adopter, lorsque cela sera possible et selon le degré de risque, un système d'examen et d'approbation à plusieurs niveaux pour certaines questions plutôt que de concentrer les pouvoirs de décision entre les mains d'une seule et même personne. Cela contribuera également à mettre les agents publics à l'abri de pressions indues, et contribuera à renforcer l'indépendance du processus de prise de décisions.

Il peut être bon aussi de rechercher les moyens de surveiller le mode de vie de certains agents publics clefs. Il s'agit certes là d'une question assez délicate qui devra être élaborée compte dûment tenu des dispositions applicables concernant le respect de la vie privée. Ce contrôle pourra porter notamment sur des signes extérieurs de richesse – logement, automobiles ou vacances – ne correspondant pas à la rémunération de l'intéressé. Il pourra être nécessaire aussi, si les intéressés y consentent dans leurs contrats d'engagement, de surveiller les comptes bancaires de certains agents publics.

### *II.3. Rémunération adéquate et barèmes de traitement équitables*

Un aspect important, surtout pour les pays en développement et les pays en transition, est que les agents publics doivent percevoir une rémunération adéquate. Une rémunération insuffisante ou incertaine peut encourager toute une série de compétences inacceptables, soit que les intéressés prennent sur leur temps de travail pour exercer un deuxième emploi, soit qu'ils se montrent disposés à accepter des pots-de-vin. Une rémunération "adéquate" signifie, à tout le moins, que le barème des traitements doit permettre aux agents publics de mener une vie correspondant à leur poste et à leurs responsabilités et d'avoir un niveau de vie semblable à celui de titulaires de postes de même niveau dans d'autres secteurs. Les États parties devront veiller également à ce que le barème des traitements soit lié à la progression des carrières, aux qualifications et aux possibilités de promotion. Les méthodes et les critères de détermination de la rémunération dans le secteur public devront être publiés.

### *II.4. Formation éthique des agents publics*

Des programmes de formation et de collecte périodique d'informations concernant la corruption aideront à sensibiliser les agents publics aux risques de

corruption qui peuvent survenir dans l'accomplissement de leurs fonctions et aux procédures à suivre pour prévenir la corruption ou signaler les cas venus à leur connaissance. Il y aura lieu, à cet égard, d'établir un programme de formation complet et détaillé au niveau de l'ensemble du secteur public sur la base duquel puissent être élaborés des programmes et des cours individualisés. Ainsi, tous les agents publics devraient pouvoir suivre les cours appropriés de déontologie, non seulement lors de leur recrutement, mais aussi dans le cadre de la formation en cours d'emploi, surtout dans le cas des postes les plus exposés aux risques de corruption. Cette formation devra notamment comporter une discussion des mesures à adopter dans le contexte de situations spécifiques ainsi que des procédures à suivre pour signaler des risques ou des allégations de corruption. Il y a lieu de souligner à ce propos qu'il faudra, pour mettre en relief l'importance des normes de comportement éthique attendues de tous les agents publics et promouvoir la culture d'intégrité, informer comme il convient les agents publics de leurs devoirs et de leurs obligations et des risques de corruption ou de fautes pouvant survenir dans l'accomplissement de leurs fonctions. Cette sensibilisation pourra être facilitée aussi si les agents publics sont invités à participer aux évaluations annuelles de la mise en œuvre de la stratégie de lutte contre la corruption, ce qui leur permettra aussi d'appeler l'attention sur les problèmes rencontrés et de suggérer des mesures préventives. Dans le cadre des obligations prévues par l'article 5 de la Convention, les responsables des organismes publics devront envisager d'élaborer à l'intention des organes visés à l'article 6 des rapports fondés sur des informations provenant:

- De personnes occupant des postes de responsabilité;
- De différentes sources, comme les suivantes:
  - Évaluation des risques de gestion;
  - Techniques de gestion des risques;
  - Audits internes et externes;
  - Sondages d'opinion concernant l'efficacité des mesures anticorruption;
  - Enquêtes auprès des employés sur des sujets comme:
    - La pertinence de la formation;
    - Une gestion des risques "à partir de la base";
  - Sondages d'opinion concernant l'efficacité des mesures préventives; et
  - Rapports sur l'attitude des agents publics concernant les allégations de corruption.

Les organismes publics devraient également envisager d'introduire des mesures d'incitation pour encourager les employés à proposer de nouvelles mesures préventives. Par exemple, un employé qui propose des mesures

préventives efficaces pourrait, lors de l'évaluation de son comportement professionnel, se voir récompensé pour avoir contribué à l'efficacité de l'organisation.

### *II.5. Critères applicables en matière de candidature et d'élection des fonctions publiques*

Les sections II.1 à II.4 envisagent le cas des agents publics nommés, mais les États parties auront intérêt à envisager les questions dans le contexte des agents publics élus. Pour la plupart des États parties, des dispositions constitutionnelles ou législatives stipulent les conditions à remplir pour occuper des fonctions publiques électives, et les listes des lois et des règlements visant à promouvoir l'intégrité du processus électoral. Toutefois, les États parties voudront peut-être aussi envisager d'adopter des mesures pour que les titulaires de fonctions publiques électives ou les candidats à de telles fonctions soient également tenus de se conformer à des normes éthiques élevées. Il faudra parfois pour cela promulguer des lois ou règlements limitant la participation à la vie politique, par exemple l'appartenance à un parti ou les candidatures à des fonctions publiques électives, pour certaines catégories d'agents publics. Ils pourront également établir une liste des catégories d'agents publics élus ou nommés auxquels il serait interdit de cumuler d'autres fonctions publiques élues. L'on pourra également prévoir que les personnes condamnées pour certains types d'infractions, comme la corruption, ne pourront pas être titulaires de fonctions publiques ni être candidats à de telles fonctions. L'on pourra enfin exiger des candidats qu'ils fassent une déclaration complète de leur patrimoine et annuler les élections si le candidat, son parti ou ses partisans se sont trouvés impliqués dans une corruption du processus électoral.

### *II.6. Transparence du financement des campagnes et des partis politiques*

La promulgation de règles et de procédures appropriées régissant le financement des campagnes et des partis politiques a beaucoup contribué à prévenir et à maîtriser la corruption. Plusieurs États parties ont désigné un ou plusieurs organismes publics responsables de l'inscription sur les listes électorales et de la gestion des élections, de l'enregistrement des partis politiques, de la surveillance du financement des partis, du contrôle de l'éligibilité des candidats et de leurs déclarations de revenus, de l'administration des lois relatives au financement des campagnes politiques et des enquêtes sur les infractions à la législation et à la réglementation applicables.

Plusieurs mesures peuvent être envisagées pour promouvoir la transparence du financement des campagnes et des partis politiques. L'on peut notamment adopter des règlements définissant le montant maximum, l'objet et la durée des dépenses électorales; limiter le montant des contributions; rendre obligatoire la publication de l'identité des donateurs (et notamment vérifier si des contributions ou dons anonymes ou provenant de l'étranger ou de tiers sont

autorisés, réglementés ou interdits); indiquer quels sont les types autorisés d'avantages en nature; indiquer sous quelle forme et à quel moment les partis politiques doivent présenter et publier des comptes et des états de leurs dépenses; introduire des procédures de vérification des recettes et des dépenses des partis politiques; réglementer la déductibilité aux fins de l'impôt des contributions ou des prêts à des partis politiques; et mettre en place des moyens pour éviter que le gouvernement n'utilise des fonds publics à des fins électorales. Dans le cas des États parties dont les campagnes électorales et les partis politiques sont financés au moyen de fonds publics, il faudra également calculer le niveau du subventionnement, déterminer comment il y a lieu d'encourager la formation de nouveaux partis politiques (tout en évitant d'encourager la création de partis ayant essentiellement pour but d'obtenir un financement public) et réglementer le temps d'antenne auquel ont droit les partis. Il faudra enfin mettre en place des dispositions législatives et des procédures institutionnelles robustes en vue de régler les litiges concernant les candidatures et les résultats du scrutin.

Les États parties sont invités, à ce propos, à prendre note des initiatives prises dans ce domaine par différentes organisations régionales, comme la recommandation n° R (2003) 4 du Conseil de l'Europe sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales.

### *II.7. Transparence et prévention des conflits d'intérêts*

Les États parties devront envisager de promulguer des lois concernant la liberté de l'information, l'accès aux documents publics et la transparence des processus publics de prise de décisions et introduire des règlements administratifs appropriés concernant la conservation, le stockage et la confidentialité des documents publics et leur caractère confidentiel. Cette question est examinée de manière plus détaillée dans le contexte des articles 10 et 13.

Les États parties devront également promulguer pour tous les agents publics, en les adaptant selon la nature du poste considéré, des dispositions de caractère général concernant les conflits d'intérêts, les incompatibilités et les questions connexes, en s'inspirant de la disposition fondamentale de la Convention selon laquelle il est interdit aux agents publics nommés ou élus d'intervenir lorsque leurs actes peuvent susciter des conflits d'intérêts, de détenir des avoirs non déclarés, d'exercer un travail incompatible avec leurs fonctions publiques ou de se livrer illicitement à des activités incompatibles. Cette question est examinée de manière plus détaillée dans le contexte de l'article 8.

## **Article 8: Codes de conduite des agents publics**

*1. Afin de lutter contre la corruption, chaque État partie encourage notamment l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité chez ses agents publics, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique.*

2. *En particulier, chaque État partie s'efforce d'appliquer, dans le cadre de ses propres systèmes institutionnel et juridique, des codes ou des normes de conduite pour l'exercice correct, honorable et adéquat des fonctions publiques.*

3. *Aux fins de l'application des dispositions du présent article, chaque État partie prend acte, s'il y a lieu et conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des initiatives pertinentes d'organisations régionales, interrégionales et multilatérales, telles que le Code international de conduite des agents de la fonction publique annexé à la résolution 51/59 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 1996.*

4. *Chaque État partie envisage aussi, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, de mettre en place des mesures et des systèmes de nature à faciliter le signalement par les agents publics aux autorités compétentes des actes de corruption dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.*

5. *Chaque État partie s'efforce, s'il y a lieu et conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, de mettre en place des mesures et des systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts avec leurs fonctions d'agent public.*

6. *Chaque État partie envisage de prendre, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, des mesures disciplinaires ou autres à l'encontre des agents publics qui enfreignent les codes ou normes institués en vertu du présent article.*

## **I. Contexte**

Les États parties sont tenus de s'employer activement à faire en sorte que tous les agents publics observent des normes élevées sur les plans aussi bien personnel – intégrité, honnêteté et responsabilité – que professionnelles – accomplissement correct, impartial, honorable et adéquat de leurs fonctions publiques – et, à cette fin, ils devront définir des règles permettant de déterminer comment les agents publics doivent se conduire et comment ils peuvent être tenus pour responsables de leurs actes et de leurs décisions. L'article 8 dispose en particulier que tous les États parties doivent envisager de promulguer des lois concernant les déclarations de situation financière et les règles et procédures applicables en cas de conflits d'intérêts, établir des codes de conduite et définir les procédures disciplinaires dont peuvent faire l'objet les agents publics.

La plupart des États parties ont recours à un code de conduite ou à une déclaration publique équivalente. Cela est utile à plusieurs égards. Un code stipule clairement ce que l'on entend d'un agent public ou d'un groupe d'agents publics déterminés et permet ainsi plus facilement d'inculquer des normes fondamentales de comportement de nature à prévenir la corruption. Ces codes doivent constituer la base de la formation des employés, de sorte que tous les

agents publics connaissent les normes qu'ils doivent appliquer dans l'accomplissement de leurs fonctions officielles. Ces normes doivent porter sur des éléments comme les suivants: équité, impartialité, non-discrimination, indépendance, honnêteté, intégrité, loyauté à l'égard de l'organisation, diligence, correction du comportement personnel, transparence, obligation redditionnelle, utilisation responsable des ressources de l'organisation et comportement approprié à l'égard du public.

De même, le code ou son équivalent, conjointement avec la formation dispensée, contient un avertissement quant aux conséquences d'un comportement contraire à l'éthique et peut ainsi constituer la base de procédures disciplinaires, y compris le renvoi, lorsqu'un employé enfreint l'une des normes prescrites (fréquemment, ces codes décrivent les types de comportements qui sont attendus ou au contraire interdits ainsi que les règles de procédures et les sanctions applicables en cas de violation).

Ainsi, les agents publics non seulement savent quelles sont les normes applicables à leurs attributions et fonctions officielles, mais encore il devient difficile, lorsque toutes les normes, procédures et pratiques applicables sont rassemblées dans un code général, d'invoquer l'ignorance des normes attendues des titulaires de fonctions publiques. Inversement, les agents publics ont le droit de savoir à l'avance quelles sont les normes qu'ils sont censés respecter et comment ils doivent se conduire, de sorte qu'il ne puisse pas être fabriqué à leur encontre des procédures disciplinaires pour les intimider ou les licencier sans raison.

La façon dont les États parties promulgueront un code de conduite ou une déclaration publique équivalente dépendra de leurs systèmes institutionnels juridiques spécifiques. Dans certains pays, des lois particulières sont promulguées pour définir les normes applicables à tous les agents publics. L'on peut également avoir recours à une deuxième formule, qui est celle de délégation de pouvoirs, sur laquelle le Parlement élabore un code générique mais délègue à un autre organe le pouvoir de promulguer des règles techniques spécifiques ou de fixer des normes pour des catégories spécifiques d'agents publics, comme le personnel du Ministère public, les membres du Parlement ou les agents responsables de la comptabilité ou des marchés. Enfin, le droit des contrats et les conditions d'emploi peuvent imposer l'obligation à une catégorie déterminée d'employés de respecter le code de conduite dans le contexte de son contrat d'engagement. Il se peut également que l'institution ou un département déterminé soit chargé de fixer les normes générales auxquelles sont tenus de se conformer tous les employés ou sous-traitants.

Pour tous les aspects de l'élaboration d'un code, les États parties sont invités à prendre note des initiatives prises dans ce domaine par différentes organisations régionales, interrégionales et multilatérales, comme le Code international de conduite des agents de la fonction publique figurant en annexe à la résolution 51/59 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1996, la recommandation n° R (2000) 10 du Conseil de l'Europe sur les codes de conduite pour les agents publics, qui contient en appendice un Code modèle de

conduite pour les agents publics ainsi que la recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'amélioration du comportement éthique dans le service public, y compris les Principes de gestion de la déontologie dans le service public (1998 – C(98)70/FINAL).

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Promotion de l'intégrité, de l'honnêteté et de la responsabilité des agents publics*

Les États parties devront s'employer, des points de vue aussi bien positif que négatif, à promouvoir l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité des agents publics. Sur le plan positif, les États parties devront, en l'accompagnant d'un appui et de récompenses, dispenser aux agents publics une formation à la déontologie en indiquant quel est le comportement attendu des agents publics, aussi bien lors de leur recrutement que pendant toute leur carrière. Tous les agents publics devront suivre une formation appropriée à leur prestation des services publics. Tous les États parties devront élaborer des règles et mettre en place des mécanismes appropriés pour que les agents publics déclarent leurs intérêts financiers ou familiaux ou les invitations ou dons reçus. Ils devront veiller à ce que les agents publics puissent faire part de leurs préoccupations, non seulement en ce qui concerne la conduite d'autres agents publics mais aussi si des collègues ou des tiers exercent sur eux des pressions ou une influence indues. Les agents publics devront avoir l'assurance que les informations qu'ils fourniront resteront confidentielles et n'affecteront pas leur carrière. Les États parties devront procéder à des évaluations des risques attachés à des postes ou à des activités exposées à la corruption et discuter avec les titulaires de ces postes des mesures à adopter pour les mettre, eux-mêmes et leurs activités, à l'abri de la corruption. D'une manière plus générale, des enquêtes devront être menées périodiquement parmi les agents publics pour rassembler des informations concernant les risques, les menaces et les vulnérabilités liés à leur travail.

### *II.2. Normes de comportement et codes de conduite*

Les normes mettent en relief l'importance des rôles assumés par les agents publics et doivent tendre à encourager parmi ceux-ci un sentiment de dévouement professionnel, de service au public et de responsabilité concernant l'usage des pouvoirs et des ressources attachés à leurs attributions. Les normes doivent fixer les règles essentielles de comportement attendues des agents publics, parmi lesquelles il y a lieu de citer le respect de la loi, l'honnêteté, l'intégrité, l'impartialité, le respect d'une procédure régulière, l'équité, la probité et le professionnalisme. Les réformes entreprises par de nombreux pays ont tendu principalement à améliorer les compétences de gestion et à mettre le secteur public mieux à même de s'acquitter de ces tâches. Pour cela, le comportement des agents publics doit refléter une gamme plus large de valeurs que précédemment et englobant notamment l'efficacité, l'efficacéité et l'obligation redditionnelle.

Les normes reflètent fréquemment les valeurs plus élevées auxquelles il faut se référer pour prendre des décisions et porter des jugements judiciaires. Ces valeurs de caractère général peuvent être appliquées pour faciliter la prise de décisions sur des questions spécifiques, surtout lorsque des agents publics sont appelés à faire appel à leur jugement et à faire des choix. Conformément à ces valeurs, par exemple, les agents publics doivent:

- Avoir uniquement en vue l'intérêt public.
- Servir avec compétence, efficacité, transparence, confidentialité et impartialité dans le respect de la loi en cherchant l'excellence.
- Agir en tout moment de manière à honorer la confiance que le public a placée en eux.
- Faire preuve de respect, d'équité et de courtoisie dans leurs rapports avec aussi bien les citoyens que leurs collègues.

Les codes énoncent les normes de comportement que doivent respecter les agents publics et les traduisent en règles et en normes de conduite spécifiques et claires qui tracent la limite entre les comportements acceptables et inacceptables et sont fréquemment regroupés de différentes façons, par exemple selon les bornes à observer dans les relations clés, ou selon les groupes auxquels des comptes doivent être rendus.

Ainsi, les codes doivent traiter des questions liées au service public (par exemple aux procédures visant à garantir l'équité et la transparence des services publics et de l'information) et aux activités politiques (par exemple imposition des restrictions aux activités politiques et garantie visant à ce que les activités politiques n'aient pas d'impact sur les fonctions publiques exercées ou n'entrent pas en conflit avec celles-ci). Ils définissent clairement les règles à suivre en matière de conflits d'intérêts de caractère financier (par exemple lorsqu'un agent public travaille à titre officiel sur des questions qui peuvent affecter sa situation financière personnelle ou celle de personnes qui lui sont proches) ou non financier (par exemple lorsqu'un agent public travaille sur des questions qui affectent des personnes ou des entités avec lesquelles il a d'étroites relations personnelles, ethniques, de religion ou politiques). Les codes doivent comporter des dispositions claires et dépourvues d'ambiguïté concernant les circonstances dans lesquelles des invitations, des dons et d'autres avantages peuvent être acceptés ou au contraire doivent être refusés, surtout lorsqu'il s'agit de dons provenant de personnes ou d'entités qui font affaire avec un organisme public, un emploi à l'étranger (par exemple pour veiller à ce qu'un travail à l'étranger n'ait pas d'impact sur les fonctions officielles) et l'utilisation des ressources de l'administration (par exemple, les ressources de l'administration ne doivent être utilisées qu'aux fins de l'État ou bien le caractère confidentiel de l'information non rendue publique doit être protégé). Enfin, les codes doivent énoncer les restrictions que doivent respecter les agents publics après leur démission ou leur départ à la retraite (par exemple restrictions interdisant à d'anciens agents

publics de représenter leur nouvel employeur devant leur ancien organisme ou de communiquer des informations confidentielles à leur nouvel employeur).

### *II.3. Applicabilité*

Indépendamment des principes fondamentaux, il se peut qu'il faille, en vertu de l'article 8 de la Convention, élaborer une série de codes pour les différentes catégories d'agents publics ainsi que des codes applicables aux entités qui traitent avec l'État, comme les fournisseurs, ou les entités du secteur privé ou les organisations non gouvernementales qui sont appelés à décaisser des fonds publics.

Du point de vue de son application, la première question à se poser est celle de savoir si le code doit être revêtu d'un statut particulier par la loi. Nombre des aspects réglementés par le code se rapportent à l'exécution impartiale et transparente des fonctions confiées à un agent public. Étant donné le nombre d'agents auxquels peut s'appliquer un tel code, il convient d'étudier soigneusement les incidences, des points de vue de l'intervention des tribunaux, de tous les aspects du code.

La deuxième question est de savoir si les États parties souhaitent établir une différenciation entre les éléments du code qui concernent essentiellement l'exécution des tâches du service public considéré et ceux qui ont trait aux conflits d'intérêts et aux autres questions dans le contexte desquelles le code entend établir une différenciation entre la régularité et l'irrégularité de l'influence qui peut être exercée sur les actes et les décisions d'un agent public. À ce propos, les États parties voudront peut-être adopter une approche plus formelle ou plus juridique des aspects du code qui concernent la déclaration des avoirs, les dons, une activité secondaire, les activités entreprises après la fin d'un emploi public, les invitations ou les autres avantages risquant de susciter des conflits d'intérêt.

La troisième question concerne les mesures à prendre pour éviter d'élaborer et d'appliquer un code destiné à rester lettre morte, c'est-à-dire d'un code qui est simplement incorporé à un manuel de formation ou qui est rédigé sans participation du personnel. Une telle approche crée le risque que le personnel ne demeure sceptique quant à l'utilité du code ou même le considère comme dépourvu de toute pertinence, considérant qu'il lui a été imposé.

S'ils veulent qu'un code soit efficace, les États parties devront veiller à ce que:

- Les hauts fonctionnaires appuient le code et prêchent d'exemple;
- Le personnel soit associé à toutes les étapes de l'élaboration et de l'application du code;
- Des mécanismes d'appui aient été mis en place pour encourager l'application du code;

- Le respect du code soit pris en considération dans le contexte de l'avancement, etc.;
- Le respect du code soit suivi périodiquement par des moyens de vérification appropriés;
- Il soit organisé une formation périodique et approfondie concernant le code de conduite (et, d'une manière générale, la sensibilisation à la corruption);
- L'organisation s'emploie continuellement à promouvoir une culture éthique (un code de conduite est à cet égard une condition importante mais non suffisante);
- Le respect du code soit assuré, au besoin, par des mesures disciplinaires;
- Le code sera revu périodiquement pour s'assurer qu'il demeure valable, pertinent et accessible;
- Le code soit rédigé en des termes et soit structuré de façon qu'il réponde aux besoins spécifiques de l'organisation;
- Le code devienne un instrument qui influe directement sur les décisions, les comportements et les attitudes au travail (voir l'article 10).

Il faut, en quatrième lieu, déterminer le modèle à suivre pour l'élaboration d'un code. Il n'y a pas, à cet égard, de solution uniforme. Le contenu du code peut, par exemple, porter sur des questions comme les suivantes: normes applicables à l'exercice des fonctions publiques et valeurs de l'organisation; conflits d'intérêts; dons et avantages; pots-de-vin; discrimination et harcèlement; justice et équité dans les rapports avec le public; traitement réservé à l'information confidentielle; utilisation des ressources, des installations du matériel d'administration à des fins personnelles (y compris courriel, Internet, ordinateurs, télécopieurs, etc.); activité secondaire; activités politiques; participation à des organisations communautaires et travail bénévole; signalement de cas de corruption, de mauvaise administration et de gaspillage graves; travail après la fin d'un emploi public; et procédures et sanctions disciplinaires.

La cinquième question à régler se rapporte au contexte ou au cadre à l'intérieur duquel les États parties entreprennent d'élaborer un code. Il ne suffit pas de rédiger un code, de sorte que les États parties devront utiliser les moyens de lui conférer un statut de nature à maximiser son impact.

Les États parties pourront ainsi, d'une manière générale, conférer légitimité et autorité au code en promulguant des lois et des règlements à cet effet et en subordonnant les offres d'engagement à l'acceptation du code (par exemple par le biais d'une acceptation individuelle ou collective, d'un serment ou d'une déclaration solennelle ou d'un accord au contrat d'emploi). Les États parties devront veiller à ce que la direction générale des divers départements de l'État soit responsable de l'application du code, et ces départements devront par conséquent, au besoin, élaborer leurs propres codes et des politiques plus

détaillées inspirées du code général, selon les rôles et les attributions qui sont censés être les leurs, compte tenu de leurs circonstances et de leurs besoins particuliers. Les valeurs et les normes reflétées dans le code seront ainsi plus pertinentes sur le plan opérationnel et pourront être intégrées au système de gestion.

Les divers départements de l'administration devront compléter un code en promulguant des politiques et des règles, en organisant une formation et en introduisant des procédures indiquant plus en détail ce qui est attendu des agents publics et ce qui leur est interdit. Il y aura lieu de prévoir également des clauses s'appliquant spécifiquement aux titulaires de postes présentant un risque élevé de corruption. Pour que le code soit dûment respecté, il faudra qu'il soit d'accès facile et qu'il soit mieux compris. Ces dispositions, par exemple celles qui concernent les déclarations de la situation financière, devront être accompagnées de formulaires de déclaration qui soient aisément disponibles. La direction générale voudra peut-être faire du respect du code l'un des éléments du processus d'appréciation et de gestion du comportement professionnel et veiller à ce que chacun soit conscient des conséquences, y compris l'ouverture de procédures disciplinaires et, le cas échéant, la saisine de la justice, que peuvent avoir les violations du code.

Les États parties auront intérêt à publier le code pour faire bien connaître aux médias et au grand public les normes attendues des agents publics de sorte que chacun sache quelles sont les pratiques acceptables ou inacceptables. Il conviendra de définir les procédures à suivre pour que le public sache comment et à qui signaler les violations et pour que les médias puissent rendre compte de bonne foi des violations éventuelles du code sans crainte de représailles.

Enfin, les États parties devront veiller à désigner un organe de contrôle, qui pourra être l'organisme désigné conformément à l'article 6, pour suivre et surveiller l'application du code, en particulier au moyen d'examen périodiques et de sondages visant à déterminer dans quelle mesure les agents publics sont familiarisés avec le code et l'appliquent et quelles sont les difficultés et les pressions auxquelles ils sont confrontés, ainsi que de publier chaque année des rapports sur la mesure dans laquelle les divers organismes publics s'acquittent des obligations qui leur incombent en vertu du code.

### **III. Signalement par les agents publics des actes de corruption**

Un moyen important de briser la conspiration du silence qui entoure fréquemment les violations d'un code consiste à introduire un système efficace de signalement des allégations de violation en général et de corruption en particulier. Les États parties devront mettre en place des règles et des procédures adéquates pour que les agents publics puissent facilement signaler aux autorités les cas soupçonnés de violation. Il faut en effet que les agents publics soient encouragés à faire part de leurs soupçons aux autorités, sachent à qui ils doivent en rendre compte et être mis à l'abri de représailles éventuelles de la part de leurs supérieurs.

Un code a notamment pour but de faire bien comprendre aux agents publics, notamment par le biais d'une formation, les responsabilités attachées à leurs activités professionnelles et qu'ils ont par conséquent l'obligation de signaler les violations des normes applicables par d'autres agents publics ou par des tiers. Il faudra par conséquent mettre en place des procédures spécifiques qui permettent aux agents publics de signaler les cas de corruption sans que leur identité soit divulguée, par exemple par le biais de boîtes aux lettres ou de lignes téléphoniques spéciales ou par l'entremise d'organismes indépendants. Il faudra veiller de près à la sécurité et à la confidentialité des informations communiquées et mettre en place à cette fin des systèmes garantissant à ceux qui font part de bonne foi de leurs soupçons de corruption et d'irrégularités qu'ils seront à l'abri de représailles ouvertes ou dissimulées. Il faudra également mettre les agents publics en question à l'abri des autres formes de discrimination "déguisée" et de préjudice à leur carrière future pour avoir signalé des cas de corruption ou d'autres types de violation des règles de l'administration publique. Les États parties sont invités à prendre note des études spécifiques réalisées sur cette question dans le rapport d'activités de 2006 du Groupe d'États contre la corruption (GRECO) à l'adresse [http://www.coe.int/t/dg1/greco/documents/2007/Greco\(2007\)1\\_act.rep06\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dg1/greco/documents/2007/Greco(2007)1_act.rep06_EN.pdf) ou en consultant le site web de l'ONG Public Concern at Work à l'adresse <http://www.pcaw.co.uk/>

Les États parties devront par conséquent envisager de promulguer des mesures législatives et d'introduire des procédures visant à indiquer clairement à qui les allégations doivent être présentées; sous quelle forme (par exemple par écrit ou de façon anonyme); par quels moyens (par téléphone, par courriel ou par lettre); quelles sont les garanties de procédure visant à protéger l'anonymat de la personne ayant fourni ces informations; quelle sera la suite donnée aux allégations; et quelles sont les mesures visant à prévenir toutes représailles.

#### **IV. Systèmes de déclaration des situations financières**

Les États parties sont tenus d'introduire des dispositions de caractère général concernant les conflits d'intérêts, incompatibilités et activités connexes.

Les organismes publics doivent également, à titre de principe général, créer un climat tel que la prestation des services publics soit transparente et impartiale, qu'il soit notoire que le fait de proposer et d'accepter des invitations et des dons n'est pas encouragé et que les intérêts personnels ou autres n'influent pas sur les actes et les décisions de caractère officiel. L'on peut y parvenir de différentes façons, notamment en assurant une publicité générale à la prestation des services publics (voir l'article 10) et en rendant publics les codes de conduite et les politiques visant à prévenir la fraude et la corruption. L'on peut également avoir recours à une publicité ciblée, notamment dans le contexte des appels d'offres et de la documentation des marchés, ainsi qu'en publiant des avis à l'intérieur des partis politiques ou sur Internet.

D'une manière générale, les règlements visant à éviter les conflits d'intérêts devront porter plus particulièrement sur les types de conflits qui ont été les plus

fréquents dans le pays considéré. Il faudra mettre en place les procédures appropriées afin de pouvoir intervenir lorsqu'il existe un risque de conflits d'intérêts ou lorsqu'il en a déjà été détecté un. Lorsque des conflits d'intérêts ne peuvent pas être évités (par exemple au sein de petites communautés), il faudra prévoir des procédures en vue de sauvegarder l'intérêt public sans paralyser l'activité de l'organisme public en question. Les agents publics auxquels s'applique la réglementation devront comprendre et admettre le concept de conflits d'intérêts et les normes applicables. Les agents publics devront pouvoir s'informer et demander des renseignements sur la marche à suivre en cas de doute sur l'existence possible d'un conflit d'intérêts. Il sera bon, à cet égard, de mettre en place un processus ou un mécanisme formel de consultation auquel les agents publics puissent aisément avoir recours pour solliciter des éclaircissements et des avis dans des cas particuliers. Un ou plusieurs organes devront être chargés de faire enquête et d'obtenir toutes les informations nécessaires sur les éventuels conflits d'intérêts. La législation, les questions de pouvoir et/ou les contrats d'emploi devront prévoir des sanctions appropriées en cas d'inobservation des règlements relatifs aux conflits d'intérêts. Des informations concernant les règles que doivent suivre les agents publics pour éviter les conflits d'intérêts devront être mises à la disposition du public.

En particulier, les règles concernant les déclarations de situations financières et l'enregistrement des avoirs et des intérêts devront tendre à ce que:

- La déclaration englobe tous les principaux types de revenus et d'avoirs des agents publics (règle qui serait applicable à tous les agents publics ou bien à partir de certaines classes ou dans un secteur déterminée et/ou aux membres de leur famille);
- Les formulaires de déclaration permettent de comparer la situation financière des agents publics d'une année sur l'autre;
- Les procédures de déclaration écartent toute possibilité de dissimulation des avoirs des agents publics par d'autres moyens ou, dans la mesure du possible, les avoirs détenus par des personnes échappant au contrôle de l'État partie (par exemple les personnes se trouvant à l'étranger ou des non-résidents);
- Il existe un système fiable de vérification des revenus et des avoirs pour toutes les personnes physiques et morales – par exemple dans le cadre de l'administration fiscale – ayant affaire avec les agents publics;
- Les agents publics aient une nette obligation de documenter/prouver la source de leurs revenus;
- Dans la mesure du possible, les agents publics ne puissent pas déclarer des avoirs inexistantes qui puissent ultérieurement être utilisés pour justifier un patrimoine autrement inexplicable;

- Les organismes de supervision soient dotés d'effectifs, de compétence, de capacités techniques et de pouvoirs légaux suffisants pour pouvoir exercer un contrôle efficace;
- Les violations de ces règles fassent l'objet de sanctions dissuasives appropriées.

Afin que les règles élaborées en matière de conflits d'intérêts soient appropriées et pertinentes, les États parties devront en particulier se poser les questions suivantes:

- Quels sont les postes ou activités jugés incompatibles avec une fonction publique déterminée?
- Quels sont les intérêts et les avoirs devant être déclarés (y compris passif et dettes)?
- Des postes différents doivent-ils être soumis à des règles différentes en matière de conflits d'intérêts?
- Quel est le degré de détail des informations à déclarer (seuils)?
- Quelle forme la déclaration doit-elle revêtir?
- Qui sera appelé à vérifier les informations déclarées?
- Qui devra avoir accès à l'information?
- Jusqu'où devra aller la déclaration d'intérêts indirects (par exemple intérêts de la famille)?
- Qui sera tenu par l'obligation de déclarer (par exemple selon le risque de corruption; selon les capacités institutionnelles de vérifier les déclarations)?
- Dans quelle mesure et comment les déclarations devront-elles être publiées (compte dûment tenu des questions liées à la protection de la vie privée et aux capacités institutionnelles)?
- Comment le respect de l'obligation de déclaration sera-t-il vérifié et par qui?

Tous les États parties auront également intérêt à promulguer des politiques et procédures concernant les invitations et dons, lesquelles devront notamment porter sur les points comme les suivants:

- Autorisation de recevoir une invitation ou un don;
- Informations à déclarer en vue d'enregistrement;
- Accès au registre;
- Propriété des dons acceptés;
- Vérification de l'information;

- Moyens de faire enquête sur les violations ou les allégations de violation;
- Sanctions.

Les registres des invitations et des dons devront consigner à la fois les offres reçues et les invitations et dons acceptés. Il conviendra également de donner aux agents publics des indications quant aux circonstances et aux formes dans lesquelles les informations pertinentes devront être enregistrées (la mise en place d'un système formel et le respect des indications données permettent également de mettre les agents publics à l'abri d'allégations malveillantes). Il conviendra, conformément aux pratiques optimales, de fixer le seuil à partir duquel des invitations ou des dons doivent être déclarés, seuil à partir duquel chaque agent public doit, avant d'accepter une invitation ou un don, solliciter l'approbation d'un supérieur. Les indications fournies devront également souligner que les invitations et dons doivent être déclarés sans tarder, et indiquer les procédures de contrôle du registre par la direction générale et les services d'audit interne.

Tous les États parties auront intérêt à mettre en place des moyens institutionnels afin de pouvoir réviser les codes, suivre leur application et régler les questions connexes, comme formation et évaluations. Ces fonctions pourront également être confiées à l'organe ou aux organes créés en application de l'article 6.

## **V. Mesures disciplinaires**

Il importe que tous les États parties mettent en place des procédures clairement définies et dépourvues d'ambiguïté parmi lesquelles la violation du code. Ces procédures dépendront de leurs propres systèmes institutionnels et juridiques et devront indiquer quelle est la personne ou l'institution qui devra être chargée de recevoir, de vérifier et de contrôler les allégations concernant les invitations, les dons ou la situation financière, compte tenu du volume de travail que cela peut représenter et de la facilité avec laquelle des informations pertinentes peuvent être obtenues. Les États parties devront également déterminer quelle personne ou quelle institution sera chargée de statuer sur les violations constatées.

Les lois, règles ou conditions d'emploi applicables aux droits et obligations des agents publics devront prévoir des mesures disciplinaires appropriées et efficaces. Les systèmes d'administration du personnel et de gestion de tous les organismes publics devront par conséquent comporter des procédures et des sanctions visant à dissuader, détecter et sanctionner les cas de fautes professionnelles. Il faudra, conformément au code, mettre en place un cadre unifié de procédures disciplinaires et de recours pour protéger l'intégrité du service et celle de chaque agent public. Ce cadre devra permettre de dissuader et de sanctionner les cas de corruption administrative ou de fautes professionnelles en indiquant en termes clairs et dépourvus d'ambiguïté les mesures et sanctions applicables en pareils cas. Le mécanisme de recours aura pour but de protéger les

agents publics contre des accusations malveillantes et fausses de corruption ou de fautes professionnelles mais devront également prévoir des procédures visant à protéger les agents publics qui signalent les pratiques de corruption dont ils ont connaissance.

## **Article 9: Passation des marchés publics et gestion des finances publiques**

*1. Chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption. Ces systèmes, pour l'application desquels des valeurs-seuils peuvent être prises en compte, prévoient notamment:*

*a) La diffusion publique d'informations concernant les procédures de passation des marchés et les marchés, y compris d'informations sur les appels d'offres et d'informations pertinentes sur l'attribution des marchés, suffisamment de temps étant laissé aux soumissionnaires potentiels pour établir et soumettre leurs offres;*

*b) L'établissement à l'avance des conditions de participation, y compris les critères de sélection et d'attribution et les règles d'appels d'offres, et leur publication;*

*c) L'utilisation de critères objectifs et prédéterminés pour la prise des décisions concernant la passation des marchés publics, afin de faciliter la vérification ultérieure de l'application correcte des règles ou procédures;*

*d) Un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies conformément au présent paragraphe;*

*e) S'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation.*

*2. Chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des mesures appropriées pour promouvoir la transparence et la responsabilité dans la gestion des finances publiques. Ces mesures comprennent notamment:*

*a) Des procédures d'adoption du budget national;*

*b) La communication en temps utile des dépenses et des recettes;*

*c) Un système de normes de comptabilité et d'audit, et de contrôle au second degré;*

d) *Des systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne;*  
et

e) *S'il y a lieu, des mesures correctives en cas de manquement aux exigences du présent paragraphe.*

3. *Chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification.*

## I. Contexte

Chacun s'accorde à reconnaître que la passation des marchés est un processus exposé à la corruption, aux ententes, à la fraude et à la manipulation, de sorte que les États parties sont tenus d'élaborer en la matière des procédures portant, entre autres, sur les points visés aux alinéas a) à e) du paragraphe 1 ci-dessus. Ils sont invités à prendre note des études spéciales à ce sujet figurant dans les publications récentes de l'OCDE comme la corruption dans les marchés publics: méthodes, acteurs et contremesures, OCDE, 2007, disponible à l'adresse [http://www.oecd.org/document/60/0,3343,en\\_2649\\_37447\\_38446908\\_1\\_1\\_1\\_37447,00.html](http://www.oecd.org/document/60/0,3343,en_2649_37447_38446908_1_1_1_37447,00.html), des études intitulées Intégrité dans les marchés publics: les bonnes pratiques de A à Z (OCDE, 2007) et Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement (OCDE, 2005), ainsi que des documents de recherche publiés par Transparency International, disponible à l'adresse, <http://www.transparency.org/>, et par la Banque mondiale, disponible à l'adresse <http://go.worldbank.org/KVOEGWC8Q0>.

Il importe de noter que la réglementation des marchés publics n'a pas pour objet de combattre la corruption en tant que telle, ses objectifs les plus usuels étant notamment obtention d'un bon rapport qualité-prix, intégrité, obligation redditionnelle, équité et développement social ou industriel<sup>2</sup>. La difficulté est de concilier ces objectifs, dont certains peuvent être contradictoires. Chacun s'accorde néanmoins à penser que les systèmes de passation des marchés doivent refléter les principes énoncés au paragraphe 1 de l'article 9 ci-dessus. Différentes institutions ont établi des principes directeurs en la matière, dont la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qui a publié une Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, avec un Guide explicatif, et la Banque mondiale, qui a publié des directives concernant la passation des marchés et les questions connexes<sup>3</sup>. Entre

---

<sup>2</sup> Voir par exemple Arrowsmith, Linarelli et Wallace, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives* (2000; Kluwer Law International), ch. 2; Schooner, "Desidarata: Objectives for a System of Government Contract Law" (2002) 11 P.P.L.R. 103-110.

<sup>3</sup> Voir "Directives: Passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'IDA" et les autres documents concernant les politiques et procédures de la Banque concernant la passation des marchés, disponibles à l'adresse

autres groupements internationaux et régionaux ayant élaboré en matière de passation des marchés des règles pouvant être prises en considération par les États parties pour l'élaboration de législations nationales, il y a lieu de citer notamment l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) et l'Union européenne (UE), laquelle a adopté en 2004 deux directives à ce sujet, la Directive 2004/17/CC (adjudication de marchés dans le secteur des services d'utilité publique) et la Directive 2004/18/CE (marchés adjugés par des autorités publiques), le projet d'Accord relatif à la zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), l'Accord nord-américain de libre-échange (ANALE), l'Organisation des États américains (OEA) et l'Accord sur les marchés publics conclus sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)<sup>4</sup>.

Les objectifs visés en matière de passation des marchés, y compris la prévention de la corruption, doivent reposer non seulement sur une réglementation adéquate mais aussi sur une bonne gouvernance. Aussi les États parties sont-ils tenus de veiller à ce que toutes les recettes et dépenses publiques soient dûment publiées et soient soumises à des mécanismes efficaces d'audit interne et externe, à ce que la législation et les procédures applicables soient respectées (réglementation, mais aussi culture institutionnelle) et à ce que les marchés eux-mêmes soient soumis à un contrôle approprié. Comme dans le cas de la passation des marchés, plusieurs organismes s'occupent d'élaborer des principes et de définir les pratiques à suivre en matière d'audit, en particulier l'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques et ses sept groupes de travail régionaux.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Passation des marchés*

#### *II.1.1. Principes*

Les principaux éléments des systèmes nationaux de passation des marchés sont les procédures mises en place pour identifier, spécifier et rendre publics les marchés devant être passés et déterminer les fournisseurs admis à soumissionner, la règle étant que les appels d'offres doivent être ouverts à moins qu'ils n'aient de bonnes raisons de procéder à des appels d'offres restreints, les procédures d'évaluation des soumissions et d'attribution des marchés et les procédures de révision ou de contestation. Les États parties doivent mettre en place des

---

<http://go.worldbank.org/9P6WS4P5E1>.

<sup>4</sup> Le Groupe de travail plénier de l'OMC chargé d'étudier les questions liées à la transparence des marchés publics a suspendu ses travaux. Voir la décision du Conseil général de l'OMC concernant le Programme de travail de Doha (l'"Ensemble de résultats de juillet", disponible à l'adresse [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/draft\\_text\\_gc\\_dg\\_31july04\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm)) du 1<sup>er</sup> août 2004, dont il ressort entre autres qu'il n'y aurait pas de négociation concernant la question de la transparence des marchés publics évoquée à Singapour. L'on espère toutefois que le Groupe de travail reprendra prochainement ses activités.

procédures claires et détaillées englobant tous les aspects de la passation des marchés, y compris le rôle des agents publics, et visant expressément à promouvoir et à maintenir les normes de probité et d'intégrité les plus élevées. Les États parties doivent également instituer des règles pour les cas où il y a lieu de s'écarter des procédures établies, lesquels devant être dûment documentés et motivés. Il est essentiel que toutes les décisions adoptées soient transparentes, qu'il en soit rendu compte et qu'elles puissent être contrôlées par les organismes de supervision, le Parlement et le public.

### *II.1.2. Mesures visant à améliorer la transparence*

La transparence est l'un des moyens qui permette le mieux de garantir l'intégrité du processus de passation des marchés. Celui-ci comporte essentiellement trois étapes: planification des achats et décision de passer un marché, y compris l'établissement du cahier des charges (spécifications); organisation et allocation des marchés publics par appels d'offres ouverts (à moins que des circonstances exceptionnelles ne conduisent à avoir recours à d'autres procédures) et attribution du marché; et clôture de l'opération (évaluation de l'exécution du marché et paiement). L'article 9 contient des indications concernant les aspects devant être réglementés.

En ce qui concerne la disposition de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 9 concernant la publication des informations pertinentes concernant les marchés, la Loi type de la CNUDCI comporte plusieurs articles visant à garantir la transparence du processus, notamment en stipulant que toutes les lois et réglementations pertinentes doivent être publiées et qu'il faut obligatoirement avoir recours à des appels d'offres ouverts à moins que des circonstances particulières ne justifient une méthode plus restreinte. En fait, comme indiqué dans le Guide d'application joint, les appels d'offres ouverts sont la méthode de passation des marchés généralement reconnue comme étant la plus efficace pour promouvoir les objectifs du processus de passation des marchés indiqués ci-dessus, y compris la prévention de la corruption. Des appels d'offres ouverts constituent une méthode transparente de passation des marchés qui suppose, en règle générale, tous les appels à soumissionner auxquels peuvent participer tous les fournisseurs ou contractants intéressés sans restriction, une description et une spécification précise des biens ou services à acquérir; la communication aux fournisseurs ou contractants des critères qui seront appliqués pour évaluer et comparer les soumissions et sélectionner le soumissionnaire retenu (sur la base du prix seulement ou d'une combinaison du prix et d'autres critères techniques ou économiques); l'interdiction absolue de négociations entre l'organisme acquéreur et les fournisseurs ou contractants potentiels quant à la teneur de leur soumission; l'ouverture publique des plis à la date limite fixée pour les soumissions; et, le cas échéant, la publication des formalités à suivre pour la conclusion du contrat. Lorsque le marché porte sur des services, la procédure d'appels d'offres ouverts est parfois modifiée de façon à prendre en considération, lors du processus d'évaluation, les qualifications et l'expérience des prestataires de services.

Dans les cas exceptionnels où les méthodes susmentionnées ne sont pas appropriées ou viables, la plupart des systèmes, y compris la Loi type de la CNUDCI, comportent d'autres méthodes de passation des marchés auxquelles l'on peut avoir recours lorsque les circonstances le justifient. Si une justification est requise, c'est parce que ces autres méthodes restreignent jusqu'à un certain point le nombre de fournisseurs invités à soumissionner ou affectent la transparence du processus à d'autres égards, en particulier lorsque les marchés sont négociés de gré à gré. Les circonstances pouvant justifier le recours à ces autres méthodes sont notamment les situations dans lesquelles l'organisme acquéreur ne peut pas établir un cahier des charges suffisamment précis et définitif, les cas où le temps presse par suite d'événements catastrophiques, la complexité technique ou la spécificité des biens à acquérir, la fourniture de travaux de construction ou de services que ne peuvent offrir qu'un nombre limité de fournisseurs, et les marchés d'une valeur aussi modique qu'il y a de bonnes raisons de limiter le nombre de soumissions que devra évaluer l'organisme acquéreur. Il importe au plus haut point de définir comme il convient des cas dans lesquels ces autres méthodes peuvent être utilisées, et dans quelles circonstances. Néanmoins, selon toutes les méthodes prévues par la Loi type de la CNUDCI et celles que l'on trouve habituellement dans la plupart des instruments internationaux relatifs à la passation des marchés, y compris ceux qui n'exigent pas la publicité des appels d'offres, les conditions et les critères de participation et de sélection doivent être objectifs, prédéterminés et communiqués aux participants, et l'attribution du marché doit être publiée (sous réserve, dans certains cas, d'un seuil *de minimis*). Il est particulièrement important que ces mesures de transparence soient respectées lorsque les appels d'offres ne sont pas ouverts.

Un autre aspect important de la transparence est une information exacte et librement accessible. Dans l'idéal, toutes les informations concernant les marchés devraient pouvoir être consultées gratuitement, mais le type d'informations qui doivent pouvoir l'être et les moyens qui doivent être utilisés dans la pratique pour y accéder ne sont pas toujours uniformes. Bien que la plupart des systèmes nationaux ne prévoient pas la perception de droits de participation (parfois au-delà d'un droit symbolique reflétant le coût de la distribution du cahier des charges), certaines organisations internationales en perçoivent effectivement pour certains éléments de la participation au processus. Les États parties devront par conséquent veiller à ce que le public ait accès à l'information concernant le processus de passation d'attribution des marchés, y compris les appels d'offres et les types de listes approuvées, ainsi qu'aux informations pertinentes touchant l'attribution des marchés, de sorte que les soumissionnaires potentiels aient le temps de préparer et de présenter leurs offres. Les États parties sont encouragés à fournir cette information gratuitement.

Les États parties devront élaborer et publier à l'avance toutes les informations nécessaires pour permettre aux fournisseurs potentiels de participer efficacement à l'appel d'offres, et devront notamment rendre publics les lois, règles et règlements pertinents, les conditions de participation, y compris les critères de sélection et d'attribution des marchés, et fixer des plafonds et définir

les conditions applicables aux autres méthodes de passation des marchés décrites ci-dessus. Ils devront également publier les critères objectifs et préétablis sur la base desquels seront prises les décisions relatives à l'attribution des marchés pour que puisse ensuite être vérifiée plus facilement l'application des règles ou procédures pertinentes.

Les États parties devront également publier des procédures applicables au personnel responsable de la passation des marchés, notamment dans des domaines comme la gestion des risques, les pistes de vérification, les procédures spécifiques de nomination, les codes de conduite et la formation à dispenser. Il conviendra de stipuler que les commissions parlementaires et les organismes de lutte de l'État devront avoir accès à toute la documentation relative aux marchés et devront être autorisés à interroger les agents publics intéressés. Les États parties devront élaborer et rendre public un système efficace de révision des marchés, y compris un système efficace de recours, pour les cas où les règles et procédures établies n'auront pas été respectées. En pareils cas, par exemple, il pourra être interdit aux soumissionnaires reconnus coupables de ne pas avoir respecté les procédures de passation des marchés ou d'avoir commis des actes de corruption de soumissionner à nouveau. Pour des exemples de procédures de sanction efficaces, voir [http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/Scop06\\_3\\_3.pdf](http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/Scop06_3_3.pdf). Il devrait également être prévu des sanctions à l'encontre des agents publics responsables de la passation des marchés, qui peuvent être à l'origine des actes de corruption constatés.

Les États parties devront envisager de créer une institution ou une commission indépendante chargée d'élaborer et d'appliquer les procédures relatives aux marchés publics. Une telle institution serait investie de pouvoirs de décision du contrôle concernant par exemple:

- La publication et le contrôle des procédures de soumission et d'exécution des marchés;
- La participation à une étape quelconque du processus de passation des marchés;
- L'identification des indices de fraude qui peuvent permettre de détecter rapidement des cas de fraude;
- La collecte de renseignements sur la fraude et la corruption en matière de passation des marchés, par exemple: i) en analysant toutes les plaintes reçues; ii) en organisant une ligne téléphonique directe pour que les soupçons de fraude puissent être signalés de façon confidentielle; iii) en examinant les listes des fournisseurs auxquels il est interdit de soumissionner; et iv) en assurant un échange efficace d'informations avec les autres services gouvernementaux participant au processus de passation des marchés et avec le secteur privé, selon le cas;
- Le suivi de l'attribution des marchés, et en particulier des marchés conclus de gré à gré;

- L'élaboration de pactes d'intégrité et le contrôle de leur application;
- La coordination des stratégies de prévention: programmes d'éducation et de formation, fourniture d'avis et d'indications aux services d'audit interne, fourniture d'avis concernant les mesures anticorruption, la réalisation d'études de diligence ou l'élaboration de listes des fournisseurs non admis à soumissionner;
- La promotion de lois relatives à la liberté de l'information et à l'accès à l'information;
- La promotion d'une formation spécialisée, l'élaboration de codes de conduite et la définition des règles applicables à la déclaration de la situation financière des agents publics participant à l'attribution des marchés et des auditeurs.

### *II.1.3. Réglementation du processus d'appel d'offres et d'examen des soumissions*

Une telle institution devra élaborer les procédures à suivre en ce qui concerne:

- La sélection des méthodes de passation des marchés – par exemple appels d'offres ouverts ou restreints, marchés de gré à gré, recours à un fournisseur exclusif, procédure d'urgence, etc. – et critères à appliquer au processus de sélection;
- Structure des marchés: par exemple accords-cadres ou marchés ponctuels;
- Procédures d'appels d'offres et de soumissions: préparation des soumissions et publication du budget; appels d'offres et sélection; exécution du contrat, garanties de bonne exécution et listes de fournisseurs agréés;
- Critères d'attribution des marchés: prix, prix/qualité, etc.;
- Cadres d'attribution des marchés: seuils, taux directeur, méthode du coût majoré, durée, etc.;
- Application de méthodes standard de vérification, de validation et d'audit: clauses interdisant les ententes et les pots-de-vin, motifs d'interdiction de soumissionner, extraction et comparaison des données, normes de référence applicables aux fournitures, informations à fournir pour établir la solvabilité et les moyens techniques de l'entreprise soumissionnaire; la normalisation des systèmes de passation des marchés exige que tous les éléments du système de contrôle soient intégrés, par exemple au moyen de systèmes de cybermarchés;
- Notification des indices dénotant des secteurs ou des activités exposés à la corruption (par exemple pour éviter la scission artificielle des marchés ou la fourniture de produits contrefaits);

- Règles applicables à la déclaration de la situation financière de tous les agents publics participant au processus d'attribution des marchés;
- Règles à observer par tous les agents publics participant à la passation des marchés après leur démission ou la fin de leur emploi (par exemple pour éviter que les agents publics ne négocient avec les fournisseurs, avant leur démission, pour obtenir un emploi rémunérateur);
- Modifications des marchés;
- Vérification des marchés;
- Utilisation d'Internet pour diffuser des informations concernant les marchés;
- Liaison avec les services de répression concernant les allégations de corruption et d'infractions, comme pots-de-vin et dessous de table;
- Procédures d'interdiction future de soumissionner.

En particulier, une telle institution devra réaliser ou faire entreprendre des évaluations des principaux risques de corruption ou de fraude: manipulation des cahiers des charges et des procédures; entente entre soumissionnaires; présentation d'informations erronées; inobservation du cahier des charges, et notamment utilisation ou fourniture de matériaux de deuxième qualité ou de matériaux contrefaits; amalgame de marchés; fausses factures; paiements effectués en double; abus des clauses relatives à la modification des contrats et scission des achats; entrepreneurs fantômes et hommes de paille.

#### *II.1.4. Personnel responsable de la passation des marchés*

Comme indiqué ci-dessus dans le contexte de l'article 7, les États parties auront intérêt à évaluer les risques attachés à certains postes ou à certaines fonctions, comme ceux dont les titulaires interviennent dans la passation des marchés. Il faudra en pareils cas prendre des dispositions supplémentaires pour éviter les abus et il importe d'identifier les vulnérabilités organisationnelles et de définir les procédures à suivre.

Une fois de telles évaluations réalisées, les organismes publics devront envisager de mettre en œuvre divers types de mesures proactives, et notamment: filtrage des candidats présélectionnés avant l'attribution du marché pour veiller à ce qu'ils aient déjà apporté la preuve qu'ils respectent des normes de comportement élevé; imposition de conditions spécifiques aux candidats sélectionnés; contrôles de caractère procédural, comme l'évaluation des performances; ou rotation du personnel afin de réduire le risque de corruption lié à un emploi prolongé dans le même poste.

L'administration devrait également introduire des procédures de contrôle et des mécanismes de soutien pour les employés occupant des postes particulièrement exposés à la corruption, et notamment prévoir des évaluations

périodiques, des rapports confidentiels, la déclaration de l'enregistrement des intérêts, avoirs, invitations et dons. Elle voudra peut-être aussi adopter, lorsque cela sera possible et selon le degré de risque, un système d'examen et d'approbation à plusieurs niveaux pour certaines questions plutôt que de confier à une seule personne le pouvoir exclusif de prendre des décisions, notamment pour mettre les agents publics à l'abri d'influence indue, mais aussi pour introduire un élément d'indépendance dans le processus de prise de décisions.

Comme cela a été indiqué dans la section II.1.3, l'organe chargé de la passation des marchés devra également, en consultation avec les autres institutions compétentes, comme les auditeurs externes et les organismes désignés en application des articles 6 et 36, élaborer un registre des risques de corruption et de fraude afin de détecter dès que possible les indices de fraude et de pouvoir ainsi inspecter de plus près tel ou tel aspect du processus de passation des marchés publics, ou bien un registre des entreprises et des personnes ayant violé les dispositions applicables ou s'étant livrées à des actes de corruption. Il sera bon aussi que l'administration encourage ou organise des cours de formation spécialisée à l'intention des cadres, des auditeurs et des enquêteurs pour faire en sorte que ceux-ci connaissent parfaitement les méthodes de travail et les procédures de passation des marchés et puissent ainsi plus facilement s'acquitter de leurs tâches.

Il est utile aussi, pour garantir l'objectivité du processus de passation des marchés, d'utiliser une terminologie commune et de normaliser les définitions utilisées dans les cahiers des charges. Voir par exemple l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI.

Comme indiqué ci-dessus, il est indispensable, si l'on veut que le contrôle soit efficace, de conserver une documentation adéquate. L'article 11 de la Loi type de la CNUDCI stipule qu'il doit être tenu pour chaque marché un dossier indiquant les informations à conserver à des fins d'audit. En outre, le texte contient des règles concernant le degré de détail des informations devant être divulguées. Essentiellement, tout membre du public doit pouvoir avoir accès aux informations de base visant à assurer la transparence des opérations de l'organisme acquéreur ainsi qu'aux informations nécessaires pour permettre aux participants au processus d'évaluer les performances et de détecter les cas dans lesquels il existe des motifs légitimes de contestation.

Il importe également de conserver des dossiers complets concernant les marchés si l'on veut qu'il puisse être donné suite aux contestations et aux recours, en particulier en ce qui concerne la rapidité, la transparence, la publicité ou la suspension en temps opportun de la procédure d'attribution du marché ou du contrat, selon le cas.

Une budgétisation adéquate au niveau de l'organisme acquéreur est un aspect essentiel de la planification des marchés, et inversement. L'insuffisance ou l'inexistence de la planification des marchés est une source bien connue d'abus et peut par exemple déboucher sur un recours injustifié à des procédures restreintes (la passation du marché étant devenue "urgente") ou sur des achats

inutiles (si l'on craint que les crédits ouverts ne soient pas renouvelés s'ils ne sont pas dépensés). Il se peut aussi que, faute de fonds, il soit impossible de procéder à des achats essentiels.

## *II.2. Finances publiques*

### *II.2.1. Gestion des finances publiques*

Les États parties devront veiller à ce que toutes les opérations d'élaboration et de présentation du budget reflètent clairement les rôles et les responsabilités respectifs, à ce que le public ait accès à l'information, à ce que le processus d'élaboration, d'exécution et de reddition de compte soit transparent, à ce qu'il soit mis en place des mécanismes d'audit efficaces et à ce que les comptes soient soumis au contrôle du Parlement. Un système bien conçu des finances publiques doit refléter les principes suivants:

- Transparence des recettes publiques;
- Prévisibilité des impôts à recouvrer;
- Crédibilité du budget, celui-ci devant être réaliste et exécuté comme prévu;
- Complétude et transparence: le budget et les risques budgétaires sont supervisés en détail, et le public a accès à l'information budgétaire;
- Des limites sont imposées aux dépenses hors budget, aux dépassements de crédits ou à l'ouverture de crédits supplémentaires, le tout étant soumis à des critères et à des contrôles appropriés et rendus publics;
- Budgétisation axée sur les politiques: le budget est établi compte dûment tenu des politiques gouvernementales;
- Prévisibilité et contrôle de l'exécution du budget: le budget est exécuté de façon méthodique et prévisible, et il existe des mécanismes visant à contrôler l'utilisation qui est faite des données publiques;
- Comptabilité, reddition de comptes et rapports: il est établi, tenu et diffusé les comptes et des registres de nature à faciliter la prise de décisions, la gestion et les rapports;
- Contrôle et audit externes: les finances publiques sont vérifiées par les services de vérification des comptes de l'État et par le Parlement et sont suivies par l'exécutif; les dépenses de caractère confidentiel ne sont autorisées que dans des cas limités; tous les organes qui dépensent des fonds publics sont soumis à un contrôle; et les rapports d'audit sont examinés chaque année par le Parlement.

## *II.2.2. Procédures pour l'adoption du budget national*

Il existe dans tous États des procédures établies d'approbation des budgets annuels. Dans les pays où le Parlement est élu, le pouvoir de dépenser de l'État est exercé par le biais de l'adoption du budget annuel. Si le Parlement ou toute autre autorité compétente n'examine pas de près ou ne discute pas le budget, ce pouvoir n'est pas exercé comme il se devrait, ce qui affectera l'obligation redditionnelle du gouvernement. L'examen et le débat consacrés au budget annuel dépendront de plusieurs facteurs, dont la portée de l'examen, les procédures internes d'examen et de discussion et le temps réservé à cet effet. Même lorsqu'il n'y a pas de Parlement élu, les États parties devront veiller à ce que le budget fasse l'objet d'un examen public aussi large que possible.

Le budget est le principal document directif du gouvernement. Il devra être détaillé et refléter toutes les recettes et les dépenses publiques de sorte que l'arbitrage à effectuer entre les différentes options politiques puisse être évalué et que le Parlement ou le public puisse véritablement exercer un contrôle. Le processus budgétaire devra englober un certain nombre de questions.

Premièrement, les États parties devront définir le contexte; autrement dit, les hypothèses économiques qui sous-tendent les prévisions budgétaires devront être faites conformément aux pratiques budgétaires usuelles, et le budget devra comporter une discussion des recettes escomptées. Le budget devrait également indiquer en détail quelle est la situation financière de l'État, ainsi que son passif, son actif non financier, ses engagements au titre des pensions des fonctionnaires et l'ouverture de crédits pour imprévus.

Les États parties doivent veiller à ce que, dans toute la mesure possible, les organismes non gouvernementaux aient accès à toutes les propositions budgétaires, y compris le budget de la défense, et aux informations concernant les dépenses publiques. Le projet de budget devra être soumis au Parlement et/ou au public suffisamment à l'avance pour que le Parlement et/ou les autres organes compétents et le public puissent l'examiner comme il convient. Ce délai ne devra en aucun cas être inférieur à trois mois avant le début de l'exercice. Le budget devra être approuvé par le Parlement avant le début de l'exercice.

Le budget ou les documents connexes devront comporter un commentaire détaillé de chaque poste de recettes et de dépenses ainsi que des données sur les résultats non financiers, y compris les objectifs de performance, pour tous les postes de dépenses. Des informations comparatives devront être fournies pour chaque programme concernant les recettes et les dépenses effectives de l'exercice passé et les prévisions mises à jour pour l'exercice en cours. Les informations comparatives semblables devront être fournies pour les données concernant les résultats non financiers.

Le budget devra présenter également une perspective à moyen terme illustrant comment les recettes et les dépenses évolueront au cours des deux années suivant l'exercice à venir au moins. De même, le projet de budget de l'exercice devra être comparé aux prévisions reflétées dans les rapports

budgétaires antérieurs concernant l'exercice, tous les écarts significatifs devront être expliqués.

Si les recettes et les dépenses sont autorisées par une loi de caractère permanent, les montants de chaque poste de recettes et de dépenses devront néanmoins être reflétés dans le budget à des fins d'information, au même titre que les autres postes. Les dépenses pourront être présentées en termes bruts. Les recettes à emploi spécifique et les droits perçus des usagers devront être comptabilisés séparément et clairement, sans égard à la question de savoir si les systèmes d'incitation et de contrôle prévoient que la totalité ou une partie des recettes sera concernée par l'institution chargée de leur recouvrement. Les dépenses devront être classées par unité administrative (par exemple ministère, institution, etc.). Le budget devra également comporter des informations supplémentaires classant les dépenses par catégories économiques et fonctionnelles.

### *II.2.3. Présentation en temps opportun de rapports sur les recettes et les dépenses*

Tous les États parties devront garantir la prévisibilité et l'efficacité du recouvrement des impôts en tenant un registre adéquat des contribuables et en évaluant correctement le montant des impôts dont ceux-ci sont redevables. Les États parties devront adopter des mesures pour garantir la transparence des principales sources de revenus déclarées au fisc, en ayant en vue que certains secteurs, partout dans le monde, tendent à être plus exposés à la corruption. Tel est notamment le cas de secteurs comme l'extraction, le traitement et la distribution de ressources naturelles, minérales ou autres, des ventes d'armes et d'aéronefs, du jeu et des produits pharmaceutiques.

Tous les États parties devront veiller à ce que le budget soit exécuté efficacement, conformément aux programmes de travail, pour faire en sorte que les ministères, institutions et départements dépensiers reçoivent les informations fiables sur la disponibilité de fonds qu'ils puissent engager pour couvrir les dépenses courantes et les dépenses d'équipement. Tous les États parties devront publier en temps opportun des états financiers consolidés de fin d'exercice, indispensables à la transparence du système de gestion des finances publiques. Pour être complets, ces états devront être fondés sur les informations communiquées par tous les ministères, départements indépendants et services décentralisés. En outre, la capacité d'établir en temps opportun les états financiers de fin d'exercice est l'un des principaux indicateurs du bon fonctionnement de systèmes rentables et de la qualité des comptes tenus. Dans certains pays, les ministères, départements et services décentralisés publient chacun des états financiers qui sont ensuite regroupés par le Ministère des finances. Dans les pays où le système de gestion est plus centralisé, toutes les informations nécessaires à l'établissement des états financiers sont détenues par le Ministère des finances.

#### *II.2.4. Comptabilité, audit et contrôle*

Des rapports financiers fiables, qui ne peuvent être établis qu'à la suite d'un contrôle et d'une vérification constants des activités et des politiques comptables, constituent un élément important du mécanisme de contrôle interne et ce n'est qu'ainsi que peuvent être rassemblées les informations de qualité nécessaires à la gestion et à la publication de rapports externes. À ce propos, il importe de rapprocher fréquemment et opportunément les données provenant de sources différentes.

Tous les États parties devront mettre en place un mécanisme approprié d'audit interne et externe.

D'une manière générale, les fonctions essentielles de l'audit interne peuvent être définies comme suit: il s'agit d'un processus de vérification de base consistant à passer en revue l'exactitude avec laquelle les éléments d'actif sont contrôlés, les recettes sont comptabilisées et les dépenses sont décaissées; un audit systémique visant à évaluer l'adéquation et l'efficacité des systèmes de contrôle financier et opérationnel et de contrôle de la gestion; un audit de la probité, de l'économie, de l'efficacité et de l'efficacité visant à vérifier la régularité des transactions et l'efficacité des mesures visant à prévenir les gaspillages, les dépenses somptuaires, la fraude et la corruption; un audit complet de la gestion des risques.

Les Ministères des finances ou du Trésor devront donner des instructions concernant la présentation annuelle des comptes, les effectifs des services de vérification interne des comptes, en fonction des dimensions et du montant des dépenses de l'institution dont il s'agit, ainsi que les compétences professionnelles que doivent posséder les vérificateurs pour s'acquitter comme il convient de leurs fonctions d'audit.

En bref, des services d'audit interne sont mis en place par la direction de l'organisme public considéré, conformément aux directives données par l'État partie et, bien qu'ils opèrent de façon indépendante, font partie intégrante de la fonction de gestion en général de l'organisation.

L'audit externe a essentiellement pour but d'évaluer la façon dont l'administration s'acquitte de ses responsabilités, en particulier en ce qui concerne l'utilisation des fonds publics. Il faudra notamment à cette fin évaluer les activités et leur dotation en personnel des services d'audit interne. Par ailleurs, il conviendra de définir formellement les rapports entre la vérification interne des comptes et l'audit externe dans des domaines comme la présentation de rapports, l'information, la sécurité de l'emploi, les niveaux de compétence et les échanges de personnel.

Les organismes d'audit pourront, pour les indications concernant les compétences à réunir et le travail à accomplir, consulter des organisations internationales comme l'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques. À ce propos, lors de son seizième congrès, tenu en Uruguay en 1998, celle-ci a recommandé que les institutions supérieures

de contrôle des finances publiques participent plus directement aux efforts de lutte contre la corruption. Les États parties devront promulguer des lois pour créer un service national d'audit séparé, garantir son indépendance opérationnelle, stipuler qu'un chef de ce service, dûment qualifié, devrait être nommé par le Parlement, que le service d'audit aura des capacités suffisantes pour s'acquitter de sa tâche, stipuler que l'audit pourra porter sur les dépenses de tous types de fonds publics et garantir son droit de faire rapport au Parlement. Les États parties devront collaborer avec les organes représentatifs des professions comptables pour promouvoir la formation et le perfectionnement des compétences, conformément aux normes internationales d'audit généralement applicables.

Les aspects clefs de la qualité d'un audit externe sont notamment la portée/l'ouverture de l'audit, l'application de normes d'audit appropriées, l'accent qui est mis dans des rapports sur les problèmes significatifs et systémiques de gestion financière et le degré de détail des vérifications concernant notamment la fiabilité des états financiers, la régularité des opérations et le fonctionnement des systèmes de contrôle interne et de passation des marchés. Un audit de haute qualité portera normalement aussi sur les performances (par exemple rapport qualité-prix obtenu dans le cadre des marchés importants). Le mandat de l'audit devra englober les ressources extrabudgétaires, les organismes autonomes et tout organe recevant des fonds publics, y compris, comme indiqué ci-dessus, les entrepreneurs du secteur privé auxquels ont été attribués des marchés publics.

Un élément clef de l'efficacité du processus d'audit est la rapidité avec laquelle des rapports d'audit sont publiés et il y est donné suite. L'expérience montre que lorsque le rapport d'audit est publié plusieurs années après la fin de l'exercice vérifié, l'organisme intéressé peut prétendre que les conclusions figurant dans le rapport d'audit sont dépassées et que les personnes en cause ont quitté l'organisation, de sorte qu'il n'y a plus les mêmes raisons d'intervenir. La périodicité des rapports d'audit doit être prescrite par la loi ou par quelque autre moyen efficace.

Le processus qui sera suivi dépendra jusqu'à un certain point du système de gouvernement, mais, d'une manière générale, c'est l'exécutif (les entités vérifiées et/ou le Ministère des finances) qui devra donner suite aux conclusions de l'audit en corrigeant les erreurs et en remédiant aux points faibles du système identifié par les auditeurs. Pour s'assurer qu'il sera effectivement donné suite aux conclusions de l'audit, il sera bon de prévoir que l'exécutif ou l'entité vérifiée devra présenter une réponse formelle écrite aux conclusions de l'audit pour indiquer comment celles-ci ont été ou seront appliquées. Le rapport d'audit de l'exercice suivant pourra évaluer la suite donnée aux recommandations de l'audit précédent en résumant la mesure dans laquelle les entités vérifiées ont fourni les éclaircissements voulus et ont mis en œuvre les recommandations formulées. Ces rapports devront être publiés et soumis aux commissions parlementaires compétentes.

Le Parlement a un rôle clef à jouer en contrôlant l'exécution du budget qu'il a précédemment approuvé. Cela est habituellement fait par l'entremise d'un comité ou d'une commission parlementaire qui examine les rapports d'audit externe et interroge les entités responsables au sujet des conclusions reflétées dans lesdits rapports. Le comité ou la commission parlementaire aura besoin pour fonctionner de ressources financières et techniques adéquates, devra avoir le droit d'interroger des agents publics intéressés et de consulter les documents pertinents et devra se voir allouer un temps suffisant pour examiner en détail les rapports d'audit. Dans toute la mesure possible, ces rapports devront faire l'objet de débats publics. Le comité ou la commission parlementaire pourra également recommander à l'exécutif les mesures à adopter et les sanctions à appliquer, indépendamment de la suite donnée aux recommandations formulées par les auditeurs externes. Le comité ou la commission parlementaire en question devra être habilité à suivre les mesures correctives adoptées.

L'accent devra être mis non seulement sur les entités du gouvernement central mais aussi sur tout autre mécanisme recevant des fonds publics. Soit a) ceux-ci devront être tenus par la loi de soumettre des rapports d'audit au Parlement, soit b) le ministère ou département de tutelle devra répondre aux questions et adopter les mesures appropriées pour le compte de l'organisme dont il s'agit. Ainsi, tous les États parties devront veiller à ce que la loi stipule que les services d'audit de l'État devront être habilités à consulter – en faisant rapport à ce sujet – les informations concernant les dépenses de fonds publics par tout organe du secteur public ou privé, et ce chaque année, le rapport d'audit devant être soumis au Parlement dans des délais convenus. Le Parlement, pour sa part, devra être habilité à faire enquête sur les raisons de rapports tardifs ou du manque de coopération avec les services d'audit de l'État. À moins que la loi n'en dispose autrement, tous ces rapports devront être rendus publics. Les services d'audit de l'État devront également être tenus d'examiner et, le cas échéant, de faire rapport sur les questions liées aux normes de gestion financière et aux procédures de contrôle appliquées par les organismes publics et sur les dispositions mises en place par l'organe objet de la vérification pour assurer une gestion adéquate de ses opérations financières.

Le Parlement devra continuellement exercer un contrôle sur l'utilisation qui est faite des fonds publics par l'entremise des services d'audit de l'État, lesquels devront être tenus de faire porter tout particulièrement leur attention sur la régularité des opérations. Les services d'audit de l'État devront également faire enquête et présenter des rapports sur les irrégularités, en cas de fraude et de corruption et autres formes d'inconduite et ils devront soumettre des rapports à ce sujet aux commissions parlementaires spécialisées.

#### *II.2.5. Systèmes de gestion des risques et de contrôle interne*

L'audit public contribue beaucoup à faire en sorte que les agents chargés de la gestion des fonds publics soient tenus de rendre compte de leur utilisation. Les activités d'audit devront être clairement axées sur la régularité des opérations, la vérification des états financiers et l'évaluation du rapport qualité-prix. Les

auditeurs du secteur public devront être tenus d'analyser – en faisant rapport à ce sujet lorsqu'il y a lieu – les questions liées à l'application des normes de gestion financière par les organismes publics et aux mécanismes établis par l'organe vérifié pour garantir la bonne de ses affaires financières.

Les auditeurs devront également faire rapport sur les états financiers et évaluer le rapport qualité-prix des opérations, les mécanismes de gouvernance et, le cas échéant, les cas de fraude et de corruption. Ils devront être habilités à publier directement leurs rapports sur les cas d'irrégularités et de mauvaise gestion lorsqu'ils estiment que cela est dans l'intérêt du public. Fréquemment et inévitablement, les conclusions concernant des actes potentiellement illicites devront être étayées par des rapports spécifiques.

La vérification interne des comptes a également son rôle à jouer dans la fonction de contrôle. Outre qu'elle constitue une composante de l'environnement de contrôle interne, comme indiqué ci-dessus, elle peut aider l'organisation à vérifier la régularité de sa gestion. En mettant l'accent sur les systèmes de gestion des risques et de contrôle interne et grâce à la connaissance détaillée qu'ils ont de l'organisation, les services d'audit interne sont éminemment placés pour détecter les irrégularités. Les auditeurs externes auront donc tout intérêt à se tenir étroitement en rapport avec les services de vérification interne de l'organisation et avec les organes désignés en application des articles 6 et 36 de la Convention pour adopter des mesures préventives et faire enquête sur les cas de corruption, les États parties devant veiller à ce que les services d'audit de l'État puissent échanger des informations et coopérer avec les organes en question.

D'une manière générale, et sans être tenus de procéder à des vérifications spécifiques pour identifier les irrégularités dans le cadre de leur examen des états financiers, les auditeurs externes doivent faire tout ce qui est raisonnablement nécessaire pour s'assurer que les états financiers soient exempts d'affirmations erronées concernant les cas de fraude et de corruption et doivent rester vigilants pour détecter les cas ou les risques d'inobservation des normes générales de conduite des agents publics. En particulier, les auditeurs externes pourront porter une appréciation générale sur les mécanismes de gouvernance et les normes de conduite sur la base desquelles l'entité vérifiée mène ses activités afin de mieux comprendre ainsi l'environnement de contrôle en général. Cela peut être une importante source d'information sur des irrégularités éventuelles. Les auditeurs externes devront:

- Se familiariser avec les règlements, règles et indications de caractère général concernant la conduite des opérations de l'organisation;
- Poser des questions à la direction concernant les politiques et procédures de l'organisation touchant l'application des codes et instructions, tout en évaluant la mesure dans laquelle les procédures et politiques en vigueur sont complètes et à jour;

- Discuter avec la direction, les vérificateurs internes des comptes et les autres organismes compétents des politiques ou procédures adoptées pour promulguer les codes et instructions et suivre leur application.
- Les autres procédures qui pourront porter les cas d'irrégularités à l'attention des vérificateurs externes seront notamment les suivantes:
- Examen de la documentation afférente aux processus de prise de décisions aux échelons supérieurs;
- Évaluation des mécanismes de contrôle de l'organisation, eu égard en particulier à l'absence de politiques et de procédures dans des domaines exposés à de graves risques de fraude, de corruption et d'autres irrégularités;
- Examen de la culture de l'organisation et des mécanismes de rapport des agents publics;
- Examen des résultats des vérifications internes des comptes;
- Examen détaillé par sondage d'opérations ou de soldes déterminés.

L'information en retour adéquate devra être communiquée périodiquement à la direction concernant le fonctionnement des systèmes de contrôle interne. Ces systèmes devront être conformes aux normes internationales pour ce qui est: a) des arrangements institutionnels en place, et en particulier à l'indépendance professionnelle; b) la portée du mandat, l'accès à l'information et le pouvoir de faire rapport; et c) l'utilisation de méthodes d'audit et d'évaluation des risques professionnels.

La fonction de contrôle interne doit tendre à identifier les problèmes systémiques les plus significatifs en ce qui concerne la fiabilité et l'intégrité des informations financières et opérationnelles; l'efficacité et l'efficience des opérations; la protection des avoirs; l'examen des risques; et le respect des lois, règlements et contrats. Dans certains pays, ces fonctions portent uniquement sur les opérations antérieures à l'audit, qui sont en l'occurrence considérées comme relevant du système de contrôle interne qui devrait par conséquent être évalué aussi. Un mécanisme efficace d'audit interne ou de suivi des systèmes devrait également mettre l'accent sur les domaines à haut risque, l'utilisation faite par les auditeurs externes des conclusions des rapports d'audit interne et la suite donnée par la direction aux conclusions des vérificateurs internes.

### *II.2.6. Mesures visant à préserver l'intégrité de la documentation pertinente*

Les États parties devront stipuler par la loi que tous les comptes et documents d'une institution qui dépense des fonds publics soient conservés un nombre déterminé d'années, des délais précis étant fixés pour la destruction des grands livres et des pièces justificatives, cette information devant comprendre des données sur tous les marchés passés. La loi devra stipuler que l'original des

documents devra être conservé: l'original de documents comme contrats, accords, garanties et titres de propriété pourra être nécessaire à d'autres fins, notamment s'il y a lieu de produire des preuves devant les tribunaux.

La loi devra mentionner spécifiquement les domaines vulnérables et les domaines exposés à des risques ainsi que les infractions auxquelles peut donner lieu la documentation (par exemple paiements en espèces; comptabilisation de dépenses inexistantes; comptabilisation d'engagements identifiant de façon inexact leur objet; utilisation de documents falsifiés; et destruction intentionnelle de documents comptables avant l'expiration du délai prévu par la loi).

## **Article 10: Information du public**

*Compte tenu de la nécessité de lutter contre la corruption, chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures nécessaires pour accroître la transparence de son administration publique, y compris en ce qui concerne son organisation, son fonctionnement et ses processus décisionnels s'il y a lieu. Ces mesures peuvent inclure notamment:*

*a) L'adoption de procédures ou de règlements permettant aux usagers d'obtenir, s'il y a lieu, des informations sur l'organisation, le fonctionnement et les processus décisionnels de l'administration publique, ainsi que, compte dûment tenu de la protection de la vie privée et des données personnelles, sur les décisions et actes juridiques qui les concernent;*

*b) La simplification, s'il y a lieu, des procédures administratives afin de faciliter l'accès des usagers aux autorités de décision compétentes; et*

*c) La publication d'informations, y compris éventuellement de rapports périodiques sur les risques de corruption au sein de l'administration publique.*

### **I. Contexte**

Cet article a pour but de garantir que le citoyen a compris le fonctionnement de l'administration publique et souhaite être informé des décisions prises par les agents publics. En outre, les institutions de l'État devront publier périodiquement des rapports sur leurs activités, ainsi que sur les risques de corruption que celles-ci supposent.

La transparence permet au citoyen de vérifier ce que l'administration fait en son nom et raffermir sa confiance dans les institutions. Le citoyen a le droit d'être informé sur la base de critères clairement définis. Simultanément, il faut mettre en place des moyens visant spécifiquement à faciliter l'accès à l'information, définir clairement les règles concernant le moment auquel l'information doit être formulée et sous quelle forme et prévoir une procédure en cas de refus.

Pour que l'information soit transparente et accessible, il faut revoir les procédures qui régissent la prise de décisions, le droit du public d'être informé

de ces procédures et la mesure dans laquelle l'information est disponible, compréhensible et complète. Les États parties voudront peut-être examiner les moyens de revoir la réglementation existante et l'impact de nouvelles lois mettant en place des moyens de consulter la société civile et des corps constitués comme les associations professionnelles.

Les États parties doivent veiller à ce que la volonté de prévenir la corruption se reflète dans le processus décisionnel de l'administration. Les facteurs à prendre en considération à cet égard sont notamment la complexité de la procédure; l'étendue des pouvoirs discrétionnaires en matière de prise de décisions; la transparence dans le contexte de l'accès à l'information publique; la mesure dans laquelle il existe des codes de conduite qui sont effectivement appliqués, et leur relation avec la prestation des services. Les États parties devront examiner la question de savoir comment l'élaboration de règles, de pratiques et de valeurs culturelles visant à réglementer l'exercice par les agents publics de leurs pouvoirs discrétionnaires permettra de réduire les risques de corruption sans imposer des contraintes excessivement complexes qui puissent gêner la gestion des affaires publiques.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Mesures visant à améliorer la transparence dans l'administration publique*

Cet article a essentiellement pour but d'améliorer la transparence et de renforcer l'obligation redditionnelle en matière de prise de décisions de sorte que les organismes publics puissent être plus ouverts et tiennent davantage compte des besoins et des aspirations des communautés qu'ils ont pour mission de servir. Les dispositions prises au niveau de l'exécutif devront tendre principalement à permettre au public d'avoir effectivement accès aux processus décisionnels et aux décideurs. Les dispositions applicables à cet égard devront être publiées sous forme de brochures et par d'autres moyens pour expliquer le fonctionnement de l'administration, les services qu'elle doit fournir, les modalités d'accès à ses services, les formulaires et autres documents à utiliser et les processus décisionnels, de l'octroi de permis à la passation des marchés (voir l'article 9). Les différents ministères et départements devront avoir largement recours aux médias électroniques pour diffuser des informations de caractère général et faire connaître les procédures en vigueur. Lorsqu'il existe un site web, l'information et les documents pertinents devront pouvoir être ainsi consultés. Lorsque la connectivité à l'Internet est limitée, l'État devra faciliter la diffusion de l'information par des moyens plus traditionnels.

Pour que le citoyen ait effectivement accès à l'information, il faut que:

- L'identité des personnes responsables de la prise de décisions soit connue;
- Les décisions qu'ils adoptent soient connues;

- Le citoyen ait accès à une information concernant les décisions adoptées, les informations techniques devant être disponibles en langage clair;
- Le citoyen sache quelles sont les décisions qui ont été adoptées et pour quelles raisons; et
- Il existe des moyens efficaces et accessibles de contester les décisions adoptées.

Tous les ministères ou départements investis de pouvoirs de décision devront élaborer une politique claire concernant l'adoption, la documentation et la publication de leurs décisions. Cette politique devra s'appliquer en particulier aux décisions opérationnelles et de gestion au jour le jour. Du point de vue du citoyen, cette information doit faire partie de toute Charte de service ou Charte du citoyen des différents ministères et départements de l'administration. La politique en la matière devra être suffisamment claire pour que le public sache, d'une manière générale, à qui s'adresser pour obtenir ou contester une décision quelconque, la documentation à fournir à cette fin, qui est responsable de quelle décision, comment l'on peut se mettre en rapport avec les personnes compétentes, quelles informations concernant les formalités à suivre sont disponibles et devant quelle instance un recours peut être formé si une décision est contestée.

Tout agent public ayant la garde d'un document dont le public a le droit d'avoir connaissance ou de toute autre information en rapport avec le processus décisionnel dont le public a le droit de savoir, ainsi que toutes les règles et procédures concernant les décisions qu'il peut adopter et qui fait délibérément obstruction à l'accès à cette information, doit être considéré comme ayant commis une infraction au code de conduite (voir l'article 8) ou aux autres réglementations ou instructions administratives applicables.

## *II.2. Accès à l'information concernant l'administration publique*

Le public doit avoir le droit de demander à être informé. Les États parties devront élaborer et publier des politiques concernant leurs obligations en matière de rapports, l'accès à ces rapports, la définition des documents officiels et les cas dans lesquels l'accès à l'information peut être refusée (par exemple, pour des motifs de sécurité nationale, de protection de la vie privée, etc.), les délais dans lesquels les documents doivent être communiqués et les procédures de recours.

Il sera bon d'aborder la question sous un angle positif. Ainsi, le principe devrait être que le citoyen a droit d'avoir accès à toute la documentation, la politique à cet égard devant spécifier pour quel motif l'accès à l'information peut être restreint ou refusé. Ces motifs pourront notamment être les suivants: sécurité nationale; défense et relations internationales; sécurité publique; prévention de la criminalité, enquêtes et poursuites; protection de la vie privée et d'autres intérêts privés légitimes; égalité des armes des parties devant la justice; politiques économiques, monétaires et de change de l'État; confidentialité des délibérations

menées au sein de l'administration ou entre les autorités publiques au cours du processus interne d'élaboration des politiques.

Les organismes publics devront également envisager de créer un site web officiel auquel le public ait accès, de désigner les personnes responsables de la diffusion de l'information d'intérêt public et d'utiliser, pour simplifier les procédures administratives, des systèmes et outils électroniques d'administration, de passation des marchés et de gestion.

Les États parties voudront peut-être envisager s'il y a lieu de créer un organisme indépendant chargé de veiller à l'application des procédures concernant l'accès à l'information et de statuer sur les plaintes ainsi que d'autoriser le Médiateur ou les services d'audit de l'État d'examiner les plaintes concernant les refus d'accès à l'information et, dans le cas du Médiateur, de faire enquête sur les plaintes de mauvaise administration en ce qui concerne l'accès à l'information et aux processus décisionnels. Les États parties voudront peut-être aussi examiner la question de savoir si l'organe ou les organes constitués en application de l'article 6 auront également pour mandat de connaître des questions liées à l'accès à l'information et aux processus décisionnels ainsi qu'aux risques de corruption.

### *II.3. Accès aux autorités investies du pouvoir de décision grâce à une simplification des procédures administratives*

Il arrive fréquemment que les procédures se trouvent dépassées, soient contraires à des règles plus récentes ou deviennent excessivement onéreuses. En pareil cas, le citoyen se trouve écrasé par la bureaucratie et la paperasserie, le processus de prise de décisions devient opaque et le citoyen doit présenter plusieurs fois la même information, souvent au même service. Outre qu'elles entravent le développement d'un marché libre et équitable et découragent les investissements étrangers, de telles pratiques peuvent également donner aux agents publics les moyens de manipuler les pouvoirs dont ils sont investis de manière à favoriser la fraude et la corruption. Les États parties devront revoir périodiquement, par exemple, les procédures d'octroi de licences et de permis pour déterminer si elles sont véritablement nécessaires, si les droits perçus sont en rapport avec le coût de leur délivrance et si plusieurs institutions ou services doivent véritablement se trouver impliqués dans leur délivrance. Un aspect clef, à cet égard, est la qualité, l'exactitude et l'accessibilité des dossiers et des systèmes de gestion des dossiers utilisés par les services de l'administration et la mesure dans laquelle l'informatique permet aux différents services de l'administration de collaborer de manière à éviter les doubles emplois et des retards excessifs dans la prise de décisions.

En tout état de cause, il importe de resserrer la liaison entre les ministères et les départements afin d'alléger la charge que la réglementation impose à tout citoyen qui cherche à avoir accès à l'information et aux services de l'administration. Les États parties pourront adopter à cet égard une approche plus efficace en incorporant à toutes les lois concernant l'octroi de licences, de permis

et de concessions une clause d'abrogation ou de révision automatique et en réduisant la complexité de la procédure. Les États parties pourront à cet égard envisager de réduire le nombre de niveaux de l'administration et de restructurer les procédures administratives, y compris en créant des "guichets uniques", et surtout dans les domaines où la prestation des services suppose des contacts fréquents entre l'administration, les particuliers et les entreprises et les autres éléments de la société civile, non seulement pour réduire le risque de corruption mais aussi pour améliorer le rapport coût-efficacité de l'activité de l'administration. L'on pourra par exemple combiner plusieurs types de licences et de permis ou combiner les mêmes types de procédures et formalités à suivre pour obtenir différents permis et licences, notamment en utilisant des bases de données complémentaires, ce qui permettra simultanément de réaliser des économies d'échelle.

#### *II.4. Rapports périodiques des organismes publics, y compris sur les risques de corruption*

Tous les organismes publics devraient faire périodiquement rapport sur les menaces de corruption et sur les mesures préventives adoptées. Ces rapports devront être présentés dans le cadre établi conformément à l'article 5. Les rapports devront tendre notamment à répondre aux questions ci-après: Quelles sont les fonctions accomplies par le ministère ou le département? Quels sont les processus réalisés? Quels sont les processus, systèmes et procédures exposés à la fraude et à la corruption? Quels sont les risques internes et externes les plus vraisemblables? Quelles ont été les mesures adoptées pour prévenir la fraude et la corruption? Comment ces mesures sont-elles évaluées dans la pratique?

Les États parties, ou bien le Parlement ou l'organe ou les organes désignés en application de l'article 6, pourront également revoir périodiquement la nécessité du rapport coût-efficacité des règles et des procédures à suivre pour l'obtention de licences, de permis et de concessions ainsi qu'évaluer l'impact administratif de la délivrance de nouveaux permis. Ces deux types d'examen pourraient également porter sur les risques d'abus de pouvoir ou de corruption. L'organe ou les organes visés à l'article 6 devront publier chaque année les rapports concernant ces évaluations, en faire la synthèse et évaluer la suite donnée à leurs conclusions.

### **Article 11: Mesures concernant les juges et les services de poursuite**

*1. Compte tenu de l'indépendance des magistrats et de leur rôle crucial dans la lutte contre la corruption, chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des mesures pour renforcer leur intégrité et prévenir les possibilités de les corrompre, sans préjudice de leur indépendance. Ces mesures peuvent comprendre des règles concernant leur comportement.*

*2. Des mesures dans le même sens que celles prises en application du paragraphe 1 du présent article peuvent être instituées et appliquées au sein des services de poursuite dans les États parties où ceux-ci forment un corps distinct mais jouissent d'une indépendance semblable à celle des juges.*

## **I. Contexte**

Cet article stipule que les États parties doivent adopter des mesures pour renforcer l'intégrité des magistrats et prévenir les possibilités de les corrompre, lesquelles pourront revêtir la forme de mesures visant à réglementer la conduite des magistrats. Ces règles doivent également s'appliquer aux services de poursuite. Aux fins du présent Guide, les indications données s'appliquent pour la plupart aux deux catégories d'agents publics. S'agissant de la magistrature, elles s'appliquent également à tous les membres du personnel judiciaire. Les États parties auront également intérêt à s'inspirer des lignes directrices déjà élaborées, dont les Principes de Bangalore de 2002 sur la déontologie judiciaire, le Rapport de la quatrième réunion du Groupe judiciaire sur le renforcement de l'intégrité de la justice (UNODC, 2005), le Manuel des Nations Unies de 2005 sur les mesures pratiques de lutte contre la corruption, destiné aux procureurs et aux enquêteurs, les Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du Parquet publiés par l'ONU en 1990 et les Normes de responsabilité professionnelle et la Déclaration des droits et devoirs essentiels des procureurs publiés en 1999 par l'Association internationale des procureurs. Le cadre général d'application des règles dans ce domaine est fondé sur le principe de l'indépendance de la magistrature et doit être pris en considération à toutes les étapes de la conception, de la promulgation et de l'application des mesures pertinentes.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

Les États parties devront prendre dûment en considération tous les types et degrés de corruption ainsi que les points faibles et les vulnérabilités du système judiciaire existants qui doivent retenir l'attention et, le cas échéant, être corrigés.

Quels que soient les arrangements institutionnels qui existent dans un État partie aux fins d'un tel examen, les États parties devront évaluer la nature et l'étendue de la corruption au sein de la magistrature pour identifier les points faibles du système qui peuvent offrir des possibilités de corruption aux membres du personnel clef, qu'il s'agisse des magistrats, des avocats ou des membres du personnel judiciaire. L'examen devra porter non seulement sur des questions importantes comme les procédures applicables à la nomination et à l'inamovibilité des juges et d'autres aspects liés à leur carrière, mais aussi englober des questions plus mineures comme l'émission de citations à comparaître, la notification des pièces judiciaires, la collecte d'éléments de preuve, les procédures de mise en liberté sous caution, la délivrance de copies certifiées conformes des jugements, l'expédition des affaires et les retards dans l'administration de la justice.

Ces examens devront simultanément déboucher sur l'adoption de mesures visant à réduire les possibilités de corruption au moyen de réformes systémiques tendant à limiter les situations dans lesquelles il existe des risques de corruption, notamment en organisant sous l'égide de la magistrature des consultations en groupes ciblés avec les usagers du système judiciaire, les représentants de la société civile, les avocats, les services de police, les services pénitentiaires et les autres intervenants dans les systèmes judiciaires, des séminaires nationaux de parties prenantes et des conférences de magistrats. Le suivi de l'application de ces mesures et l'examen des progrès accomplis pourront être confiés à des institutions comme la Cour suprême, une Commission de la magistrature ou une institution équivalente ou encore le Ministère de la justice. Cette institution voudra peut-être envisager l'opportunité et la possibilité de mettre en place une inspection ou un service indépendant équivalent afin de recenser et de signaler les systèmes ou procédures qui risquent de compromettre l'intégrité réelle ou apparente de la magistrature ainsi que de faire rapport sur les plaintes de corruption ou d'identifier les raisons pour lesquelles la magistrature apparaît comme corrompue.

### *II.1. Mesures visant à renforcer l'intégrité des juges*

Aux fins de l'application de cet article, le concept d'intégrité judiciaire peut être défini, d'une façon générale, comme englobant les caractéristiques suivantes:

- Capacité d'agir sans influences extérieures, incitations, pressions, menaces ou ingérences directes ou indirectes de la part de n'importe quelle partie ou pour n'importe quelle raison;
- Impartialité (c'est-à-dire capacité d'agir sans parti pris ou préjugé);
- Conduite personnelle irréprochable aux yeux d'un observateur raisonnable;
- Régularité, réelle et apparente, avec laquelle le magistrat s'acquitte de ses activités aussi bien personnelles que professionnelles;
- Conscience, compréhension, reconnaissance et respect de la diversité de la société;
- Compétence;
- Diligence et discipline.

Par "indépendance de la magistrature", l'on entend également les arrangements institutionnels et opérationnels qui définissent leur relation entre la magistrature et les autres pouvoirs de l'État et qui garantissent l'intégrité du processus judiciaire. Ces arrangements ont pour but de garantir à la magistrature l'indépendance collective ou institutionnelle requise pour qu'elle puisse exercer sa juridiction équitablement et impartialement sur toutes les questions de nature judiciaire. Il y a à l'indépendance de la magistrature trois conditions essentielles.

Il y a tout d'abord l'inamovibilité de tous les magistrats, que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, jusqu'à l'expiration d'un mandat défini ou jusqu'à la fin d'une tâche judiciaire spécifique, qui a pour but de mettre les magistrats à l'abri de toute ingérence discrétionnaire ou arbitraire de l'exécutif ou de l'autorité ayant procédé à leur nomination. Deuxièmement, les magistrats ont besoin d'une sécurité financière et doivent en particulier avoir le droit à une rémunération et à une pension fixée par la loi et dans laquelle l'exécutif ne puisse pas s'immiscer de façon arbitraire d'une façon qui pourrait affecter leur indépendance. Troisièmement et enfin, les États parties doivent garantir l'indépendance institutionnelle de la magistrature en ce qui concerne les questions administratives directement liées à l'exercice de la fonction judiciaire, y compris la gestion des fonds alloués au système judiciaire. Il ne faut pas qu'une force de l'extérieur puisse s'ingérer dans des questions qui ont un rapport direct et immédiat avec la fonction judiciaire ou par exemple l'affectation des juges, les audiences d'un tribunal et le rôle des tribunaux. Bien que des relations institutionnelles doivent inévitablement exister entre la magistrature et l'exécutif, ces relations ne doivent pas compromettre l'obligation des magistrats de statuer équitablement sur les différends qui leur sont soumis et de faire respecter la loi et les valeurs reflétées dans la Constitution.

L'indépendance de la magistrature ne signifie pas que les juges doivent être hors de portée de la loi, étant entendu toutefois qu'un juge peut jouir de l'immunité personnelle de juridiction civile du chef d'allégations d'actes irréguliers ou d'omissions dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. Dans de nombreux pays, les juges, comme les autres citoyens, sont soumis au droit pénal. Ils ne sont pas et ne doivent pas être exempts de l'obligation d'obéir à la loi. Lorsqu'il existe des motifs raisonnables pour la police ou d'autres institutions publiques d'ouvrir une enquête sur des infractions que des juges et des membres du personnel judiciaire sont soupçonnés d'avoir commises, ces enquêtes doivent être menées normalement, conformément à la loi.

D'autres pays garantissent aux juges l'immunité de poursuites. En pareils cas, l'approche privilégiée, pour limiter les risques que les juges évitent d'être poursuivis pour corruption et ne pas compromettre ainsi la crédibilité de la magistrature, est une approche "fonctionnelle", de sorte que les juges jouissent seulement de l'immunité de poursuites du chef des infractions pouvant avoir été commises dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Pour garantir que l'approche "fonctionnelle" ne puisse pas faire l'objet d'abus afin d'échapper à une responsabilité pénale, il est essentiel aussi de prévoir une procédure de levée de l'immunité lorsque les circonstances le justifient ainsi que des mesures de sauvegarde de nature à garantir que la procédure soit transparente, juste et appliquée de manière uniforme.

## *II.2. Mesures visant à prévenir les possibilités de corruption dans la magistrature*

La prévention de la corruption dans la magistrature comporte deux aspects qui sont liés à la nomination et à la promotion des juges et aux activités dont ils sont responsables.

Il faut tout d'abord instituer des procédures transparentes en matière de nominations et de promotions dans la magistrature. Les nominations à des fonctions judiciaires doivent être fondées sur le mérite, sur la base de critères établis qui, sans déroger à ceux qui sont applicables aux autres agents publics en général, reflètent comme il se doit les compétences professionnelles spécialisées requises pour l'exercice de fonctions judiciaires. Il serait utile aussi de mettre en place une procédure permettant de vérifier comme il convient les antécédents des candidats à des fonctions judiciaires. Dans beaucoup de pays, l'entrée dans la magistrature se fait par concours, les candidats retenus devant ensuite obligatoirement suivre une formation dans une institution spécialisée comme une école de la magistrature. En outre, dans beaucoup de pays, les procédures de nomination, y compris l'administration des concours d'entrée et la formation, sont administrées par des mécanismes institutionnels relevant de la magistrature elle-même, comme des conseils supérieurs de la magistrature ou des commissions judiciaires. Ces mécanismes institutionnels, dirigés par des juges ayant l'ancienneté requise, sont chargés du recrutement, de la nomination, de la promotion, de la formation, de la conduite et de la supervision des juges pendant l'accomplissement de leur mandat. Ces mécanismes sont conçus de manière à garantir l'indépendance des décisions judiciaires, qui doivent être à l'abri de toute ingérence politique sous forme de tentatives de révoquer, de ne pas promouvoir ou de licencier des juges. Il faut également établir des règles concernant la révocation des juges, questions qui, dans de nombreux pays, relèvent des mécanismes régissant la magistrature dont il est question plus haut et qui est une mesure qui n'est appliquée, conformément aux critères prédéterminés et à des procédures transparentes convenues, que lorsqu'il est établi que des juges ont commis une infraction ou sont dans l'incapacité de s'acquitter de leurs fonctions.

Deuxièmement, les États parties doivent aider à renforcer l'intégrité de la magistrature en faisant en sorte que le processus judiciaire soit ouvert et accessible. Sauf circonstances exceptionnelles, lesquelles devront être définies par la loi, la procédure judiciaire devra être publique. Les juges devront être tenus par la loi de motiver leurs décisions. Pour garantir l'intégrité de la magistrature, y compris l'existence d'une procédure d'appel efficace, l'exposé des motifs des décisions des juges devra également être enregistré.

L'administration quotidienne du processus judiciaire est aussi un aspect important de la prévention de la corruption. Les éléments d'une administration efficace de la procédure judiciaire sont donc les suivants:

- Affichage visible d'avis (tout au moins dans les bâtiments des tribunaux) décrivant les procédures et les audiences;
- Systèmes efficaces de tenue et de gestion des archives judiciaires, y compris des registres des décisions judiciaires;
- Informatisation des archives judiciaires, y compris du calendrier des audiences, et informatisation des systèmes de gestion du rôle;
- Introduction de délais fixes pour les différentes étapes du processus de mise en état d'une affaire; et
- Intervention prompte et efficace du système judiciaire à la suite de plaintes du public.

Les juges doivent assumer les responsabilités et prendre les mesures requises pour réduire les retards dans le déroulement de la procédure judiciaire et décourager les retards injustifiés. Ils doivent instituer des mécanismes transparents pour permettre aux professions juridiques et aux plaideurs de savoir où en est une affaire. (Une des formules pouvant être envisagées à cette fin consiste à distribuer aux juges une liste mensuelle des jugements en souffrance.) Lorsqu'elles ne sont pas déjà fixées par la loi, les juges devront adopter eux-mêmes des normes et les rendre publiques afin de diligenter l'administration de la justice.

En outre, la magistrature doit prendre les mesures nécessaires pour prévenir la disparition ou le refus de communication des archives judiciaires, par exemple en les informatisant. Ils devront également instituer des mécanismes appropriés pour faire enquête sur les cas de pertes ou de disparition de dossiers, qui doivent dans tous les cas être considérés comme une grave atteinte au processus judiciaire. Si des dossiers sont perdus, il faudra faire le nécessaire pour les reconstituer et instituer des procédures pour éviter de telles situations à l'avenir.

La magistrature devra adopter et rendre publique une procédure transparente d'affectation des affaires aux différents juges pour éviter que la décision relève ou paraisse relever des plaideurs. Il faudra également adopter des procédures appropriées pour assurer une rotation périodique des juges en fonction de facteurs comme le sexe, la race, la tribu, la religion, l'appartenance à une minorité ou d'autres considérations. Une telle rotation permettra en effet d'éviter toute apparence de partialité.

Lorsqu'elles n'existent pas déjà et conformément au droit interne, la magistrature devra introduire des mesures pour éviter des variations injustifiées en matière d'application des peines. Lorsque les peines ne sont pas prescrites par la loi, il y aura donc lieu, par exemple, d'introduire des lignes directrices ou des procédures semblables. D'autres méthodes permettant de mieux uniformiser les peines consistent à publier des statistiques et des données sur les peines prononcées et à éduquer les magistrats, notamment en établissant à leur intention un manuel concernant les normes et principes à appliquer dans le prononcé des condamnations.

### *11.3. Codes et normes*

Plusieurs mesures peuvent être adoptées pour promouvoir l'intégrité du processus judiciaire.

Une mesure importante à cet égard consiste à veiller à ce que les candidats aux fonctions judiciaires aient une bonne éducation juridique et à ce que leur niveau de compétence demeure élevé pendant toute leur carrière. Les États parties devront envisager d'appuyer des programmes de formation continue des juges et les responsables de la formation des juges et des membres des professions juridiques devront également envisager de dispenser aux juges une formation juridique de caractère plus général dans des domaines comme le droit international, y compris le droit international relatif aux droits de l'homme et le droit humanitaire, le droit de l'environnement et la philosophie du droit. La formation des magistrats devra comprendre une instruction concernant le parti pris judiciaire (réel ou apparent) et l'obligation qui incombe aux juges de se récuser lorsque leur impartialité peut être mise en doute.

Une autre mesure consiste à adopter et à faire respecter un code national de déontologie qui reflète les normes internationales contemporaines. Ce code devra à tout le moins imposer à tous les juges l'obligation de faire une déclaration publique de situations financières, pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille. Il devra également refléter les principes énoncés à l'article 8 de la Convention concernant la divulgation de conflits d'intérêt de caractère plus général. De telles déclarations devront être mises à jour périodiquement et être inspectées périodiquement, après la nomination des juges, par l'organe de tutelle de la magistrature ou des organes institués en application de l'article 6.

Toutefois, un code de conduite ne sera efficace que si son application est régulièrement suivie et que s'il est établi un mécanisme crédible pour recevoir les plaintes dirigées contre des juges et des membres du personnel judiciaire, faire enquête et statuer à leur sujet de manière équitable et rapide. Étant donné la vulnérabilité des juges à des allégations fausses et malveillantes de corruption de la part de plaideurs déçus ou de tiers, il conviendra de veiller tout particulièrement à garantir que les juges faisant l'objet d'une enquête jouissent de toutes les garanties d'une procédure régulière.

Un code de déontologie des juges pourra être complété par un code de conduite des membres du personnel judiciaire.

Une autre mesure encore consiste à mettre en relief la responsabilité qui incombe aux associations du barreau de promouvoir le respect de normes professionnelles. Ces associations ont l'obligation, lorsque leurs soupçons sont à première vue fondés, de signaler les cas de corruption aux autorités compétentes, ainsi que d'expliquer aux clients et au public les principes et procédures applicables aux plaintes déposées contre les juges et les membres du personnel judiciaire. Ces associations ont aussi l'obligation de mettre en place un système disciplinaire efficace afin de sanctionner ceux de leurs membres dont il est allégué qu'ils se sont trouvés impliqués dans des cas de corruption de magistrats

ou de membres du personnel judiciaire. Si un tel acte est établi, les procédures appropriées devront exister pour qu'il puisse être fait enquête et que l'exercice des professions judiciaires soit désormais interdit aux coupables.

Enfin, compte tenu de l'importance fondamentale que revêt l'accès à la justice si l'on veut véritablement garantir l'égalité au regard de la loi, des coûts de l'assistance d'un avocat et des limites qui sont habituellement imposées à la possibilité de bénéficier d'une aide judiciaire aux frais de l'État, il faudra, conformément aux dispositions légales éventuellement applicables et en coopération avec la profession juridique, envisager différentes initiatives tendant à faciliter l'accès à la justice et à promouvoir l'application de normes appropriées dans le cadre du processus judiciaire, par exemple en encourageant les professions juridiques à représenter gratuitement des catégories sélectionnées d'inculpés.

Les juges devront également saisir toutes les possibilités qui s'offrent à eux de mettre en relief l'importance que revêt l'accès à la justice, celui-ci étant essentiel si l'on veut que soit véritablement respectée la primauté de la Constitution et de l'état de droit. Par ailleurs, étant donné la complexité des affaires de corruption, les États devront également envisager de dispenser aux juges une formation spécialisée dans ce domaine.

#### *II.4. Mesures visant à renforcer l'intégrité des magistrats du Parquet*

Il se peut que des mesures doivent être adoptées pour veiller à ce que les magistrats du Parquet s'acquittent de leurs attributions conformément à la loi et de façon équitable, uniforme et rapide, et respectent et protègent la dignité de la personne humaine et les droits de l'homme, contribuant ainsi à garantir la régularité de la procédure et le bon fonctionnement du système de justice pénale.

Dans l'accomplissement de leurs fonctions, les magistrats du Parquet doivent:

- a) s'acquitter de leurs responsabilités de façon impartiale et éviter toute discrimination fondée sur des motifs politiques, sociaux, religieux, raciaux, culturels, sexuels ou autres;
- b) protéger l'intérêt public, agir avec objectivité, tenir dûment compte de la situation du suspect et de la victime et prêter attention à toutes les circonstances pertinentes, qu'elles constituent pour le suspect des circonstances à charge ou à décharge;
- c) tenir confidentielles les informations en leur possession, à moins que l'accomplissement de leurs obligations ou la justice exigent qu'il en soit autrement; et
- d) prendre en considération les vues et les préoccupations des victimes lorsque leurs intérêts personnels sont affectés et veiller à ce que les victimes soient informées de leurs droits conformément à la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir. La Série de bonnes pratiques n° 5, "Victimes", de l'Association internationale des procureurs, qui peut être consultée à l'adresse [www.iap.nl.com](http://www.iap.nl.com), peut être utile à cet égard.

## *II.5. Mesures visant à prévenir les possibilités de corruption dans les services de poursuite*

Dans les pays où les procureurs sont investis de pouvoirs discrétionnaires, la loi ou des règles ou règlements publics doivent énoncer les principes directeurs à suivre pour faire en sorte que les décisions adoptées en matière de poursuites, y compris en ce qui concerne la décision d'entamer des poursuites et de déclarer le non-lieu, soient équitables et cohérentes.

## *II.6. Codes et normes de conduite des magistrats du Parquet*

En leur qualité d'agents publics devant s'acquitter de leurs responsabilités professionnelles de manière indépendante et conformément aux normes visées à l'article 7, les magistrats du Parquet doivent être mis à l'abri de toute ingérence arbitraire de la part de l'État et doivent être protégés s'ils refusent d'exécuter un ordre illicite ou un ordre contraire aux normes ou à l'éthique professionnelle. Ils doivent avoir droit aux mêmes garanties que tous les agents publics. D'une manière générale, leurs procédures de recrutement et de promotion doivent être fondées sur des facteurs objectifs et en particulier sur des critères de qualifications professionnelles, d'aptitudes, d'intégrité, de performance et d'expérience. Ils doivent jouir de conditions raisonnables en matière de sécurité de l'emploi, de rémunération, de promotion et d'âge de la retraite, et doivent être autorisés à s'affilier à des associations professionnelles ou à d'autres organisations chargées de représenter leurs intérêts, de promouvoir leur formation professionnelle et de protéger leur statut.

Les magistrats du Parquet doivent pouvoir s'acquitter de leurs fonctions professionnelles sans intimidation, entraves, harcèlement, ingérence injustifiée ou risques injustifiés de voir leurs responsabilités civiles, pénales ou autres engagées. Ils doivent pouvoir compter sur la protection physique des autorités lorsque leur sécurité personnelle ou celle des membres de leur famille est menacée du fait de l'exécution de leurs fonctions. Comme les autres agents publics, ils doivent jouir d'une procédure rapide et équitable, conformément à la loi, si des plaintes alléguant la commission d'actes contraires aux normes professionnelles doivent donner lieu à l'ouverture d'une procédure disciplinaire.

Les États parties voudront peut-être, pour aider les services compétents à élaborer leurs propres normes, se référer au Manuel des Nations Unies sur les mesures pratiques de lutte contre la corruption, destiné aux procureurs et aux enquêteurs, publié en 2005, afin d'envisager la possibilité d'incorporer les normes qui y sont énoncées dans certains domaines clés dans leur droit interne.

Le principe prééminent est le professionnalisme de leur conduite. Les magistrats du Parquet doivent à tout moment préserver l'honneur et la dignité de leur profession et avoir en toute circonstance une conduite professionnelle, conformément à la loi et aux règles de déontologie de leur profession. Ils doivent à tout moment se conformer aux normes d'intégrité les plus élevées et faire visiblement preuve de cohérence, d'indépendance et d'impartialité. Ils doivent

dans tous les cas protéger le droit de l'accusé à un procès équitable et, en particulier, veiller à ce que les éléments de preuve à décharge soient divulgués conformément à la loi et aux exigences d'un procès équitable. Les magistrats du Parquet doivent toujours servir et avoir en vue l'intérêt public et respecter, protéger et défendre le concept universel de dignité humaine et de droits de l'homme.

Lorsque les magistrats du Parquet sont indépendants et jouissent de pouvoirs discrétionnaires, cette indépendance doit comprendre le droit d'être à l'abri de toute ingérence politique ou autre (par exemple en provenance des médias ou de groupes de pression). Les magistrats du Parquet doivent exercer leurs pouvoirs discrétionnaires sur la base de considérations exclusivement professionnelles. Une garantie importante, pour garantir la régularité de l'exercice par les magistrats du Parquet de leurs pouvoirs discrétionnaires, est la règle selon laquelle les procureurs doivent motiver leurs décisions de mettre fin aux poursuites ou de prononcer le non-lieu dans des affaires qui leur ont été renvoyées par les services d'enquête. En outre, il faut qu'il existe un mécanisme permettant aux parties prenantes intéressées de faire appel de la décision d'un procureur de ne pas entamer des poursuites dans un cas particulier. Si des autorités extérieures aux services du Parquet ont le droit de donner des instructions de caractère général ou spécifiques aux procureurs, ces instructions doivent être transparentes et conformes à la loi et aux directives établies afin de protéger l'indépendance, réelle et apparente, des magistrats du Parquet.

D'une manière générale, les procureurs doivent s'acquitter de leurs attributions sans crainte, sans parti pris et sans préjugé et, en particulier, de manière impartiale. Ils ne doivent pas être affectés par les intérêts de particuliers ou de groupes ni par les pressions de l'État ou des médias et ne doivent avoir en vue que l'intérêt public. Ils doivent agir avec objectivité et veiller à ce que toutes les enquêtes nécessaires et raisonnables soient menées à bien et que leurs résultats soient rendus publics, qu'ils portent à conclure à l'innocence ou à la culpabilité de l'accusé. Ils doivent toujours rechercher la vérité et aider le tribunal à faire la lumière sur les faits, conformément à la loi et à l'équité.

Les procureurs doivent être soumis à un code de conduite reflétant les principes énoncés pour tous les agents publics à l'article 8 de la Convention, des dispositions spécifiques pouvant y être ajoutées pour tenir compte des circonstances particulières auxquelles sont exposés les magistrats du Parquet.

Les procureurs doivent, dans le cadre du processus judiciaire, contribuer à l'équité et à l'efficacité des poursuites en coopérant avec la police, les tribunaux, les avocats de la défense et les organismes gouvernementaux compétents, aux échelons aussi bien national qu'international, et fournir une assistance aux services chargés des poursuites et aux collègues d'autres juridictions, conformément à la loi et dans un esprit de coopération mutuelle.

Les questions évoquées précédemment concernant la formation des magistrats, y compris une formation spécialisée concernant la prévention de la corruption, s'appliquent également aux magistrats du Parquet.

## Article 12: Secteur privé

1. Chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, des mesures pour prévenir la corruption impliquant le secteur privé, renforcer les normes de comptabilité et d'audit dans le secteur privé et, s'il y a lieu, prévoir des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de non-respect de ces mesures.

Υ. Les mesures permettant d'atteindre ces objectifs peuvent notamment inclure:

a) La promotion de la coopération entre les services de détection et de répression et les entités privées concernées;

b) La promotion de l'élaboration de normes et procédures visant à préserver l'intégrité des entités privées concernées, y compris de codes de conduite pour que les entreprises et toutes les professions concernées exercent leurs activités de manière correcte, honorable et adéquate, pour prévenir les conflits d'intérêts et pour encourager l'application de bonnes pratiques commerciales par les entreprises entre elles ainsi que dans leurs relations contractuelles avec l'État;

c) La promotion de la transparence entre les entités privées, y compris, s'il y a lieu, grâce à des mesures concernant l'identité des personnes physiques et morales impliquées dans la constitution et la gestion des sociétés;

d) La prévention de l'usage impropre des procédures de réglementation des entités privées, y compris des procédures concernant les subventions et les licences accordées par des autorités publiques pour des activités commerciales;

e) La prévention des conflits d'intérêts par l'imposition, selon qu'il convient et pendant une période raisonnable, de restrictions à l'exercice d'activités professionnelles par d'anciens agents publics ou à l'emploi par le secteur privé d'agents publics après leur démission ou leur départ à la retraite, lorsque lesdites activités ou ledit emploi sont directement liés aux fonctions que ces anciens agents publics exerçaient ou supervisaient quand ils étaient en poste;

f) L'application aux entreprises privées, compte tenu de leur structure et de leur taille, d'audits internes suffisants pour faciliter la prévention et la détection des actes de corruption et la soumission des comptes et des états financiers requis de ces entreprises privées à des procédures appropriées d'audit et de certification.

3. Afin de prévenir la corruption, chaque État partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses lois et règlements internes concernant la tenue des livres et états comptables, la publication d'informations sur les états financiers et les normes de comptabilité et d'audit, pour interdire que les actes suivants soient accomplis dans le but de commettre l'une quelconque des infractions établies conformément à la présente Convention:

- a) *L'établissement de comptes hors livres;*
- b) *Les opérations hors livres ou insuffisamment identifiées;*
- c) *L'enregistrement de dépenses inexistantes;*
- d) *L'enregistrement d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié;*
- e) *L'utilisation de faux documents; et*
- f) *La destruction intentionnelle de documents comptables plus tôt que ne le prévoit la loi.*

4. *Chaque État partie refuse la déductibilité fiscale des dépenses qui constituent des pots-de-vin, dont le versement est un des éléments constitutifs des infractions établies conformément aux articles 15 et 16 de la présente Convention et, s'il y a lieu, des autres dépenses engagées à des fins de corruption.*

## **I. Contexte**

L'article 12 a trois objectifs spécifiques: prévenir la corruption dans le secteur privé, améliorer les mécanismes de prévention et de contrôle dans le secteur privé grâce à des normes de comptabilité et d'audit et, lorsqu'il y a lieu, introduire des sanctions en cas de non-respect. La prévention de la corruption dans le secteur privé a plusieurs avantages, notamment dans la mesure où elle raffermirait la confiance des investisseurs et protège les intérêts des consommateurs. Il ne faut pas perdre de vue que cet article représente l'une des innovations de la Convention dans la mesure où il traite de la corruption intéressant exclusivement le secteur privé.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Mesures visant à prévenir la corruption impliquant le secteur privé*

Il pourra être utile et rentable d'associer les entreprises, ou les associations les représentant, à l'élaboration des stratégies de prévention de la corruption proposées à l'article 5, à l'examen des procédures administratives envisagé à l'article 10 et aux activités de tout organisme constitué en application de l'article 6. Pour ce qui est des mesures à prendre pour promouvoir l'élaboration de normes et procédures visant à préserver l'intégrité des entités privées, les principaux moyens à utiliser sont l'élaboration de codes de conduite, la publication d'instructions concernant la lutte contre la corruption, l'élaboration de codes de gouvernance des entreprises, la promulgation de règlements visant à prévenir les conflits d'intérêts et la mise en place de mécanismes de contrôle et d'audit internes. Les États parties devraient exiger – ou inviter les bourses ou autres organes de réglementation à exiger – que de telles normes et procédures fassent partie des règles que doivent respecter les entreprises pour pouvoir être cotées en bourse. Au niveau des entreprises, ces normes et procédures devraient

être intégrées à un programme de promotion de l'éthique et de la déontologie pour faire en sorte que leur entreprise, quelles que soient leurs fonctions et où qu'ils travaillent, comprennent et appliquent dans leur comportement de tous les jours, leurs relations professionnelles et la prise de décisions, les valeurs et principes et se conforment aux politiques de l'entreprise concernant les questions juridiques, organisationnelles et professionnelles et les questions de réglementation. Si le droit interne de l'État partie le permet, l'audit des entreprises devra porter notamment sur l'observation de ces normes et procédures.

## *II.2. Mesures visant à renforcer les normes de comptabilité et d'audit*

Les États parties devront veiller à ce que les normes d'audit et les mécanismes de contrôle appliqués par le secteur privé définissent clairement les règles et procédures à suivre concernant la vérification interne des comptes dans le secteur privé. Ces normes et mécanismes devront, d'une façon générale, porter sur les points suivants: examen de l'efficacité des mécanismes de contrôle des avoirs, de comptabilisation des recettes et d'enregistrement des dépenses; vérification systémique de l'adéquation et de l'efficacité des systèmes de contrôle financier, opérationnel et de gestion; examen de la régularité des transactions et de l'efficacité des mesures visant à prévenir la fraude et la corruption; audit détaillé de la gestion des risques.

Les personnes morales devront être tenues par la loi de tenir une comptabilité appropriée et d'établir périodiquement des états financiers. Les grandes entreprises, comme celles qui sont cotées en bourse, ainsi que les sociétés, cotées en bourse ou non, menant d'importantes opérations internationales devraient être tenues de publier chaque année des comptes vérifiés par les auditeurs externes. Ces comptes devront être présentés à l'organisme public chargé de l'enregistrement des sociétés et de leurs comptes. Les bourses et les commissions des valeurs mobilières pourront fixer des normes plus détaillées en ce qui concerne l'audit externe des comptes des sociétés cotées.

Les États parties devraient collaborer avec les associations représentant les professions comptables pour promouvoir l'élargissement des programmes de formation et de perfectionnement des qualifications professionnelles.

## *II.3. Sanctions civiles, administratives ou pénales applicables dans le secteur privé*

Lorsqu'ils reverront leurs législations ou leurs réglementations, les États parties voudront peut-être s'inspirer des activités menées par différentes organisations ou associations internationales. Les normes internationales d'audit sont actuellement en cours de révision. La Norme ISA 240, qui a récemment été révisée, est axée sur ce que doivent faire les auditeurs ayant constaté une fraude lors de la vérification des états financiers, et cette norme aura sans doute pour effet de permettre aux auditeurs et aux comptables de prévenir et de détecter plus

facilement les actes de corruption. En principe, il appartient au monde des affaires d'appliquer ces normes, mais les États parties peuvent certainement appuyer ce processus de différentes façons.

Il est probable que les États parties auront prévu des sanctions pénales appropriées dans le cas des individus impliqués dans des actes de corruption dans le secteur privé. Les tribunaux et les organes de réglementation devraient être habilités à imposer toute une série d'autres sanctions, comme des sanctions financières, l'indemnisation des victimes, la confiscation du produit des actes de corruption, l'interdiction de pratiquer la profession, la mise sous administration judiciaire ou la fermeture d'entreprises, la révocation d'administrateurs et la suspension de l'accréditation professionnelle, par exemple, des avocats et des comptables de l'entreprise.

#### *II.4. Mesures visant à promouvoir la coopération entre les services de détection et de répression et le secteur privé*

La promotion de la coopération entre les services de détection et de répression et les entités privées concernées est une question traitée à l'article 39 de la Convention. S'il se peut que la loi n'impose pas expressément l'obligation de signaler aux services de détection et de répression les infractions commises par des entités du secteur privé – bien qu'il soit obligatoire, dans certains pays, de signaler les cas de blanchiment d'argent – les États parties devraient encourager les personnes morales à signaler aux autorités les cas de corruption, même s'il peut être préférable que la loi impose aux particuliers et aux personnes morales l'obligation de signaler les infractions aux services de répression. Ces derniers, à leur tour, devront envisager d'organiser des séminaires de sensibilisation, de désigner des personnes ou des organismes spécialement chargés de recevoir les allégations d'infractions et de diffuser des informations en vue de prévenir la corruption.

#### *II.5. Normes et procédures visant à préserver l'intégrité du secteur privé*

Si les avis peuvent diverger quant à l'étendue du rôle que l'État doit jouer dans la réglementation du secteur privé, celui-ci doit indubitablement être conscient de la nécessité de garantir l'intégrité des sociétés, l'éthique commerciale et les responsabilités sociales des entreprises à l'égard des parties prenantes (usagers, clients, citoyens, employés et actionnaires). Il est cependant difficile de définir le comportement que doivent avoir les entreprises et/ou d'articuler leurs activités aux fonctions de responsabilités et de leurs obligations. Les entreprises commerciales existent pour faire un bénéfice. D'un autre côté, les entreprises ont, de plus en plus, des obligations que leur imposent les différentes parties prenantes – organismes de tutelle, fournisseurs, acheteurs et public en général – allant au-delà du simple profit. L'une des méthodes utilisées par les entreprises pour s'acquitter de ces obligations apparemment différentes consiste à élaborer des codes de conduite ou de déontologie ou des programmes de gouvernance de manière à aligner de plus près leurs activités sur les règles de

comportement attendues du secteur public. Il a été élaboré ces dernières années plusieurs séries de principes ou modèles<sup>5</sup> qui peuvent constituer d'utiles sources d'inspiration. À la suite d'une initiative récente, nombre de ces principes sont actuellement en cours de révision de manière à les harmoniser davantage avec les principes reflétés dans la Convention des Nations Unies contre la corruption.

## *II.6. Transparence dans la constitution et la gestion des sociétés*

Les États parties devront veiller à désigner un organisme public chargé par la loi d'approuver la formation et l'enregistrement des sociétés ainsi que de recevoir leurs comptes. Les procédures d'enregistrement des sociétés et les informations que doivent fournir les personnes morales enregistrées dans chaque pays doivent tendre à ce que l'identité des personnes physiques et morales impliquées dans la constitution des sociétés soit pleinement connue. Les organismes publics devraient être autorisés à obtenir (au moyen de mesures coercitives, d'injonctions judiciaires, etc.) des informations concernant les personnes physiques et morales impliquées dans des allégations d'activités illicites ou lorsque lesdits organismes ou d'autres institutions ont besoin de cette information pour s'acquitter de leurs tâches de réglementation.

## *II.7. Prévention de l'usage impropre des procédures de réglementation des entités privées*

Les États parties devront veiller à ce que toutes les règles applicables à la passation des marchés publics soient conformes aux politiques et aux pratiques élaborées sur la base des dispositions de l'article 9. En particulier, les soumissionnaires privés devront savoir quelles peuvent être les conséquences d'une inobservation des règles applicables, dont l'interdiction de soumissionner à l'avenir ou l'annulation des marchés.

Les États parties devront s'attacher à déterminer si certains types de licences et de permis demeurent nécessaires lorsqu'ils ont perdu tout rapport direct avec l'administration ou toute pertinence stratégique, lorsqu'ils risquent de donner lieu à des abus et lorsque les forces du secteur privé sont mieux à même de réglementer l'activité dont il s'agit. Lorsqu'il y a lieu, l'on devra envisager de rationaliser les procédures de délivrance de licences et de permis, notamment

---

<sup>5</sup> Entre autres exemples de ces principes, l'on peut citer les Principes de gouvernance des entreprises élaborés par l'OCDE, tels que révisés en 2004 ([http://www.oecd.org/document/49/0,3343,en\\_2649\\_34813\\_31530865\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/49/0,3343,en_2649_34813_31530865_1_1_1_1,00.html)); les Règles de conduite et les Recommandations concernant la lutte contre la corruption active et passive de la Chambre de commerce internationale (<http://www.icc.se/policy/mutor/iccrules2005.pdf>); les Principes relatifs à la lutte contre la corruption approuvés dans le contexte de l'Initiative Partenariats contre la corruption du Forum économique mondial ([http://www.weforum.org/pdf/paci/PACI\\_PrinciplesWithoutSupportStatement.pdf](http://www.weforum.org/pdf/paci/PACI_PrinciplesWithoutSupportStatement.pdf)); et les Principes concernant la lutte contre la corruption dans les entreprises publiés par Transparency International ([http://www.transparency.org/global\\_priorities/private\\_sector/business\\_principles](http://www.transparency.org/global_priorities/private_sector/business_principles)).

en créant des “guichets uniques” afin de mettre en place des normes de services qui soient claires et généralement connues. Ces normes devront être communiquées à tous les usagers afin de définir la qualité du service à laquelle ils peuvent s’attendre, les documents à présenter et les recours qui peuvent être invoqués si lesdites normes ne sont pas observées.

### *II.8. Restrictions à l’exercice d’activités dans le secteur privé par d’anciens agents publics*

Tous les États parties devront mettre en place des procédures formelles régissant le recrutement d’anciens agents publics, après leur démission ou leur départ à la retraite, par des entités du secteur privé avec lesquelles ils ont traité dans l’exercice de leurs fonctions officielles, auxquelles ils peuvent apporter des informations confidentielles ou des secrets commerciaux, ou qui peuvent les engager afin d’influencer leurs anciens employeurs ou leurs anciens collègues. Ces procédures doivent s’appliquer aux agents publics aussi bien nommés qu’élus. Les États parties devront envisager de prescrire des mesures prévoyant spécifiquement l’imposition de sanctions aux agents publics qui essaient:

- D’user de leurs fonctions pour privilégier des employeurs potentiels;
- De solliciter un emploi dans leurs rapports officiels avec des entités privées;
- D’exploiter des informations confidentielles dont ils ont eu connaissance dans le cadre de leurs fonctions officielles;
- De représenter des intérêts privés concernant une question dont ils étaient responsables en leur qualité officielle;
- De représenter (pendant une période spécifiée) des personnes ou entités privées devant le service ou l’institution qui les employait précédemment.

Les activités professionnelles exercées par d’anciens agents publics et les procédures régissant leur passage du secteur public au secteur privé devront être définies en termes clairs et compréhensibles. Les États parties voudront peut-être envisager:

- De stipuler dans tous les contrats d’engagement que de telles activités seront sujettes à autorisation préalable;
- Se réserver le droit d’imposer des conditions concernant l’utilisation de l’information et les rapports avec les employeurs précédents;
- Se réserver le droit d’informer les entreprises du secteur privé de ce qu’un agent public influent a été recruté par une entreprise rivale;
- Se réserver le droit d’interdire à toute entité du secteur privé de traiter avec les organismes publics si les conditions fixées ne sont pas respectées.

Lors de l'élaboration de telles dispositions, les États parties devront prendre en considération:

- La durée des restrictions éventuelles;
- La classe ou les groupes d'agents publics soumis à des restrictions;
- La nécessité de définir avec précision les domaines dans lesquels d'anciens agents publics ne sont pas autorisés à représenter des intérêts privés.

### ***II.9. Procédures internes d'audit et de certification***

Les États parties devront instituer des procédures assorties de sanctions appropriées concernant la présentation annuelle des comptes, vérifiés en cas de besoin, et prévoir des sanctions en cas de présentation tardive ou incomplète des comptes par les entités qui sont tenues de les soumettre. Ils voudront peut-être aussi déterminer, eux-mêmes ou par l'entremise des bourses, des organes de réglementation financière ou des associations corporatives, le niveau et les capacités des services d'audit interne des entreprises, selon leurs dimensions et leurs chiffres d'affaires, ainsi que le degré de formation professionnelle et de l'accréditation nécessaires ou requises pour que les services d'audit puissent dûment s'acquitter de leurs fonctions.

### ***II.10. Tenue de livres et états comptables, publication d'informations sur les états financiers et normes de comptabilité et d'audit***

Les États parties devront veiller à promulguer des dispositions législatives appropriées stipulant que tous les livres concernant les activités d'une entité doivent être conservés un certain nombre d'années et fixant les dates à partir desquelles peuvent être détruits les principaux livres comptables et les pièces justificatives. Ces dispositions devront préciser ce qu'il faut entendre par documents ou sources d'information ainsi que les documents originaux ou les informations devant être conservés (originaux de documents comme contrats, accords, garanties et titres de propriété, par exemple, qui peuvent être requis à d'autres fins, notamment comme preuves devant les tribunaux). Les dispositions en question devront spécifier les définitions juridiques, conditions et sanctions applicables à l'établissement de comptes hors livres, à l'enregistrement de dépenses inexistantes, à l'enregistrement d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié, à l'utilisation de faux documents et à la destruction intentionnelle de documents comptables plus tôt que ne le prévoit la loi.

### ***II.11. Refus de déductibilité fiscale des dépenses qui constituent des pots-de-vin et des dépenses connexes***

Les États parties devront refuser la déductibilité aux fins de l'impôt des dépenses qui constituent des pots-de-vin, y compris ceux qui sont versés à des agents publics étrangers. Cette interdiction doit également s'appliquer aux particuliers. Elle devra être clairement définie, et le fisc devra veiller à ce que

des pots-de-vin ne puissent pas être dissimulés en étant présentés comme des dépenses légitimes comme “frais de représentation” ou “commissions”. L’impôt ne peut jouer son rôle dans la détection des cas de corruption que si le fisc a l’obligation ou tout au moins l’autorisation de signaler ses soupçons de corruption aux services de détection et de répression.

## **Article 13: Participation de la société**

*1. Chaque État partie prend des mesures appropriées, dans la limite de ses moyens et conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, pour favoriser la participation active de personnes et de groupes n’appartenant pas au secteur public, tels que la société civile, les organisations non gouvernementales et les communautés de personnes, à la prévention de la corruption et à la lutte contre ce phénomène, ainsi que pour mieux sensibiliser le public à l’existence, aux causes et à la gravité de la corruption et à la menace que celle-ci représente. Cette participation devrait être renforcée par des mesures consistant notamment à:*

*a) Accroître la transparence des processus de décision et promouvoir la participation du public à ces processus;*

*b) Assurer l’accès effectif du public à l’information;*

*c) Entreprendre des activités d’information du public l’incitant à ne pas tolérer la corruption, ainsi que des programmes d’éducation du public, notamment dans les écoles et les universités;*

*d) Respecter, promouvoir et protéger la liberté de rechercher, de recevoir, de publier et de diffuser des informations concernant la corruption. Cette liberté peut être soumise à certaines restrictions, qui doivent toutefois être prescrites par la loi et nécessaires:*

*i) Au respect des droits ou de la réputation d’autrui;*

*ii) À la protection de la sécurité nationale ou de l’ordre public, ou de la santé ou de la moralité publiques.*

*2. Chaque État partie prend des mesures appropriées pour veiller à ce que les organes de prévention de la corruption compétents mentionnés dans la présente Convention soient connus du public et fait en sorte qu’ils soient accessibles, lorsqu’il y a lieu, pour que tous faits susceptibles d’être considérés comme constituant une infraction établie conformément à la présente Convention puissent leur être signalés, y compris sous couvert d’anonymat.*

### **I. Contexte**

Prévenir et maîtriser la corruption est un moyen de promouvoir une bonne gouvernance et, d’une façon plus générale, de faciliter la réforme des services publics de manière à en améliorer l’efficacité et l’efficacéité, à accroître la transparence et l’équité de la prise de décisions et de mieux aligner les budgets et

la législation sur les besoins et les attentes de la société en général et de ses groupes les plus pauvres et les plus vulnérables en particulier. Ceux qui sont affectés par la corruption indirectement, par suite du mésusage des ressources des fonds de l'État, directement, devant payer des pots-de-vin pour obtenir des services publics, doivent être associés aux processus visant à déterminer les mesures à adopter, dans quel ordre et par qui.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Promotion de la participation de la société à la prévention de la corruption*

Les États parties devront interpréter largement ce qu'il faut entendre par la société et par les associations représentatives avec lesquelles ils doivent coopérer. Le concept de société devra être interprété largement comme englobant les ONG, les syndicats, les médias, les organisations professionnelles, etc., ainsi que les institutions avec lesquelles il se peut que l'État n'entretienne pas de relations directes. Les États parties devront également veiller à ce qu'il soit tenu compte des perspectives et des vues des groupes qui peuvent ne pas avoir de représentation constituée, et en particulier des groupes sociaux marginalisés par exemple par le biais d'enquêtes sur les ménages ou d'autres types d'enquêtes.

### *II.2. Sensibilisation du public à la corruption*

Beaucoup d'organismes anticorruption mènent des campagnes efficaces pour prévenir ce phénomène mais ce que la Convention cherche à mettre en relief c'est que la sensibilisation doit être considérée à tous les niveaux comme l'une des priorités de l'État. Tous les organismes publics devront manifester dans la pratique leur ferme volonté de prévenir la corruption. En l'occurrence, il importe tout particulièrement de mettre à la disposition des citoyens des moyens d'exprimer leurs préoccupations ou de formuler des allégations sans crainte d'intimidation ou de représailles. Il faudra s'efforcer tout particulièrement d'atteindre les groupes les plus pauvres de la société, qui sont fréquemment les plus touchés, directement et indirectement, par la corruption. Les campagnes de sensibilisation devront tendre à expliquer clairement ce qu'est la corruption, quelles sont ses conséquences, quels sont les types de comportements interdits et ce qu'il faut faire pour la combattre.

### *II.3. Promouvoir la participation du public aux processus de décisions*

Les États parties pourront associer le public aux processus de décisions en veillant à ce qu'il soit représenté directement aux instances d'élaboration des stratégies de prévention visées à l'article 5 ou aux activités des organes établis en application de l'article 6. Les travaux entrepris conformément à l'article 5 devront tendre notamment à évaluer quelles sont les idées que le public se fait de la prestation des services administratifs ainsi que des droits à l'information stipulés dans ledit article.

#### *II.4. Information et éducation du public*

Les organes visés aux articles 6 et 36 devront mener des campagnes de publicité et désigner les personnes ou services avec lesquels pourront se mettre en rapport les citoyens qui auraient des allégations de corruption à formuler. Ces campagnes pourront comporter la distribution de brochures et l'apposition d'affiches, dans des endroits clairement visibles, dans tous les bâtiments publics. Tous les organismes publics devront également publier des informations sur leurs services et leurs attributions, ainsi que sur la procédure à suivre pour déposer des plaintes de corruption.

En particulier, l'organe ou les organes désignés conformément à l'article 6 devront collaborer avec les institutions du secteur public pour veiller à ce que les informations concernant les mesures de prévention de la corruption soient diffusées parmi les institutions appropriées et le public en général ainsi qu'aux ONG, aux groupes de réflexion locaux et aux établissements d'enseignement afin d'appuyer l'effort de prévention et l'intégration d'une sensibilisation à la corruption aux programmes d'études scolaires ou universitaires.

#### *II.5. Liberté de rechercher, de recevoir, de publier et de diffuser des informations concernant la corruption et restrictions à cet égard*

Les États parties devront revoir les régimes de licences et autres arrangements applicables aux divers médias pour veiller à ce qu'ils ne soient pas utilisés à des fins politiques ou partisans pour empêcher les reportages et publications d'articles concernant la corruption. Simultanément, et bien que les personnes faisant l'objet d'allégations de corruption puissent saisir les tribunaux si elles considèrent avoir fait l'objet de calomnies, les États parties devront veiller à ce que leurs cadres législatifs ou constitutionnels appuient au moyen de mesures positives la liberté de rechercher, de recevoir, de publier et de diffuser les informations sur la corruption et de faire en sorte que les recours prévus par les lois relatives à la diffamation et à la calomnie et aux recours pouvant être formés si les lois relatives à la sécurité de l'État sont invoquées abusivement ne soient pas si restrictives qu'elles privilégient une partie plutôt que l'autre.

#### *II.6. Informations du public concernant les organes de prévention de la corruption*

Les États parties voudront peut-être veiller à ce que les organismes publics compétents, comme les institutions chargées de prévenir et de combattre la corruption, le bureau du Médiateur ou les commissions électorales soient dotés d'un mandat formel et de ressources adéquates pour pouvoir entreprendre des programmes d'éducation et de formation à l'intention des établissements d'enseignement, des groupes civiques et des autres organes de la société civile.

## *II.7. Accès du public à l'information*

L'une des principales causes de l'asymétrie de la relation entre l'État et le citoyen est l'ignorance dans laquelle se trouve celui-ci quant à ce que sont ses droits et quant à la façon dont fonctionne l'administration. Pour une large part, l'on peut dissiper la méfiance réciproque qui peut s'instaurer en organisant des campagnes d'éducation civique, lesquelles ont également pour avantage de faire connaître aux jeunes la possibilité de faire carrière dans la fonction publique ou de participer à la vie politique du pays. Les États parties auront intérêt à déterminer si une loi relative à la liberté d'accès à l'information pourrait ou non aider à faire mieux connaître l'information qui est ou n'est pas disponible, ainsi que les moyens à utiliser et les procédures à suivre pour y avoir accès. En tout état de cause, les États parties devraient publier leurs politiques concernant la liberté de diffuser des informations et le droit d'accès à l'information, le principe étant que chacun devrait avoir, sur demande, accès aux documents officiels détenus par les autorités publiques, sans discrimination. D'autres indications à ce sujet ont été fournies dans le contexte de l'article 10.

## *II.8. Signalement des actes de corruption, y compris sous couvert d'anonymat*

Les États parties voudront peut-être avoir à l'esprit l'importance qu'il y a à encourager le public à signaler les cas de corruption, et s'inspirer ainsi de l'expérience acquise par les États qui non seulement protègent les agents publics ou les employés d'organismes publics mais aussi toute personne qui, et quelle que soit sa qualité, signale des cas présumés de corruption.

Cette question est examinée plus en détail dans le contexte de l'article 33, mais les États parties voudront peut-être élaborer à cette fin des procédures tendant à informer le public des autorités auxquelles devra être signalé tout cas présumé de corruption et la marche à suivre à cette fin. En particulier, les États parties devront veiller à ce que, sous réserve des garanties prévues par la loi pour prévenir la calomnie ou la diffamation, quiconque se méfie des mécanismes établis ou craint de faire l'objet de représailles si son identité est divulguée puisse se mettre en rapport avec les organes visés dans la section II.7 ci-dessus.

## **Article 14: Mesures visant à prévenir le blanchiment d'argent**

### *1. Chaque État partie:*

*a) Institue un régime interne complet de réglementation et de contrôle des banques et institutions financières non bancaires, y compris des personnes physiques ou morales qui fournissent des services formels ou informels de transmission de fonds ou de valeurs ainsi que, s'il y a lieu, des autres entités particulièrement exposées au blanchiment d'argent, dans les limites de sa compétence, afin de décourager et de détecter toutes formes de blanchiment*

*d'argent. Ce régime met l'accent sur les exigences en matière d'identification des clients et, s'il y a lieu, des ayants droit économiques, d'enregistrement des opérations et de déclaration des opérations suspectes;*

*b) S'assure, sans préjudice de l'article 46 de la présente Convention, que les autorités administratives, de réglementation, de détection et de répression et autres chargées de la lutte contre le blanchiment d'argent (y compris, dans les cas où son droit interne le prévoit, les autorités judiciaires) sont en mesure de coopérer et d'échanger des informations aux niveaux national et international, dans les conditions définies par son droit interne et, à cette fin, envisage la création d'un service de renseignement financier faisant office de centre national de collecte, d'analyse et de diffusion d'informations concernant d'éventuelles opérations de blanchiment d'argent.*

*2. Les États parties envisagent de mettre en œuvre des mesures réalisables de détection et de surveillance du mouvement transfrontière d'espèces et de titres négociables appropriés, sous réserve de garanties permettant d'assurer une utilisation correcte des informations et sans entraver d'aucune façon la circulation des capitaux licites. Il peut être notamment fait obligation aux particuliers et aux entreprises de signaler les transferts transfrontières de quantités importantes d'espèces et de titres négociables appropriés.*

*3. Les États parties envisagent de mettre en œuvre des mesures appropriées et réalisables pour exiger des institutions financières, y compris des sociétés de transfert de fonds:*

*a) Qu'elles consignent sur les formulaires et dans les messages concernant les transferts électroniques de fonds des informations exactes et utiles sur le donneur d'ordre;*

*b) Qu'elles conservent ces informations tout au long de la chaîne de paiement; et*

*c) Qu'elles exercent une surveillance accrue sur les transferts de fonds non accompagnés d'informations complètes sur le donneur d'ordre.*

*4. Lorsqu'ils instituent un régime interne de réglementation et de contrôle en vertu du présent article, et sans préjudice de tout autre article de la présente Convention, les États parties sont invités à s'inspirer des initiatives pertinentes prises par les organisations régionales, interrégionales et multilatérales pour lutter contre le blanchiment d'argent.*

*5. Les États parties s'efforcent de développer et de promouvoir la coopération mondiale, régionale, sous-régionale et bilatérale entre les autorités judiciaires, les services de détection et de répression et les autorités de réglementation financière en vue de lutter contre le blanchiment d'argent.*

## I. Contexte

La mise en œuvre d'une stratégie globale de lutte contre le blanchiment d'argent fait intervenir une large gamme d'options politiques qui exigent de tenir compte de plusieurs aspects sous des angles différentes.

L'aspect préventif de la stratégie, qui est l'objet de l'article 14, présuppose une participation accrue du secteur privé, et surtout des institutions qui font fonction d'intermédiaires financiers, en coopération avec les organismes publics mais aussi sous la supervision de ceux-ci. Il y aura, pour mettre en œuvre une stratégie de prévention, d'importants arbitrages à faire à différents égards, notamment en ce qui concerne le rôle que les services financiers jouent dans l'économie du pays, la place occupée par le secteur non structuré, les relations entre le secteur financier et les organes de réglementation, les capacités de coordination des divers organismes publics concernés et les ressources financières et humaines que l'État partie peut consacrer à cette stratégie.

La prévention du blanchiment d'argent relève de la responsabilité d'une combinaison d'institutions et d'acteurs des secteurs privé et public. Le secteur privé, et surtout les intermédiaires financiers, joue un rôle de gardien. Étant donné le contact direct que les établissements financiers entretiennent avec les personnes qui, voulant blanchir leur argent, essaient d'introduire leurs gains illégaux dans les circuits financiers, sont les mieux à même d'empêcher de telles transactions et de signaler, pièces justificatives à l'appui, de telles opérations lorsqu'elles se produisent. Le secteur public, pour sa part, joue un rôle de réglementation et de supervision. Dans son rôle de réglementation, l'État promulgue les règles nécessaires pour détecter et dissuader toutes les formes de blanchiment d'argent et, dans son rôle de supervision, il veille – au moyen de sanctions ou sur la base d'une coopération – à ce que ces règles soient dûment respectées.

## II. Difficultés pratiques et solutions

### *II.1. Choix du cadre institutionnel le plus pertinent pour prévenir le blanchiment d'argent*

Les États parties sont tenus d'adopter des mesures concernant trois éléments différents de toute stratégie de prévention du blanchiment d'argent: la portée du système de prévention, les personnes et entités appelées à intervenir et la portée minimum des obligations légales.

Les États parties sont tenus d'instituer "un régime interne complet de réglementation et de contrôle afin de décourager et de détecter toutes formes de blanchiment d'argent". Pour autant que le système mis en place comporte des aspects aussi bien de réglementation que de contrôle, les États parties sont libres, étant donné les exigences et la complexité de la mise en œuvre de tels systèmes, de choisir celui qui est le mieux adapté à leurs circonstances.

Pour cette raison. Les États parties peuvent varier les composantes de leurs “régimes de réglementation et de contrôle”. Aux fins de cet article, et compte tenu des prescriptions figurant à l’article 58, les États parties voudront peut-être évaluer ou déterminer le cadre institutionnel général correspondant au régime qui a leur préférence et concevoir en conséquence les approches les mieux appropriées à suivre en matière de prévention et de coopération internationale.

Pour être efficace, tout régime visant à prévenir le blanchiment d’argent devra combiner plusieurs éléments:

- Les établissements financiers et non financiers doivent être tenus de faire le nécessaire pour empêcher que leurs services puissent être utilisés à des fins de blanchiment d’argent. Ils devront notamment faire preuve d’une diligence suffisante pour pouvoir établir un profil de leurs clients et de leurs activités probables, suivre ces activités et rendre compte de toute transaction suspecte ou inhabituelle ne correspondant pas à ce profil.
- Les rapports émanant des institutions financières et les renseignements provenant d’autres sources devront être comparés, partagés selon qu’il convient avec les autres autorités nationales et internationales et analysés de manière à pouvoir servir de base à une intervention des services de détection ou de répression.
- Les allégations de blanchiment d’argent devront faire l’objet d’une enquête et, s’il y a lieu, déboucher sur le gel et la saisie des avoirs en cause et des poursuites.

La plupart des pays ont déjà mis en place des organes de réglementation et de contrôle chargés de définir les normes de conduite que doivent suivre les institutions financières, comme banques, compagnies d’assurance, agents de change et cambistes. Ces organes sont généralement investis de pouvoirs de réglementation et de contrôle appropriés, connaissent bien les activités des institutions financières, suivent les capacités de ces institutions et la régularité de leurs opérations et de leur gestion et s’attachent à faire respecter des normes élevées en matière de gouvernance des sociétés, de contrôle interne, de déontologie et de conduite. Aussi beaucoup de pays ont-ils confié à ces organes la responsabilité d’imposer les mesures visant à prévenir le blanchiment du produit d’actes de corruption. D’un autre côté, certains pays confient ce soin à un organe distinct (habituellement le service de renseignement financier créé pour s’acquitter de la deuxième des tâches énumérées). Cette approche a pour avantage de concentrer les compétences disponibles en matière de blanchiment du produit d’actes de corruption, mais un tel modèle institutionnel doit être judicieusement conçu pour éviter que ne soient données des instructions contradictoires aux différentes institutions et que plusieurs organes s’emploient simultanément à évaluer les capacités des établissements financiers et la régularité de leurs opérations, la gouvernance des sociétés, les mécanismes de contrôle et l’enregistrement approprié des opérations.

Dans le cas d’institutions non financières comme agences immobilières, joailleries et concessionnaires d’automobiles, il n’existe généralement pas

d'organismes chargés de faire respecter les règles concernant l'identité des clients et les autres règlements applicables. Certains pays confient ce soin aux associations professionnelles (bien qu'elles n'aient généralement pas de pouvoirs suffisants pour s'acquitter de cette tâche), tandis que d'autres confient également la responsabilité du contrôle des institutions non financières au service de renseignement financier.

Presque tous les pays ont établi ou ont entrepris d'établir un service de renseignement financier chargé d'analyser les informations financières, y compris les rapports que la loi oblige les établissements financiers et parfois même non financiers à présenter et à en faire la synthèse. Dans certains pays, ces renseignements financiers jouent un rôle purement administratif et s'occupent uniquement de rassembler, d'analyser et de diffuser les renseignements et les informations disponibles. Dans d'autres, il est habilité à mener des enquêtes et peut même entamer des poursuites ou saisir et geler des avoirs (troisième des fonctions décrites ci-dessus).

Le service de renseignement financier peut être totalement indépendant, relever du Ministère de la justice ou des services de détection ou de répression ou bien d'un organisme de tutelle comme le Ministère des finances ou la banque centrale. L'indépendance présente de nets avantages. Il importe toutefois aussi d'assurer une étroite coordination avec les services de détection et de répression de sorte que les renseignements puissent être présentés sous la forme qui soit la mieux adaptée à leurs besoins. Il est bon aussi de rattacher le service de renseignement financier aux organes de tutelle étant donné que certaines institutions financières (sources de la plupart des rapports de comportements suspects) préfèrent soumettre des rapports confidentiels avec une institution avec laquelle elles sont déjà familières.

Les États parties devront adopter le modèle qui répond le mieux à leurs systèmes juridique, constitutionnel et administratif. Tous les modèles présentent des avantages et les États parties devront veiller à ce que les dispositions concernant la formation et le personnel, l'habilitation et la coordination interinstitutions soient conçues de manière à maximiser les avantages et à minimiser les risques indiqués ci-dessus.

D'un autre point de vue, l'on peut établir une différenciation entre les systèmes préventifs selon le rôle joué par les institutions du secteur privé plutôt que par des institutions publiques. Dans les modèles décrits ci-dessus, les fonctions de réglementation et de contrôle relèvent d'organismes publics. Quelques États parties ont adopté des modèles d'autoréglementation selon lesquels des organismes privés existants investis de fonctions de contrôle (comme associations d'entreprises ou associations professionnelles) s'acquittent du rôle de réglementation "au jour le jour" tandis que les institutions publiques supervisent ces organismes privés et exercent par sondage un contrôle sur la manière dont ils s'acquittent de leur tâche de réglementation. D'autres ont investis ces organes de pouvoirs plus formels de faire respecter la réglementation. Les États parties qui adoptent ce type de système le font non pas tant parce que la criminalité économique est fréquente mais plutôt parce que

leurs systèmes financiers sont utilisés pour des opérations illicites. Cela étant, le secteur financier a particulièrement intérêt à s'auto-réglementer afin de préserver sa réputation, et les États parties peuvent en pareils cas envisager un contrôle moins rigoureux.

## *II.2. À qui doivent s'appliquer les opérations de prévention?*

La deuxième question visée à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 14 a trait aux institutions ou activités qui appellent des mesures de prévention. Alors que les obligations à cet égard visaient uniquement les banques dans un premier temps, la gamme des institutions et des activités soumises à ces obligations a été élargie dans la plupart des pays et aux institutions financières non bancaires, qui sont habituellement les établissements qui ont le rôle d'intermédiaire sur le marché des valeurs et des assurances. Beaucoup de pays ont maintenant adopté une approche plus fonctionnelle afin de réglementer progressivement une plus large gamme de personnes physiques ou morales ou de sociétés qui se livrent à des activités financières comme prêts, virements de fonds ou de valeurs, émission et gestion de moyens de paiement (par exemple cartes de débit et de crédit, chèques, chèques de voyage, virements, chèques bancaires et virements électroniques), souscriptions de garanties et d'engagements financiers, courtage d'instruments du marché monétaire (chèques, obligations, instruments dérivés, etc.), opérations de change, opérations sur taux d'intérêt, courtage d'instruments dérivés d'indices boursiers ou de titres, gestion de portefeuilles individuels ou collectifs ou autres formes de placements, d'administration ou de gestion de fonds pour le compte d'autrui. Certains pays ont également étendu les obligations en question à toute activité faisant intervenir des biens de grande valeur comme pierres précieuses, tableaux d'art et articles plus usuels comme véhicules. Certains États parties voudront peut-être examiner la question de savoir si certaines activités non gouvernementales (comme celles des organisations bénévoles) ou institutions du secteur public (comme celles qui réalisent des opérations commerciales) devraient également être soumises à des obligations similaires.

L'accent, en l'occurrence, doit être mis non pas tant sur l'institution et ses activités que sur la mesure dans laquelle l'institution peut être exploitée pour dissimuler et transférer le produit d'actes de corruption. Ainsi, si les États parties sont clairement tenus au terme de cet article de soumettre les institutions bancaires et les institutions financières non bancaires et les personnes ou entités qui fournissent des services formels ou informels de transmission de fonds ou de valeurs à l'obligation d'adopter des mesures pour prévenir le blanchiment d'argent, ils sont également encouragés à imposer de telles obligations aux "autres entités particulièrement exposées au blanchiment d'argent". Comme indiqué ci-dessus, les États parties devront recenser tous les moyens possibles d'introduire le produit d'activités criminelles ou illicites dans les circuits financiers locaux, et ils devront pour cela s'efforcer de rechercher non seulement la source de ces fonds mais aussi les moyens par lesquels ils peuvent être blanchis, ce qui, à son tour, peut dépendre de différents facteurs, comme

l'étendue du secteur non structuré ou la disponibilité d'instruments financiers légitimes dans le pays. Certains pays ont jugé bon de soumettre également les professions juridiques aux règlements relatifs à la prévention du blanchiment d'argent lorsqu'elles s'acquittent de fonctions d'intermédiation financière. D'autres pays ont étendu les obligations en la matière à des activités pouvant être exposés au blanchiment d'argent du fait qu'elles font intervenir d'importantes sommes en espèces, comme les concessionnaires d'automobiles et les agences immobilières. Ainsi, pour décider des personnes et entités qui devront jouer le rôle de "gardien", les États parties auront intérêt à analyser le fonctionnement de leurs marchés illicites et à procéder à une évaluation détaillée des risques – par l'intermédiaire du service de renseignement financier proposé à l'article 58 ou, le cas échéant, des organes établis en application de l'article 6 ou de l'article 36 – pour identifier les institutions ou les activités qui risquent d'être exploitées à des fins de blanchiment d'argent et recenser les moyens qui seront le plus vraisemblablement utilisés par ceux qui souhaitent blanchir le produit d'actes de corruption.

### *II.3. Quelles sont les obligations minimum des institutions ou activités réglementées?*

Le troisième aspect du régime de prévention est la portée minimum des obligations auxquelles doit être soumis le secteur ou l'activité réglementé. Selon la Convention, le régime de prévention doit mettre l'accent "sur les exigences en matière d'identification des clients et, s'il y a lieu, des ayants droit économiques, d'enregistrement des transactions et de déclaration des opérations suspectes".

Pour prévenir le blanchiment d'argent, la première obligation du "gardien" désigné consiste à identifier les personnes et entités avec lesquelles doivent être établies des relations financières. La règle "connaissez votre client", principe bien établi du régime prudentiel en droit bancaire, est le pilier du régime de prévention. S'agissant au début que d'une simple règle d'identification formelle, ce principe s'est avéré être un concept extrêmement dynamique dont l'évolution est retracée en détail dans le contexte de l'article 52. L'article 14 établit le cadre général en faisant aux États parties l'obligation de mettre en relief l'importance de l'identification du client ainsi que de l'"ayant-droit économique" lorsqu'il y a des raisons de penser que des personnes, indépendamment du client, peuvent avoir un intérêt sur les avoirs faisant l'objet de la transaction en question. L'expression "ayant-droit économique" doit être considérée comme englobant toute personne ayant directement ou indirectement un intérêt ou un pouvoir de contrôle sur des avoirs ou des transactions. Les États parties, de préférence en collaboration avec les institutions compétentes, devront arrêter et publier les mesures à appliquer en matière d'identification et de vérification. En outre, ils devront définir quelles autres mesures de due diligence sont requises pour veiller à ce qu'une institution comprenne assez bien les activités réalisées par le client pour pouvoir en établir un profil, surveiller son activité et signaler toute transaction ou toute activité inhabituelle ou suspecte. L'étendue de ces obligations de due diligence dépendra du profil de risque qui devra être créé pour

chaque client. Les États parties voudront peut-être s'entendre avec une institution compétente sur la question de savoir si les mesures en question doivent s'appliquer non seulement aux nouveaux clients mais aussi aux clients existants et, dans le cas de ces derniers, déterminer jusqu'où il y a lieu de remonter pour vérifier les opérations effectuées.

Les États parties ont également intérêt à exiger des institutions "gardiennes" qu'elles conservent l'original des documents afférents aux opérations financières. Cette obligation est le maillon clef entre les approches de prévention et les approches de détection, les pièces à l'appui de chaque transaction constituant les éléments de preuve les plus utiles pour les enquêtes et les poursuites. Les États parties sont encouragés à étudier soigneusement la période pendant laquelle les registres financiers devront être conservés et sous quelle forme et ce qu'il faut entendre par "pièces justificatives" à conserver, notamment à des fins de preuve. Dans la pratique, le fardeau et le coût que représente la tenue de registres pour les institutions "gardiennes" doivent être pesés en tenant compte du fait que, fréquemment, les enquêtes sur des cas de corruption ne commencent qu'après que le ou les suspects ont cessé leurs fonctions, ce qui est la raison pour laquelle l'article 29 exige un délai de prescription suffisamment long. À ce propos, les États parties voudront peut-être envisager d'obliger également les personnes mentionnées à l'article 52 à conserver un registre de leurs opérations.

Enfin, les États parties devront exiger des institutions "gardiennes" qu'elles signalent toutes transactions suspectes. Dans ce contexte, ils devront concilier le pouvoir d'appréciation laissé aux institutions "gardiennes" s'agissant de déterminer les circonstances dans lesquelles une transaction apparaît comme suspecte et l'incapacité de leurs services de renseignement financier de traiter, d'analyser et d'utiliser toutes les informations devant être déclarées. Certains pays tendent à mettre en place des systèmes objectifs de rapports qui prévoient que toutes les opérations doivent être déclarées au-delà d'un seuil minimum. Pour qu'un tel modèle donne de bons résultats, le service de renseignement financier doit être doté de ressources suffisantes pour pouvoir recevoir, traiter et analyser toutes les informations reçues du secteur réglementé. Presque tous les États parties, y compris ceux qui prévoient des systèmes de déclaration des transactions en espèces au-delà d'un seuil minimum, ont considéré que les institutions "gardiennes" sont les mieux à même de décider des circonstances dans lesquelles une transaction doit être considérée comme suspecte et ont adopté des systèmes "subjectifs" selon lesquels ce sont ces institutions qui décident, tandis que les organismes publics sont chargés de contrôler le respect des critères établis. Selon ce modèle, les institutions réglementées sont particulièrement encouragées à préserver leur réputation et à écarter de leurs circuits l'argent d'origine douteuse. Les informations de routine communiquées dans le cadre d'un système à seuil sont utilisées comme matière première pour la création de bases de données financières qui se sont avérées utiles pour les enquêtes menées au sujet des transactions signalées comme suspectes par les institutions "gardiennes".

#### *II.4. Encouragement des déclarations*

Les États parties devront examiner comment créer des incitations positives et éviter des désincitations afin d'établir des rapports de coopération avec les institutions "gardiennes" et les aider à s'acquitter comme il convient de leurs obligations de déclaration.

Parmi les incitations positives, les "régimes de protection" sont très utiles dans la mesure où ils exonèrent l'institution et ses employés de responsabilité civile, administrative et pénale lorsque les déclarations sont faites de bonne foi. Il est important aussi de les mettre à l'abri de mesures d'intimidation de la part des personnes visées par leurs déclarations, de sorte qu'il peut être nécessaire de préserver l'anonymat de l'auteur des déclarations. D'autres incitations positives peuvent avoir un caractère plus pratique, comme celles qui consistent à ménager un temps suffisant pour les déclarations et à utiliser des méthodes d'emploi facile – par exemple des formulaires pouvant être remplis aisément ou des systèmes de rapports chiffrés par Internet – pour faciliter la tâche des institutions "gardiennes". Les États parties voudront peut-être prendre en considération l'information en retour reçue des institutions ayant fait une déclaration et déterminer jusqu'à quel point, dans les systèmes subjectifs, cette information en retour aide les institutions intéressées à affiner leurs approches. Ils pourront aussi essayer d'éviter des désincitations qui conduiront soit à présenter des déclarations inadéquates, soit à déclarer un trop grand nombre d'opérations par crainte de sanctions de l'administration. D'une manière générale, quel que soit le système, les États parties devront périodiquement transmettre leurs observations concernant la qualité, le degré de détail et l'utilité des déclarations présentées et collaborer avec elles pour mieux définir, en établissant un ordre de priorités entre elles, les informations à fournir, l'objectif ultime étant de créer un climat de collaboration entre les acteurs publics et privés, lesquels varieront selon les pratiques existantes, les institutions et les objectifs visés par le système en vigueur.

#### *II.5. Échange d'informations financières*

L'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 14 a trait à la nécessité pour les organismes publics chargés de combattre le blanchiment d'argent de pouvoir coopérer et échanger des informations aux échelons aussi bien national qu'international.

Au plan national, le traitement de l'information soulève deux questions fondamentales. La première concerne les droits de toute personne pouvant être accusée d'une activité criminelle (en l'occurrence, corruption ou blanchiment du produit d'actes de corruption), et la seconde des droits de toute personne à voir sauvegardé le caractère confidentiel de ses affaires personnelles (en l'occurrence de ses affaires financières).

La plupart des pays ont formulé des règles concernant la production d'éléments de preuve en matière pénale. Ces règles, entre autres, imposent des

restrictions à la façon dont les informations peuvent être collectées et utilisées comme preuves. Le fait d'obliger les institutions privées et les organismes publics à signaler les opérations qu'ils considèrent comme suspectes signifie que des informations de caractère privé, rassemblées par l'institution ou l'organisme dont il s'agit à d'autres fins commerciales ou publiques, peut être communiquée à des autorités chargées d'entamer des poursuites. Cette information n'aurait pas été rassemblée dans le cadre d'une enquête formelle et a pu ne pas l'être d'une façon qui réponde aux garanties légales ou constitutionnelles concernant la collecte et l'utilisation d'éléments de preuve en matière pénale. Souvent, cette information serait jugée irrecevable comme preuve par la plupart des pays, cette difficulté est réglée en considérant l'information rassemblée par des organismes publics et privés et communiquée au service de renseignement financier comme des renseignements plutôt que comme des éléments de preuve. Ainsi, cette information ne peut être utilisée que pour ouvrir une enquête en bonne et due forme dans le cadre de laquelle des éléments de preuve pourront être réunis conformément aux règles prévues par la loi. Les pays auront généralement des dispositions légales et constitutionnelles différentes dans ce domaine et devront prendre des dispositions afin que les renseignements financiers soient protégés et utilisés de manière à respecter les droits des suspects.

La plupart des pays ont aujourd'hui mis en place des régimes de protection des données visant à préserver la confidentialité des informations personnelles communiquées à des institutions privées et des organismes publics. Les États parties devront promulguer des lois de manière à déroger à ces dispositions pour que les institutions et organismes en question puissent faire part de leurs soupçons. Cependant, les droits fondamentaux de la personne humaine ne devront pas être négligés et devront être respectés en imposant des règles de confidentialité aux destinataires de cette information, c'est-à-dire le service de renseignement financier et les entités auxquelles il la communiquera. Indépendamment de l'importance que revêt la protection des données, ces dispositions ont un avantage supplémentaire, à savoir que les citoyens seront mieux disposés à répondre aux demandes d'information des autorités s'ils sont convaincus que cette information demeurera confidentielle. Leur pleine participation est indispensable pour préserver l'intégrité des données utilisées aux fins des politiques publiques, comme la passation de services publics et le recouvrement de l'impôt sur le revenu.

Si les citoyens ont lieu de craindre que les informations qu'ils fournissent aux organismes publics risquent d'être communiquées à d'autres autorités d'une façon qui puisse léser leurs intérêts, il se peut qu'ils soient moins disposés à fournir cette information, de sorte que les données rassemblées seraient moins fiables et les politiques publiques pourraient en souffrir. D'un autre côté, l'on peut soutenir qu'il est fort peu probable que ceux qui se livrent à des actes de corruption, en tout état de cause, fournissent involontairement des informations à ce sujet.

Les États parties devront tenir compte à la fois des avantages qu'il y a à éliminer les barrières érigées entre organismes publics afin de préserver la

confidentialité et pouvoir ainsi mieux exploiter l'information, d'une part, et les inconvénients tenant au fait que les données peuvent perdre de leur fiabilité si le citoyen doute qu'elles soient tenues confidentielles.

Quelle que soit la démarche choisie par les États parties, ceux qui reçoivent les informations de caractère personnel devront les tenir confidentielles et protéger comme il convient les droits fondamentaux de la personne humaine.

La dernière question de caractère interne à prendre en considération dans le contexte de la mise en place d'un système d'échange d'informations financières a trait au volume de l'information que générera le système et aux ressources humaines et techniques qui devront être consacrées à son analyse, à sa classification et à sa mise à jour. La technologie pourra beaucoup faciliter ce travail en renforçant les capacités d'analyse, mais un volume d'information non gérable risque de menacer l'efficacité et la crédibilité de l'ensemble du système de prévention du blanchiment d'argent. Pour surmonter certains de ces problèmes, beaucoup de pays ont créé un organisme central chargé de la collecte, de l'analyse et de la diffusion des informations financières collectées dans le cadre du système de prévention du blanchiment d'argent. C'est pourquoi la Convention, au paragraphe 1 b), recommande aux États parties d'envisager sérieusement de créer au plan national un service de renseignement financier qui rassemble toutes les fonctions susmentionnées et qui puisse simultanément partager l'information dont il dispose avec les autres États parties, question qui fait plus particulièrement l'objet de l'article 58 de la Convention.

Au plan international, l'institution essentiellement responsable de l'échange d'informations financières est le service de renseignement financier, comme le reconnaît l'article 58. Les services de renseignement financier échangent entre eux des informations sur la base de la réciprocité ou d'un accord mutuel qui, habituellement, encourage une coopération spontanée.

Les questions évoquées ci-dessus en ce qui concerne la protection des droits de toute personne accusée de corruption et le devoir de respecter le caractère confidentiel des données s'appliquent encore plus à l'échange international d'informations étant donné que les divers pays protègent les droits de façon différente. Il importe qu'un échange approprié d'informations ne soit pas entravé par les différences qui caractérisent les régimes de protection, même lorsque, quant au fond, ceux-ci sont semblables. Les procédures applicables au partage de l'information sont habituellement beaucoup plus simples que celles qui s'appliquent à l'entraide judiciaire, étant donné que, dans ce dernier cas, les procédures ont pour but de protéger les droits de suspects, tandis que tel n'est pas le cas des accords relatifs à l'échange d'informations conclus entre les services de renseignement financier. En effet, les informations échangées entre ces services sont généralement des renseignements qui ne constituent pas des éléments de preuve et peuvent rarement être utilisés sous forme brute aux fins d'une procédure pénale. Ces informations peuvent néanmoins permettre d'ouvrir une enquête (laquelle pourra en définitive déboucher sur une demande internationale de communication d'éléments de preuve par les voies prévues par

les règles relatives à l'entraide judiciaire). Habituellement, les accords entre services de renseignement financier reposent sur les principes suivants:

- Le service qui demande une information doit indiquer au service requis les raisons de sa demande, les fins auxquelles l'information sera utilisée et des données assez détaillées pour permettre au service requis de déterminer si la demande est conforme à son droit interne.
- Les accords ou mémorandums d'accord entre services de renseignement financier limitent habituellement les fins auxquelles l'information demandée peut être utilisée au but spécifique en vue duquel l'information a été demandée ou fournie.
- Le service requérant ne doit pas divulguer les informations communiquées par un service de renseignement financier à un tiers ou utiliser l'information reçue à des fins administratives ou judiciaires ou à des fins d'enquêtes ou de poursuites sans l'autorisation préalable du service qui a divulgué l'information, lequel ne devra cependant pas refuser cette autorisation sans raison justifiée.
- Toutes les informations échangées entre services de renseignement financier devront être soumises à de rigoureuses mesures de contrôle et de sauvegarde pour veiller à ce qu'elles ne soient utilisées que comme autorisé, conformément aux dispositions de la législation nationale relative à la protection des droits de l'homme et à la protection des données. À tout le moins, les informations échangées devront être considérées comme soumises aux mêmes règles de confidentialité que celles qui s'appliquent aux informations semblables reçues par les services de renseignement financier de sources nationales.

Le Groupe Egmont des cellules de renseignement financier a publié en 2004 un document intitulé "Pratiques optimales concernant l'échange d'informations entre services de renseignement financier" qui contient des avis de caractère juridique et pratique concernant l'échange d'informations financières au plan international. Ce document contient également des indications concernant la procédure de demandes d'information, les renseignements à présenter, le traitement de la demande, la suite à y donner et les règles de confidentialité.

## *II.6. Mouvement transfrontière d'espèces et de titres négociables*

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 14, les États parties sont tenus d'envisager de mettre en œuvre des mesures de détection et de surveillance du mouvement transfrontière d'espèces et "de titre négociables appropriés". Le transport d'espèces, de titres négociables et d'articles de valeur aisément réalisables – comme des garanties bancaires ou des pierres précieuses – doit être l'une des principales cibles de tout système de prévention du blanchiment d'argent. La raison en est très simple: une fois la frontière franchie, il est plus facile de dissimuler l'origine de gains mal acquis car il faut, pour la retrouver,

avoir recours à la coopération internationale, processus habituellement plus lent que les enquêtes menées dans le pays même.

La Convention recommande aux États parties d'adopter un système de déclarations en vertu duquel toutes les personnes qui transportent effectivement à travers la frontière des espèces ou certains types négociables désignés sont tenues de le déclarer aux autorités compétentes désignées. La mise en œuvre d'un tel système soulève plusieurs questions:

- Les États parties doivent fixer le seuil à partir duquel la déclaration est obligatoire. Les considérations relatives au "libre mouvement des capitaux" doivent être prises en considération à cette fin. Pour des raisons pratiques, les pays tendent à suivre le seuil établi par beaucoup d'autres États. Ainsi, ce seuil est fréquemment fixé à 10 000 dollars des États-Unis ou à son équivalent en monnaie locale.
- Les États parties doivent déterminer quels sont les "instruments négociables" qui devront être soumis à l'obligation de déclaration. Enfin, ce régime de déclaration doit s'appliquer à tous les titres négociables – comme chèques, chèques de voyage, billets à ordre ou virements – qui soit sont libellés au porteur, soit se présentent sous une forme que la propriété est transférée par la simple remise (endos sans restriction, titres libellés à l'ordre d'un bénéficiaire fictif, documents incomplets). Indépendamment des instruments financiers, les pays pourront également soumettre à l'obligation de déclaration d'autres articles de valeur aisément réalisables comme l'or, les pierres précieuses, les métaux précieux ou d'autres produits de valeur faciles à transporter.
- Les États parties devront examiner également les questions de savoir quels sont les modes de transport qui seront soumis au système de déclaration. Habituellement, les États parties appliquent le régime de déclaration du transport d'espèces ou d'autres titres négociables 1) au transport par une personne physique dans ses bagages ou son véhicule; 2) à l'expédition d'espèces ou de titres négociables par fret; et 3) à l'expédition par la poste, par une personne physique ou morale, d'espèces ou de titres négociables. L'obligation de déclaration doit englober aussi bien l'expédition que la réception.
- Lorsqu'il apparaît qu'un montant en espèces ou en titres négociables dépassant le seuil fixé n'a pas été déclaré, les autorités compétentes doivent être habilitées par la loi à se mettre en rapport avec le transporteur pour déterminer l'origine des avoirs en question et l'utilisation à laquelle ils étaient destinés. Les États parties devront communiquer cette information au service de renseignement financier, lequel pourra adresser une notification spécifique aux autorités compétentes concernant la fréquence et les types de rapports reçus. Il conviendra, lors de l'élaboration de ce type de dispositions, de tenir compte aussi des critères concernant les utilisations qui peuvent être faites de l'information.

Fréquemment, de telles découvertes sont facilitées par la combinaison du système standard de déclarations et d'un système de contrôle selon lequel toutes les personnes qui transportent des sommes en espèces et des titres négociables à travers la frontière sont tenues de répondre aux questions des autorités compétentes. Ces interrogatoires doivent être ciblés, motivés par des sources de renseignement ou des soupçons ou effectués par sondage.

Les États parties pourront envisager de mettre en place des procédures d'inspection des passagers, des véhicules et des marchandises afin de détecter des mouvements transfrontières d'espèces ou de titres négociables au porteur qui n'auraient pas été déclarés ou auraient été faussement déclarés ou qui pourraient être liés à des activités criminelles.

Lorsque des instruments monétaires suspects sont découverts, le mieux est de maintenir les bagages ou les marchandises intacts de manière à préserver les éléments de preuve. De même, s'il s'agit de sommes non déclarées ou faussement déclarées ou liées à une opération de blanchiment d'argent, il conviendra de s'attacher tout particulièrement à déterminer s'il ne s'agit pas de monnaies contrefaites. Quelques États parties ont mis en place des mécanismes visant à détecter la fausse monnaie. Par exemple, en présence de monnaie suspecte, les autorités peuvent, lorsqu'il s'agit d'euros, consulter le site web de la Banque centrale européenne ([www.eur.ecb.int/en/section/recog.html](http://www.eur.ecb.int/en/section/recog.html)) ou, s'il s'agit de dollars, vérifier le site web du Gouvernement des États-Unis ([www.usdollars.usss.gov](http://www.usdollars.usss.gov)).

Les services des douanes et les autres services de détection et de répression sont encouragés à collaborer avec le Ministère public ou les autorités judiciaires pour élaborer les directives à suivre pour saisir les sommes en espèces et titres négociables non déclarés ou faussement déclarés et poursuivre les suspects ou, lorsqu'il y a lieu de penser que les sommes d'argent ou titres négociables au porteur en question sont liés au financement du terrorisme ou au blanchiment d'argent, les États parties peuvent également appliquer les mêmes règles. Il conviendra généralement de prévoir que les autorités sont habilitées à saisir les sommes d'argent ou titres négociables en question pour une période raisonnable afin d'établir s'ils sont effectivement liés à une tentative de blanchiment d'argent ou à quelque autre infraction.

Les États parties devront déterminer si l'inobservation du système de déclarations doit faire l'objet de sanctions civiles, administratives ou pénales. Habituellement, des amendes administratives ou pénales proportionnelles aux montants en cause et des sanctions proportionnelles – modestes en cas de négligence et élevées en cas de violation délibérée – sont imposées pour faire respecter le système.

S'il convient de faire respecter les systèmes de déclarations d'espèces, il importe au plus haut point pour les États parties de déterminer l'utilisation qu'ils feront de l'information reçue dans le contexte des déclarations de routine. S'attacher uniquement à appréhender ceux qui ne font pas de déclaration risque de faire perdre l'occasion d'utiliser les déclarations effectivement faites pour

détecter le blanchiment du produit de l'acte de corruption. Si les États parties ne savent pas comment exploiter les déclarations faites ou n'ont pas les capacités nécessaires pour analyser l'information fournie, il ne sert à rien de la rassembler. Ils devront par conséquent utiliser des évaluations des risques recommandées ci-dessus pour déterminer quels sont les liens les plus vraisemblables entre le transport de sommes en espèces et le blanchiment du produit d'actes de corruption. Ils devront établir un profil des personnes et des entités les plus vraisemblablement impliquées dans le transport du produit d'actes de corruption et les enquêteurs devront prêter particulièrement attention aux déclarations de tous ceux qui correspondent à ce profil, lequel devra être mis à jour à la lumière de l'expérience acquise aux échelons national et international. Les États parties devront également déterminer les éléments qui devront donner lieu à une enquête plus approfondie de sorte qu'une formation appropriée puisse être dispensée au personnel chargé de collecter les déclarations. Le montant global des sommes transportées en espèces pourra également donner une indication des méthodes employées pour le blanchiment d'argent. Les évaluations des risques, les profils et les informations disponibles concernant les tendances de ce phénomène pourront alors être utilisés pour amender les formulaires de déclaration de manière à pouvoir rassembler rapidement les informations de nature à éveiller les soupçons.

### *II.7. Transferts de fonds*

Dans le même esprit que le paragraphe 2, le paragraphe 3 de l'article 14 recommande aux États parties d'envisager de mettre en œuvre des mesures appropriées et réalisables pour exiger des institutions financières, y compris les sociétés de transferts de fonds, a) qu'elles consignent sur les formulaires et dans les messages concernant les transferts électroniques de fonds des informations exactes et utiles sur le donneur d'ordre; b) qu'elles conservent ces informations tout au long de la chaîne de paiement; et c) qu'elles exercent une surveillance accrue sur les transferts de fonds non accompagnés d'informations complètes sur le donneur d'ordre.

Les virements électroniques doivent faire l'objet d'une réglementation aussi rigoureuse que les autres transactions financières. Il faut en effet tout d'abord déterminer, dans le cadre de l'évaluation globale des risques, quels sont ceux que représentent les sociétés de transferts de fonds. Au minimum, les États parties sont vivement engagés à appliquer la règle "connaissez votre client" au donneur d'ordre et à veiller à ce que la transaction soit dûment documentée en rassemblant des informations tout au long de la chaîne de paiement et en procédant à un contrôle plus serré (au niveau du bénéficiaire) lorsque les informations concernant le donneur d'ordre sont incomplètes.

Les intermédiaires financiers autorisés à effectuer des virements électroniques de fonds varient d'un État partie à l'autre étant donné qu'il s'agit d'une question relevant du droit interne. Les États parties voudront peut-être cependant envisager d'étendre la réglementation à toutes les sociétés qui permettent à leurs clients d'envoyer et de recevoir des fonds par des moyens

électroniques, que ce soit dans le pays même ou à l'étranger. Ces sociétés permettent aux clients, moyennant une commission, d'envoyer de l'argent en se rendant dans une agence de la société et en remplissant un simple formulaire de virement. Habituellement, aucune commission n'est perçue du destinataire.

Les États parties devront avoir à l'esprit plusieurs questions lorsqu'ils examineront les mesures de prévention à prendre dans le contexte des virements électroniques. Ils devront tout d'abord déterminer s'il y a lieu d'établir un seuil à partir duquel doivent s'appliquer les mesures de contrôle. Certains pays ont mis en place différents systèmes de déclarations qui entrent en jeu dès lors que certains seuils sont atteints, certains pour les rapports mensuels de routine et quelques-uns pour les rapports d'opération suspecte. Il faudra tenir compte également des opérations "structurées", c'est-à-dire des opérations subdivisées de manière à ne pas atteindre le seuil de déclaration.

Deuxièmement, les États parties devront déterminer quelles sont les informations que les sociétés de transfert de fonds doivent obtenir de leurs clients. Une liste non exhaustive des informations pouvant être envisagées comprendrait notamment le nom et l'adresse du donneur d'ordre, son identité vérifiée (habituellement au moyen de deux pièces d'identité différentes portant une photographie), le montant du virement, la date d'exécution de l'ordre, les instructions de paiement éventuellement reçues du donneur d'ordre, l'identité de l'établissement financier du destinataire, tout formulaire concernant l'opération rempli ou signé par le donneur d'ordre, et le nom, l'adresse et le numéro de compte du bénéficiaire, lorsque cette information est spécifiée dans l'ordre de virement.

Enfin, les États parties pourront déterminer quelles sont celles de ces informations qu'il y aura lieu de transmettre aux autorités compétentes et quelles sont les informations qui devront être conservées – et pendant quelle période – par la société de transfert de fonds.

Certains pays n'autorisent pas des sociétés de transfert de fonds à fournir des services sur une base ponctuelle mais insistent sur la nécessité pour les clients de fournir des informations personnelles détaillées avant de pouvoir utiliser leurs services. Ces informations pourront porter sur la profession, les autres sources de revenus, la nature des opérations habituelles et les bénéficiaires usuels de sorte que les virements effectués puissent être comparés à ce profil (de préférence sous forme électronique). Les États parties, pourront envisager, s'il y a lieu, d'appliquer cette approche.

## *II.8. Application*

Les États parties voudront peut-être se référer aux initiatives prises en matière de lutte contre le blanchiment d'argent par différentes organisations régionales, interrégionales et multilatérales.

Le Groupe d'action financière contre le blanchiment d'argent (GAFI) a encouragé la création de plusieurs organes régionaux du même type, dont

certains ont la qualité de membres associés. Les groupes régionaux du GAFI sont les suivants:

Le Groupe d'action financière des Caraïbes, créé en 1993 ([www.cfatf.org](http://www.cfatf.org));

Le Groupe Asie-Pacifique contre le blanchiment d'argent, créé en 1997 (<http://www.apgml.org>);

Le Comité restreint d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux (Comité MONEYVAL), créé en 1997 ([www.coe.int/moneyval](http://www.coe.int/moneyval));

Le Groupe Eurasie contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, créé en 2004 (<http://www.eurasiangroup.org/index-1.htm>);

Le Groupe contre le blanchiment d'argent en Afrique orientale et australe, créé en 1999 (<http://www.esaamlg.org/index.php>);

Le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux en Amérique du Sud (GAFISUD), créé en 2000; et

Le Groupe d'action financière pour le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord (GAFIMOAN), créé en 2004 (<http://www.menafatf.org/Home.asp>).

En outre, plusieurs services de renseignement financier ont, en 1995, constitué un groupe informel en vue de stimuler la coopération internationale. Actuellement appelé Groupe Egmont des cellules de renseignement financier (<http://www.egmontgroup.org/index2.html>), il comptait 101 membres actifs en 2006 et il se réunit régulièrement pour promouvoir la coopération entre les services de renseignement financier, surtout dans les domaines de l'échange d'informations, de la formation et du partage de données d'expérience.

En outre, d'une façon plus générale, les États parties sont encouragés à développer et à promouvoir la coopération aux échelons mondial, régional, sous-régional et bilatéral entre les autorités judiciaires, les services de détection et de répression et les services de réglementation du secteur financier afin de combattre le blanchiment d'argent. Cette question est examinée plus en détail dans le contexte de plusieurs des articles suivants.



**INCRIMINATION, DÉTECTION  
ET RÉPRESSION  
(Chapitre III, articles 15 à 42)**

Pour de plus amples informations, et pour une analyse du contenu, de la structure et des règles des articles 15 à 29 de la Convention, voir le chapitre pertinent du Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption

## **Article 30: Poursuites judiciaires, jugement et sanctions**

1. *Chaque État partie rend la commission d'une infraction établie conformément à la présente Convention passible de sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction.*

2. *Chaque État partie prend les mesures nécessaires pour établir ou maintenir, conformément à son système juridique et à ses principes constitutionnels, un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la présente Convention.*

3. *Chaque État partie s'efforce de faire en sorte que tout pouvoir judiciaire discrétionnaire conféré par son droit interne et afférent aux poursuites judiciaires engagées contre des personnes pour des infractions établies conformément à la présente Convention soit exercé de façon à optimiser l'efficacité des mesures de détection et de répression de ces infractions, compte dûment tenu de la nécessité d'exercer un effet dissuasif en ce qui concerne leur commission.*

4. *S'agissant d'infractions établies conformément à la présente Convention, chaque État partie prend des mesures appropriées, conformément à son droit interne et compte dûment tenu des droits de la défense, pour faire en sorte que les conditions auxquelles sont subordonnées les décisions de mise en liberté dans l'attente du jugement ou de la procédure d'appel tiennent compte de la nécessité d'assurer la présence du défendeur lors de la procédure pénale ultérieure.*

5. *Chaque État partie prend en compte la gravité des infractions concernées lorsqu'il envisage l'éventualité d'une libération anticipée ou conditionnelle de personnes reconnues coupables de ces infractions.*

6. *Chaque État partie, dans la mesure compatible avec les principes fondamentaux de son système juridique, envisage d'établir des procédures permettant, s'il y a lieu, à l'autorité compétente de révoquer, de suspendre ou de muter un agent public accusé d'une infraction établie conformément à la présente Convention, en gardant à l'esprit le respect du principe de la présomption d'innocence.*

7. *Lorsque la gravité de l'infraction le justifie, chaque État partie, dans la mesure compatible avec les principes fondamentaux de son système juridique, envisage d'établir des procédures permettant de déchoir, par décision de justice ou par tout autre moyen approprié, pour une durée fixée par son droit interne, les personnes reconnues coupables d'infractions établies conformément à la présente Convention du droit:*

- a) *D'exercer une fonction publique; et*
- b) *D'exercer une fonction dans une entreprise dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire.*

8. *Le paragraphe 1 du présent article s'entend sans préjudice de l'exercice des pouvoirs disciplinaires par les autorités compétentes à l'encontre des fonctionnaires.*

9. *Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte au principe selon lequel la définition des infractions établies conformément à celle-ci et des moyens juridiques de défense applicables ou autres principes juridiques régissant la légalité des incriminations relève exclusivement du droit interne d'un État partie et selon lequel lesdites infractions sont poursuivies et punies conformément à ce droit.*

10. *Les États parties s'efforcent de promouvoir la réinsertion dans la société des personnes reconnues coupables d'infractions établies conformément à la présente Convention.*

## I. Contexte

L'article 30 traite de certains des aspects les plus importants de l'application de la loi. Il comporte des dispositions concernant les enquêtes et les poursuites et la question importante mais complexe des immunités. L'article fait une large place aux sanctions – aussi bien aux sanctions pénales *strictu sensu* qu'aux sanctions "accessoires" – et comporte également des dispositions relatives aux mesures et aux sanctions disciplinaires à appliquer en fonction de la gravité ou de la nature de l'infraction, comme la déchéance dans l'exercice des fonctions publiques. Enfin, l'article souligne la nécessité de promouvoir la réinsertion dans la société des délinquants.

Les règles prévues par cet article sont notamment les suivantes:

- Les États parties doivent prévoir des sanctions qui tiennent compte de la "gravité" de l'infraction (par. 1).
- Les États parties doivent établir un équilibre approprié entre toutes immunités ou tous privilèges de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger les infractions établies conformément à la Convention (par. 2).
- Les conditions auxquelles sont subordonnées les décisions de mise en liberté dans l'attente du jugement ou de la procédure d'appel doivent tenir compte de la nécessité d'assurer la présence du défendeur lors de la procédure pénale ultérieure (par. 4).
- Les États parties doivent prendre en compte la gravité de l'infraction concernée lorsqu'ils envisagent l'éventualité d'une libération anticipée ou conditionnelle de personnes reconnues coupables de ces infractions (par. 5).

Indépendamment de ces dispositions de caractère obligatoire, l'article 30 comporte plusieurs dispositions qui n'ont pas ce caractère:

- Les États parties doivent envisager d'établir des procédures permettant, s'il y a lieu, à l'autorité compétente de révoquer ou de suspendre ou de muter un agent public accusé d'une infraction établie conformément à la Convention (par. 6).
- Les États parties doivent envisager d'établir des procédures permettant de déchoir pour une durée déterminée les personnes coupables d'infractions établies conformément à la Convention du droit: a) d'exercer une fonction publique; et b) d'exercer une fonction dans une entreprise dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire (par. 7).
- Les États parties doivent s'efforcer de promouvoir la réinsertion dans la société des personnes reconnues d'infractions établies conformément à la Convention (par. 10).

Globalement, la mise en œuvre des dispositions de l'article 30 constitue une importante "visite médicale" du système de justice pénale qui permet d'identifier les mesures devant être adoptées pour raffermir la confiance dans le bon fonctionnement de l'état de droit. Ses dispositions constituent dans la pratique un excellent moyen de traduire les politiques relatives à l'administration de la justice en mécanismes viables et fonctionnelles.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Sanctions tenant compte de la gravité de l'infraction*

L'expression "sanction" englobe aussi bien les sanctions pénales que les sanctions administratives non pénales et les sanctions civiles. Toutefois, dans les cas où la Convention stipule que certains actes doivent être établis en tant qu'"infraction pénale", des sanctions non pénales peuvent être imposées en même temps que des sanctions pénales mais ne peuvent s'y substituer.

Aux termes de la Convention, les États parties doivent prévoir des sanctions tenant compte de la gravité de l'infraction. Sans stipuler une forme quelconque de sanctions, la Convention met l'accent sur le fait que des mesures appropriées doivent être mises en place pour veiller à ce que les sanctions, qu'il s'agisse d'amendes, de peines de prison ou d'autres peines, reflètent la gravité de l'infraction. Celle-ci ne peut pas être déterminée uniquement en se référant à la valeur, par exemple, d'un avantage indu, mais doit plutôt être apprécié au regard d'autres facteurs, comme le rang dans la hiérarchie des personnes impliquées, le domaine dans lequel l'infraction a été commise, la confiance placée dans l'agent public dont il s'agit, etc.

La Convention ne spécifie pas la gravité des sanctions. Comme les peines imposées reflètent les traditions et les politiques propres à chaque pays, la Convention reconnaît que des infractions semblables peuvent faire l'objet de sanctions différentes d'un pays à l'autre. En fait, les sanctions dont sont passibles les actes de corruption doivent être conformes aux traditions juridiques nationales et correspondre au cadre général créé en matière de peines par le droit

pénal des États parties. D'une manière générale, pour qu'il soit tenu compte de la gravité de l'infraction, les sanctions pénales dont sont passibles les actes de corruption réprimés conformément à la Convention ne doivent pas être plus légères que les sanctions applicables à des délits économiques comparables. Les États parties devront avoir en vue que, dans le cas de la corruption transfrontière, domaine dans lequel l'entraide judiciaire et l'extradition jouent un rôle majeur, il importe que les sanctions soient suffisantes pour pouvoir invoquer les dispositions correspondantes. Pour certains États parties, cela signifie que les infractions devront être passibles de peines privatives de liberté d'une certaine durée de manière à satisfaire à l'exigence de double incrimination.

La façon dont les sanctions sont appliquées variera selon le système juridique de l'État partie concerné. Dans les États parties où le tribunal jouit d'une certaine latitude en ce qui concerne le prononcé de la peine, habituellement à l'intérieur d'une large gamme de sanctions possibles, le tribunal commencera par se prononcer sur la gravité de l'infraction en évaluant la culpabilité et le dommage causé, compte tenu des circonstances aggravantes ou atténuantes (dans le cas de la corruption, une violation de l'obligation fiduciaire peut constituer une sérieuse situation aggravante), des excuses personnelles et de la question de savoir si l'inculpé a plaidé coupable. Le tribunal pourra ainsi déterminer si le seuil pouvant donner lieu à l'imposition d'une peine privative de liberté a été atteint. Les tribunaux pourront également être appelés à prononcer des ordonnances d'indemnisation à la suite d'une condamnation pénale ou ordonner l'évaluation et la confiscation des avoirs de l'accusé pour qu'il ne tire pas financièrement avantage de ses actes de corruption.

Les États parties voudront peut-être tenir compte aussi des indications concernant les peines figurant au paragraphe 4 de l'article 26, qui soulignent la nécessité de prévoir (pour les personnes morales) des sanctions efficaces, proportionnelles et dissuasives.

L'élaboration de directives concernant le prononcé de peines pourra être fort utile dans ce domaine. De nombreux États parties ont établi de telles directives qui constituent pour les juges un guide plutôt que des instructions formelles.

Au Royaume-Uni, par exemple, les directives concernant le prononcé des peines<sup>6</sup> sont arrêtées par deux organes indépendants mais étroitement liés l'un et l'autre: le Sentencing Advisory Panel et le Sentencing Guidelines Council. Ces deux organes travaillent ensemble pour veiller à élaborer des directives de nature à encourager l'uniformité des peines prononcées par les tribunaux de l'Angleterre et du Pays de Galles et à aider les juges à prendre des décisions.

Le Sentencing Advisory Panel a pour vocation de donner des avis concernant les peines dont devraient être passibles des infractions ou catégories d'infractions spécifiques ainsi que sur d'autres questions connexes. À la suite d'une période de consultations approfondies et de recherches si besoin est, le

---

<sup>6</sup> Voir [www.sentencing-guidelines.gov.uk](http://www.sentencing-guidelines.gov.uk).

Panel fournit des avis qui sont ensuite soumis à l'examen du Sentencing Guidelines Council, lequel, sur la base des avis ainsi reçus, formule les directives à appliquer. Ces "projets de directives" sont publiés et, à la suite de consultations, révisés si besoin est.

Il est alors publié des directives finales auxquelles peuvent se référer les juges.

Il va de soi que, dans bien d'autres États parties, de telles directives "informelles" pourront ne pas exister et que les règles à appliquer en matière de prononcé des peines seront stipulées dans le code pénal ou dans la loi ayant incriminé les infractions visées par la Convention.

Il existe fréquemment, dans certains États parties, d'autres régimes bien établis pouvant répondre aux critères d'efficacité, de proportionnalité et d'effet de dissuasion des sanctions. En Allemagne, par exemple, le Code pénal prévoit une très large gamme de peines, un système de négociation de la peine (*Absprachen*) ou le prononcé d'ordonnances pénales. Dans le cas des personnes morales, il existe en Allemagne, aux termes de la loi relative aux infractions administratives, le système d'amendes administratives qui comporte un élément punitif et la confiscation de l'"avantage financier".

## *II.2. Immunités ou privilèges de juridiction*

L'immunité comporte essentiellement deux aspects: exonération de responsabilité et inviolabilité. Le premier type d'immunité est généralement considéré comme applicable aux membres d'organes législatifs (par exemple parlementaires) pour ce qui est des opinions et des votes exprimés dans l'accomplissement de leurs fonctions. Son but est de garantir l'indépendance et la liberté d'expression des parlementaires en les exemptant de toute action judiciaire, mais elle peut également être limitée, par exemple, à la responsabilité pénale. Le deuxième type d'immunité concerne la protection de différentes catégories d'agents publics contre des mesures comme l'arrestation, la détention et les poursuites, mais aussi, dans certains pays, contre les enquêtes de police et les utilisations de méthodes d'enquêtes spéciales en raison des actes accomplis dans l'accomplissement de leurs fonctions.

La plupart des États parties considèrent les privilèges et immunités de juridiction des agents publics de haut rang, comme les membres du Parlement, comme un moyen nécessaire de sauvegarder le bon fonctionnement des institutions étatiques, les immunités peuvent susciter des difficultés étant donné qu'elles peuvent apparaître comme mettant les agents publics au-dessus de la loi. Il n'est pas inhabituel que l'immunité de poursuite soit considérée comme la principale cause de l'aggravation de la corruption, étant donné que la revendication d'une immunité politique peut beaucoup entraver les enquêtes sur la corruption aux échelons supérieurs. Aussi plusieurs États ont-ils modifié ou décidé de modifier leurs règles relatives à l'immunité.

Aux termes de l'article 30, les États parties sont tenus d'établir un équilibre approprié entre les immunités ou privilèges de juridiction, d'une part, et la possibilité de poursuivre efficacement les infractions établies, de l'autre. Toutes les formes de privilèges ou d'immunités de juridiction comportent un tronc commun dans la mesure où ils exonèrent des dispositions du droit pénal ou des poursuites pénales certaines personnes ou certains groupes de personnes. Les États parties pourront considérer de telles lois comme des exceptions au principe de l'égalité devant la loi qui doivent être justifiées.

Les États parties voudront peut-être avoir à l'esprit que l'article suit un concept "fonctionnel" des privilèges ou immunités de juridiction. Autrement dit, les privilèges ou immunités de juridiction se rapportent à la fonction et non à son titulaire. En conséquence, les États parties pourront considérer que des privilèges et immunités équilibrés et par conséquent légitimes sont seulement ceux qui sont nécessaires pour sauvegarder le bon fonctionnement des institutions étatiques. Ainsi, ils devront tenir compte de plusieurs aspects afin d'établir un équilibre approprié entre les privilèges ou immunités de juridiction et la possibilité de mener des enquêtes et d'entamer des poursuites efficaces:

- Les États parties voudront peut-être appeler l'attention sur la liste des personnes qui jouissent d'immunités ou d'autres privilèges et déterminer si, pour qu'ils soient équilibrés, il y a lieu de restreindre la liste des fonctions publiques qui doivent en jouir. D'une manière générale, ils devront tenir compte du fait que les privilèges et immunités de juridiction sont conçus de manière à permettre au titulaire d'une fonction publique d'agir sans craindre de voir sa responsabilité juridique engagée. Dans ce cas particulier, ils pourront suivre l'exemple des États qui n'accordent qu'une immunité limitée n'englobant les actes de corruption ou les autres infractions commises au titre aussi bien privé qu'officiel. Ils pourront par conséquent décider d'accorder des privilèges ou des immunités après avoir déterminé si cela est essentiel pour garantir l'accomplissement des fonctions publiques dont il s'agit.
- Selon le concept de l'immunité fonctionnelle, les États parties pourront envisager de ne prévoir des privilèges ou des immunités de juridiction qu'à raison des actes accomplis dans l'exercice de fonctions officielles, et seulement lorsque l'agent public considéré s'est acquitté du rôle et des responsabilités attachés à ses fonctions. De plus, les États parties pourront décider que des privilèges ou immunités de juridiction ne devront être accordés que pendant la durée des fonctions publiques exercées. En conséquence, ces privilèges ou immunités ne devraient pas englober les actes ou omissions commis après que l'agent public a cessé ses fonctions. Par conséquent, l'on ne peut pas dire que les privilèges et immunités sont équilibrés, compte tenu des exigences de l'application des lois, lorsque les personnes ayant précédemment occupé des fonctions publiques continuent d'en jouir après qu'elles ont cessé leurs fonctions. Même lorsque l'action concerne des actes commis pendant que l'intéressé était titulaire d'une fonction publique, celui-ci doit jouir des mêmes droits et avoir les mêmes obligations que tout autre citoyen.

- Les États parties voudront peut-être décider de promulguer des lois ou des principes directeurs indiquant dans quelles conditions et selon quelle procédure l'immunité peut ou doit être levée. À ce propos, ils voudront peut-être tenir compte des modèles et aspects ci-après:
  - Les lois et principes spécifiant les motifs justifiant une levée de l'immunité ne doivent pas laisser place à un pouvoir discrétionnaire à motivation politique. Les États parties voudront peut-être envisager de stipuler que la commission d'actes de corruption constitue en droit une raison suffisante pour lever les privilèges ou immunités.
  - Les États parties voudront peut-être avoir à l'esprit que la procédure de levée de l'immunité devrait être conçue de sorte qu'une décision puisse être prise rapidement pour pouvoir éviter que le suspect ne prenne la fuite ou ne fasse obstruction à l'enquête.
  - Les États parties devront envisager d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts dans l'adoption des décisions relatives à la levée de l'immunité.

Si l'immunité ne peut pas être levée, les États parties pourront envisager de se mettre en rapport avec des pays étrangers pouvant être à même d'ouvrir des poursuites pénales ou d'entamer une action civile contre les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions dans ces pays<sup>7</sup>.

- Les États parties voudront peut-être envisager de promulguer des règles permettant d'entamer des poursuites et de prononcer une condamnation après que l'agent public ait cessé ses fonctions. En particulier, ils devront envisager de suspendre le cours des délais de prescription pendant la durée des fonctions publiques exercées. Pour les États parties qui ne prévoient pas la possibilité de lever l'immunité pendant l'exercice de fonctions publiques, cela peut être un moyen approprié d'établir l'équilibre requis par l'article 30.
- Enfin, les États parties pourront tenir compte du fait que les privilèges ou immunités de juridiction qui s'appliquent à une personne n'empêchent pas de poursuivre et de sanctionner les autres personnes impliquées dans des actes de corruption.

### *II.3. Pouvoirs judiciaires discrétionnaires*

Aux termes de l'article 30, les États parties doivent optimiser l'efficacité des mesures de détection et de répression et tenir dûment compte de la nécessité d'exercer un effet dissuasif en ce qui concerne les actes de corruption dans tous les cas où sont exercés des pouvoirs judiciaires discrétionnaires. Le principe directeur à cet égard doit être que ceux qui interviennent dans la formulation des

---

<sup>7</sup> C'est ainsi qu'à Londres, la Metropolitan Police a arrêté les gouverneurs en exercice de différents États du Nigéria soupçonnés de blanchir de l'argent au Royaume-Uni. <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/4462444.stm>.

politiques puis dans la rédaction des lois doivent s'efforcer de mettre en place un mécanisme aussi efficient, efficace et transparent que possible reflétant les exigences réalistes de l'État. Les États parties pourront optimiser l'effet de dissuasion des mesures adoptées s'ils font clairement comprendre aux services de détection et de répression que l'ouverture d'une enquête et de poursuites en cas d'actes de corruption est la norme tandis que la déclaration d'un non-lieu est une exception qui doit être justifiée. Ils devront toutefois aussi prendre en considération les ressources dont disposent les services de détection et de répression. Ainsi, les pays en développement dont les ressources sont limitées voudront peut-être concentrer leur attention sur les affaires de grande envergure, par exemple celles dans lesquelles se trouvent impliqués des agents publics de haut niveau.

Dans certains États parties, il existe des lois ou règlements qui prescrivent comment les magistrats du Parquet doivent s'acquitter de leurs pouvoirs discrétionnaires. En pareils cas, les lois ou directives qui régissent ce processus décisionnel doivent être rendues publiques. Toutefois, certaines de ces lois ou directives comportent des clauses aux termes desquelles un procureur peut renoncer à ouvrir des poursuites lorsque celles-ci ne seraient pas dans "l'intérêt public". En pareils cas, les États parties voudront peut-être envisager soit d'éviter des termes aussi généraux soit, s'ils décident d'accorder de tels pouvoirs discrétionnaires, de les préciser en énonçant et en rendant publics les critères à prendre en considération pour que les facteurs pris en compte pour parvenir à une telle conclusion apparaissent clairement. Ainsi, les États parties voudront peut-être envisager d'exiger que le procureur motive sa décision de clore l'affaire ou de déclarer le non-lieu pour que les motifs invoqués puissent faire l'objet d'un examen interne ou externe approprié. En outre, pour améliorer la transparence du processus et assurer le bon fonctionnement des mécanismes de contrôle, il est bon de prévoir que les procureurs devront informer les plaignants de l'issue de l'enquête et de leur décision d'entamer ou non des poursuites. Les États parties voudront peut-être prendre note des procédures qui ont été adoptées pour sauvegarder l'intégrité de telles décisions.

- Les États parties voudront peut-être prendre en considération que, dans plusieurs pays, des influences politiques indues ont été exercées par différentes autorités supérieures comme le Procureur général ou le Ministère de la justice, surtout dans le cas d'affaires politiquement délicates. Ils voudront peut-être aussi avoir à l'esprit que la simple obligation de rendre compte à une autorité supérieure avant d'entamer une enquête ou des poursuites peut influencer indument sur la décision d'un procureur. Ils voudront peut-être déterminer si une telle obligation doit être prévue avant de pouvoir ouvrir une enquête ou même de l'éliminer dans tous les cas où les pouvoirs des magistrats du Parquet ne sont pas définis par la loi.
- Les États parties qui, pour une raison ou pour une autre, prévoient que les instructions d'un supérieur doivent être suivies dans un cas particulier voudront peut-être considérer qu'il est indispensable de garantir la

transparence et l'impartialité de la procédure. À cette fin, ils pourront spécifier que les sanctions concernant une affaire déterminée devront être données par écrit, ce qui permettra de porter une appréciation sur leur régularité. Ils pourront envisager aussi de soumettre de telles décisions à un mécanisme de supervision externe. Dans ce contexte, ils pourront stipuler que le public devra avoir accès à cette information ou permettre à la personne ou à l'institution lésée ou au plaignant de saisir les tribunaux pour révision éventuelle de la décision prise.

#### *II.4. Décisions concernant la mise en liberté dans l'attente du jugement ou de la procédure d'appel*

Aux termes de cet article, les États parties doivent définir les conditions dans lesquelles un suspect peut être mis en liberté dans l'attente d'un jugement ou de la procédure d'appel. Les États parties pourront considérer la mise en liberté sous caution comme un moyen juridiquement justifié d'assurer la présence du défendeur lors de la procédure pénale ultérieure. Cependant, ils voudront peut-être tenir compte aussi du fait que les personnes qui ont commis un acte de corruption peuvent avoir d'importantes ressources financières à leur disposition, ce qui peut leur permettre de prendre facilement la fuite, surtout lorsque les services de détection et de répression n'ont pas pu geler ou confisquer le produit des actes criminels commis ou des biens utilisés pour commettre l'infraction, ou bien lorsqu'il existe un risque d'intimidation des témoins, de destruction des éléments de preuve ou d'entrave à la justice si le délinquant est libéré pendant l'enquête ou dans l'attente de son procès. Les tribunaux voudront peut-être aussi envisager d'assortir la mise en liberté ou la liberté de déplacement du suspect de conditions et de restrictions appropriées. Par exemple, ils pourront accorder la mise en liberté sous caution en stipulant que le suspect devra se présenter régulièrement devant les services de détection et de répression, remettre tous ses documents de voyage, y compris ses passeports (bien qu'il importe de ne pas perdre de vue que certaines personnes peuvent avoir plusieurs passeports de sorte qu'elles devront déclarer remettre tous leurs passeports et documents de voyage) et s'engager à ne pas se mettre en rapport avec les témoins. Dans les cas graves, les États parties devront se réserver le droit, comme dans le cas des autres affaires pénales, d'ordonner la détention provisoire.

#### *II.5. Libération anticipée ou conditionnelle*

Aux termes du paragraphe 5 de l'article 30 de la Convention, les États parties sont tenus de prendre en compte la gravité des infractions concernées lorsqu'ils envisagent l'éventualité d'une libération anticipée ou conditionnelle de personnes reconnues coupables de ces infractions.

S'il faut veiller à ce que ces mesures soient appliquées proportionnellement à la gravité de l'infraction, c'est aussi pour éviter les frictions avec l'individu et le pacte social de la punition.

La possibilité d'une libération anticipée ou d'une libération conditionnelle existe dans beaucoup d'États parties, mais d'autres on renoncé peu à peu au système de la liberté conditionnelle, préférant une "condamnation effective" ou un système de peines définies avec précision. Lorsque le citoyen doute de l'effet de dissuasion et de l'efficacité de peines qui sont ensuite commuées, en particulier, le système de la "peine effective" peut être un moyen de restaurer la confiance de la société dans l'efficacité de la loi et de la justice. Même si, cependant, il faut tenir compte de la nécessité de respecter les droits de l'homme et du risque de répression négative d'un système dans lequel un condamné ne peut jamais bénéficier de la liberté conditionnelle.

### *II.6. Abrogation, suspension ou mutation*

De telles mesures doivent être appliquées avec prudence pour éviter qu'elles ne deviennent un moyen de paralyser ou de neutraliser des personnes considérées comme constituant une menace (par exemple des rivaux politiques faussement accusés de corruption pour éviter qu'ils ne postulent à des fonctions publiques) ou considérées comme "trop honnêtes". Cela n'est regrettamment pas rare et les décideurs doivent reconnaître que ce risque est réel et en tenir compte.

Même la suggestion du consultant tendant à ce qu'il soit introduit dans le contrat d'engagement une disposition stipulant que l'intéressé sera suspendu d'office en cas de faute peut avoir un dangereux effet de boomerang si une telle disposition ne s'accompagne pas de certaines garanties, par exemple pour veiller à ce que les soupçons soient suffisamment fondés et pour éviter qu'une telle disposition ne devienne l'instrument d'une inquisition aveugle!

Les États parties sont tenus d'envisager d'établir des procédures permettant de révoquer, de suspendre ou de muter un agent public accusé d'un acte de corruption. Ces procédures peuvent réglementer notamment les conditions dans lesquelles doit être ouverte une enquête et être appliquées pendant toute la durée de celle-ci et peuvent permettre d'éviter que le suspect ne fasse obstruction à l'enquête en influençant ou en intimidant des témoins ou n'altère ou ne détruise des éléments de preuve. En outre, de telles mesures peuvent être appropriées pour faire échec à un "esprit de corps" mal conçu qui pourrait faire obstacle aux enquêtes. Les mesures envisagées dans cet article ne doivent pas se prêter à des représailles à motivation politique et ne doivent pas porter atteinte aux principes de la présomption de l'innocence de l'agent public en cause.

### *II.7. Déchéance du droit d'exercer une fonction publique*

Le paragraphe 7 de l'article 30 de la Convention fait aux États parties l'obligation d'envisager d'établir des procédures permettant de déchoir une personne reconnue coupable d'actes de corruption du droit d'exercer une fonction publique et d'exercer une fonction dans une entreprise dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire. Les États parties considéreront sans doute que de telles mesures sont des sanctions accessoires appropriées pour

sauvegarder la confiance et l'intégrité de la fonction publique. En outre, de telles mesures peuvent être un moyen efficace de décourager la corruption et de prévenir de futurs actes de corruption en faisant bien comprendre aux autres agents publics et au public en général que l'État est résolu à combattre la corruption. D'un autre côté, les États parties qui appliqueront de telles mesures devront examiner soigneusement la question de savoir si cette déchéance devrait être temporaire ou définitive. Une telle décision devra refléter la gravité de l'infraction dont l'agent public en cause aura été reconnu coupable.

Les États parties voudront peut-être envisager d'appliquer l'expression "entreprise dont l'État est totalement ou partiellement propriétaire" selon les dispositions de leur droit interne qui définissent les entreprises devant être considérées comme "publiques".

### *II.8. Réinsertion dans la société*

Comme indiqué ci-dessus, le paragraphe 10 de l'article 30 de la Convention reflète le principe selon lequel, après l'imposition de sanctions pénales et de sanctions accessoires proportionnelles à la gravité de l'infraction, la nécessité de promouvoir la réinsertion dans la société des personnes reconnues coupable d'actes de corruption découle du principe de proportionnalité.

Ce paragraphe constitue un élément qui affecte la finalité ultime de l'article, qui est d'établir un équilibre approprié entre châtement et réhabilitation. De plus, les États parties pourront considérer que cette disposition se rapporte à un autre aspect des sanctions en ce sens qu'indépendamment des dispositions normales applicables à la liberté surveillée, les États parties peuvent envisager d'imposer des sanctions assorties de conditions visant à promouvoir la réinsertion des condamnés, comme la condamnation à des travaux d'intérêt public ou à des travaux bénévoles dans le cadre desquels les compétences des agents publics condamnés seraient ainsi mises au service de la société.

## **Article 31: Gel, saisie et confiscation**

*1. Chaque État partie prend, dans toute la mesure possible dans le cadre de son système juridique interne, les mesures nécessaires pour permettre la confiscation:*

*a) Du produit du crime provenant d'infractions établies conformément à la présente Convention ou de biens dont la valeur correspond à celle de ce produit;*

*b) Des biens, matériels ou autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés pour les infractions établies conformément à la présente Convention.*

*2. Chaque État partie prend les mesures nécessaires pour permettre l'identification, la localisation, le gel ou la saisie de tout ce qui est mentionné au paragraphe 1 du présent article aux fins de confiscation éventuelle.*

3. *Chaque État partie adopte, conformément à son droit interne, les mesures législatives et autres nécessaires pour réglementer l'administration par les autorités compétentes des biens gelés, saisis ou confisqués visés aux paragraphes 1 et 2 du présent article.*

4. *Si ce produit du crime a été transformé ou converti, en partie ou en totalité, en d'autres biens, ces derniers peuvent faire l'objet des mesures visées au présent article en lieu et place dudit produit.*

5. *Si ce produit du crime a été mêlé à des biens acquis légitimement, ces biens, sans préjudice de tout pouvoir de gel ou de saisie, sont confisquables à concurrence de la valeur estimée du produit qui y a été mêlé.*

6. *Les revenus ou autres avantages tirés de ce produit du crime, des biens en lesquels le produit a été transformé ou converti ou des biens auxquels il a été mêlé peuvent aussi faire l'objet des mesures visées au présent article, de la même manière et dans la même mesure que le produit du crime.*

7. *Aux fins du présent article et de l'article 55 de la présente Convention, chaque État partie habilite ses tribunaux ou autres autorités compétentes à ordonner la production ou la saisie de documents bancaires, financiers ou commerciaux. Un État partie ne peut invoquer le secret bancaire pour refuser de donner effet aux dispositions du présent paragraphe.*

8. *Les États parties peuvent envisager d'exiger que l'auteur d'une infraction établisse l'origine licite du produit présumé du crime ou d'autres biens confisquables, dans la mesure où cette exigence est conforme aux principes fondamentaux de leur droit interne et à la nature des procédures judiciaires et autres.*

9. *L'interprétation des dispositions du présent article ne doit en aucun cas porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi.*

10. *Aucune disposition du présent article ne porte atteinte au principe selon lequel les mesures qui y sont visées sont définies et exécutées conformément aux dispositions du droit interne de chaque État partie et sous réserve de celles-ci.*

## **I. Contexte**

L'article 31 complète l'article 23. Ce dernier concerne le "qui", tandis que l'article 31 traite du quoi et du comment. La confiscation – c'est-à-dire la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente, selon la définition figurant à l'alinéa g) de l'article 2 de la Convention – est l'outil juridique le plus important qui permet de priver les délinquants de leurs gains mal acquis. Le régime envisagé par la Convention est structuré autour du concept de confiscation du "*produit du crime*", 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*".

Une distinction doit être établie entre la confiscation du produit de crimes et les autres confiscations déjà prévues par la plupart des systèmes juridiques: la confiscation des instruments utilisés pour commettre une infraction et la confiscation des objets du crime. Bien que le paragraphe 1 de l'article 31 prévoit ces trois types de confiscations, la confiscation du produit du crime est le pilier central de ce nouveau régime. L'article 31 définit également, à ses paragraphes 4, 5 et 6, la portée minimum des mesures de confiscation du produit d'activités criminelles. À titre de mesures complémentaires, le paragraphe 8 recommande aux États parties d'envisager d'inverser la charge de la preuve pour pouvoir déterminer plus facilement l'origine de ce produit, concept déjà appliqué par plusieurs pays et qui doit être distingué d'une inversion de la charge de la preuve concernant des éléments de l'infraction, concept qui est directement lié à la présomption d'innocence.

Nonobstant ces règles minimum, les États parties peuvent envisager différentes options quant aux modalités de mise en œuvre de ce système et devront notamment examiner les questions de savoir:

- S'il faut accorder la prééminence à un "système de confiscation fondée sur l'objet", par opposition à un "système de confiscation fondée sur la valeur";
- S'il y a lieu d'accorder la prééminence à un système civil de confiscation, en sus d'un système pénal;
- Si et dans quelles circonstances la "confiscation du produit de la corruption" doit être considérée comme une sanction pénale par opposition à une mesure ressortissant de la justice réparatrice; et
- S'il y a lieu de traduire ou de privilégier les procédures *in rem* par opposition aux procédures *in personam*.

Un complément indispensable de la politique tendant à priver les coupables d'actes de corruption du produit de leurs agissements illicites est un système de mesures préliminaires visant à saisir, geler ou immobiliser de quelque autre façon les biens devant être confisqués. Le paragraphe 2 de l'article fait aux États parties l'obligation d'appliquer de telles mesures, tandis que le paragraphe 3 dispose qu'ils doivent adopter des mesures pour réglementer l'administration de ces biens jusqu'à ce qu'un tribunal ou quelque autre autorité compétente décide de leur sort.

Aux termes de l'article 31, les États parties doivent également adopter des mesures spécifiques concernant deux autres éléments importants du régime de confiscation: la coopération internationale (par. 7) et la protection des droits des tiers de bonne foi (par. 9).

## II. Types de confiscation

En vertu du paragraphe 1 de l'article 31, les États parties doivent prendre les mesures nécessaires pour permettre deux types différents de confiscation:

1 a) – Confiscation du produit du crime;

1 b) – Confiscation des instruments utilisés pour les infractions établies.

Le paragraphe 1 b) de l'article se réfère aux "biens, matériels ou autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés pour les infractions établies conformément à la présente Convention".

La théorie qui justifie la confiscation des instruments utilisés pour commettre des actes criminels est que les objets en question ont été utilisés d'une façon qui a nui à la société, de sorte que l'État doit empêcher que cela se renouvelle. Cette confiscation établit un lien direct entre les objets utilisés pour commettre l'acte criminel et les résultats néfastes que celui-ci a entraînés. La confiscation des instruments utilisés pour commettre un acte criminel est par conséquent de par sa nature même une mesure punitive élevée à la condamnation du défendeur et une mesure qui ne peut être adoptée qu'*in personam* étant donné que le défendeur est – habituellement de façon accessoire – puni en se voyant privé des biens et objets dont il a fait un mauvais usage.

Ce concept englobe également les objets nécessaires pour préparer l'acte criminel, que ce soit directement, comme documents, formulaires ou logiciels, ou indirectement, pour le faciliter, comme faux passeports, etc. Ces objets sont habituellement détruits, ce qui montre que la théorie qui est à la base de la confiscation de ces objets est de nature préventive: ces objets sont considérés comme pouvant être utilisés à des fins qui ne sont pas les leurs, de sorte qu'il est particulièrement utile de les détruire. En outre, ce type de confiscation, qui ne constitue pas une mesure positive, joue un rôle de protection plus large; ainsi, les drogues sont saisies non pas pour punir le défendeur mais pour protéger la société.

En revanche, l'alinéa a) du paragraphe 1 fait aux États parties l'obligation d'adopter des mesures en vue de confisquer le produit du crime.

Tel qu'elle est définie aux alinéas e) et g) de l'article 2 de la Convention, la confiscation du produit du crime applique la dépossession permanente, sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente, de tout bien ou autre article de valeur provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction.

## III. Modèles de confiscation

La première option envisagée à l'alinéa a) du paragraphe 1 englobe les deux modèles possibles de confiscation: la confiscation de l'objet, qui vise le "*produit du crime provenant d'infractions établies conformément à la présente Convention*" et la confiscation de la valeur, c'est-à-dire des "*biens dont la valeur*

*correspond à celle de ce produit*". Cette distinction se rapporte à la façon dont les droits de propriété se trouvent affectés. La confiscation d'objets constitue un transfert de propriété à l'État, tandis que la confiscation de la valeur consiste à imposer l'obligation de payer une certaine somme d'argent, représentant habituellement l'équivalent de l'avantage indu tiré de l'acte criminel, quelle que soit la forme sous laquelle cette somme est donnée ou reçue.

Les systèmes de confiscation d'objets reposent sur la corrélation entre l'infraction et les biens dont il s'agit. Le même modèle s'applique à la confiscation des instruments utilisés pour commettre un acte criminel. Il y a lieu de tenir compte à cet égard de plusieurs considérations:

- Les systèmes de confiscation d'objets s'appliquent quelle que soit la personne ayant effectivement possession de l'objet, et il faut par conséquent s'attacher tout particulièrement à protéger les droits des tiers de bonne foi, comme indiqué au paragraphe 9 de l'article.
- Un système de confiscation d'objets à l'état pur peut entraîner des conséquences injustes étant donné que les biens qui ont été consommés ou dépensés au moment de l'ordonnance de confiscation ou des biens qui ne peuvent pas être retrouvés échapperont au système.
- Comme elle est habituellement exécutée *in rem*, la confiscation d'objets peut être utilisée dans le contexte de procédures aussi bien pénales que civiles et, si certains pays considèrent toute confiscation du produit du crime comme une mesure de caractère punitif, d'autres ont considéré que la confiscation du produit du crime à la suite d'une procédure civile et exécutée sur la base des modèles de confiscation d'objets doit être considérée comme ressortissant de la justice réparatrice.

Il convient enfin, dans l'application des systèmes de confiscation d'objets, de tenir compte de la situation dans laquelle le délinquant réussit à dissimuler le produit du crime par le biais d'une société ou d'une personne morale. Comme, juridiquement parlant, le délinquant n'a pas la possession de l'objet, la question de savoir si la confiscation sera fondée sur une procédure civile ou pénale sera de la plus haute importance dans les pays où la responsabilité pénale des personnes morales est réduite, voire inexistante.

De telles difficultés peuvent être surmontées en ayant recours aux systèmes de confiscation de la valeur. À la différence des systèmes de confiscation d'objets, qui sont fondés sur la corrélation entre l'objet et l'infraction, les systèmes de confiscation de la valeur du produit du crime sont inspirés de l'idée selon laquelle, le "crime ne doit pas payer". Par conséquent, il ne s'agit pas d'un transfert de biens mais plutôt d'une ordonnance (habituellement judiciaire) de payer une somme d'argent représentant l'équivalent de la valeur du produit du crime.

Tout d'abord, les systèmes de confiscation de la valeur peuvent être appliqués à des sommes d'argent ou à des biens qui peuvent n'avoir aucun lien direct avec une activité criminelle mais plutôt avoir été acquis au moyen du

produit d'un crime. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer quels sont exactement les biens obtenus grâce à l'infraction mais plutôt la valeur que ces biens ont apportée, la valeur correspondante étant alors confisquée par prélèvement sur n'importe lequel des avoirs qui appartiennent au délinquant ou sur lequel celui-ci exerce un contrôle.

Une autre importante différence, dans la pratique, avec les systèmes de confiscation de l'objet est que, dans les systèmes de confiscation de la valeur, il n'est pas nécessaire de s'inquiéter de la façon de savoir s'il s'agit du produit direct ou indirect d'un acte criminel et si l'on se trouve en présence d'avoirs à la fois légaux et illégaux. Une fois que la valeur à confisquer est déterminée, l'origine des biens faisant l'objet de la mesure d'exécution est sans importance.

Troisièmement, étant donné que la confiscation de la valeur porte uniquement sur des biens appartenant au délinquant – et opère *in personam* – elle n'affectera jamais les droits acquis après l'infraction par des tiers de bonne foi. Il va de soi que l'inconvénient évident de ce système est que si le délinquant a transféré tous ses biens à une autre personne physique ou morale, il ne possède plus aucun bien en son propre nom. L'on peut cependant faire valoir que toute personne acquérant de tels biens se rend probablement coupable de blanchiment d'argent, dont le produit peut faire l'objet d'une confiscation comme prévu à l'article 23. Ainsi, selon un système fondé sur la valeur, ces biens peuvent néanmoins être confisqués.

Quelques pays ont accordé la prééminence au système de confiscation de la valeur, mais la plupart des pays de tradition romaniste le considère comme une formule subsidiaire de remplacement d'un système de confiscation de l'objet. Les États parties voudront peut-être envisager d'adopter les deux systèmes et d'utiliser l'un ou l'autre, selon celui qui est le plus commode dans les circonstances de l'espèce.

#### **IV. Éléments devant être considérés comme le produit du crime à des fins de confiscation**

Les paragraphes 4, 5 et 6 de l'article 31 définissent la portée minimum des mesures devant être adoptées pour mettre en œuvre l'article.

##### *Paragraphe 4*

Le paragraphe 4 envisage la situation dans laquelle le produit du crime a été transformé ou converti en d'autres biens. En pareils cas, les États parties seront tenus de confisquer les biens issus de la transformation ou de la conversion du produit direct du crime plutôt que celui-ci.

Étant donné que, pour rendre les recherches et les poursuites plus difficiles, les délinquants se débarrasseront dès que possible du produit provenant directement de leurs activités criminelles, cette disposition revêt une importance majeure pour l'application d'un modèle de confiscation fondée sur l'objet afin d'éviter des conflits avec des tiers qui peuvent être de bonne foi et de faciliter les

enquêtes et les poursuites. Cette disposition reflète la même théorie que celle qui sous-tend le modèle de confiscation fondée sur la valeur. Ce qui importe, c'est de ne pas permettre au délinquant de s'enrichir par des moyens illégaux.

Cette disposition va dans le sens de la théorie dite des "biens contaminés", selon laquelle, lorsque des biens illégaux sont échangés contre des "biens propres", ces derniers deviennent contaminés. Cela peut certes soulever certaines questions concernant les biens reçus de bonne foi, mais certains pays considèrent que les biens en question sont irrémédiablement "contaminés", quelles qu'aient été les opérations successives de transfert, de récession et de conversion.

### *Paragraphe 5*

Le paragraphe 5 envisage la situation dans laquelle le produit du crime a été mêlé à des biens acquis légitimement. Les États parties sont tenus de confisquer ces biens à concurrence de la valeur estimée du produit qui y a été mêlé.

Comme indiqué ci-dessus, les deux situations risquent de soulever un problème lorsque le système de confiscation est axé sur l'objet, ce qui oblige à déterminer quels ont été les biens obtenus au moyen de l'infraction. Aucun problème ne se pose dans le cas d'un système de confiscation axée sur la valeur.

### *Paragraphe 6*

Aux termes de ce paragraphe, les États parties sont tenus de confisquer non seulement le produit primaire du crime mais aussi les avantages qui en ont été tirés, c'est-à-dire le produit secondaire. Le produit primaire est constitué par les biens directement tirés de la commission de l'infraction, par exemple pots-de-vin de 100 000 dollars. Le produit secondaire, en revanche, désignent les avantages tirés du produit initial, par exemple les intérêts bancaires perçus sur le montant considéré ou la plus-value réalisée grâce au placement des fonds. Aux termes de la Convention, les États parties doivent obligatoirement confisquer les produits tant primaires que secondaires.

Bien que la définition du produit du crime figurant à l'alinéa e) de l'article 2 englobe "tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction" et tout bien "obtenu directement ou indirectement en la commettant", le paragraphe 6 se réfère expressément aux "revenus ou autres avantages" tirés du produit du crime et s'applique aux avantages provenant de l'une quelconque des situations visées aux paragraphes 4 et 5, c'est-à-dire aux biens transformés ou convertis et aux biens mêlés à d'autres. Autrement dit, toute revalorisation du produit du crime, même lorsqu'elle n'est pas imputable à une activité criminelle, est également sujette à confiscation.

## **V. Mesures préliminaires à la confiscation**

Pour pouvoir efficacement priver les délinquants des fruits de leurs actes illégaux. Le paragraphe 2 de l'article 31 stipule que les États parties doivent

prendre les mesures nécessaires pour permettre l'identification, la localisation, le gel ou la saisie de tout bien confiscable.

Pour ce qui est de l'identification ou de la localisation, les États parties voudront peut-être veiller à ce que les services de détection et de répression et les autorités administratives et judiciaires compétentes soient habilités par la loi à contrôler les biens ou les droits confisquables. Lorsqu'elles institueront les mesures visant à identifier les droits en question dans le pays, les autorités devront non seulement être dotées des pouvoirs d'enquête nécessaires et avoir accès à la documentation pertinente, mais devront pouvoir aussi utiliser les bases de données existantes consistant les établissements bancaires, la propriété immobilière, les véhicules et les personnes morales. Lorsque de telles bases de données n'existent pas, les États parties devront sérieusement envisager d'en créer afin de pouvoir plus facilement rassembler opportunément des éléments de preuve. Le pouvoir d'identifier et de localiser les biens confisquables doit être considéré comme un outil d'enquête indispensable pour tous les services de détection et de répression. L'institution chargée d'administrer et de faire respecter les obligations de déclaration devront pouvoir détecter et identifier les avoirs pouvant donner lieu à confiscation et communiquer cette information aux services de détection et de répression.

En outre, il conviendra que les services de répression élaborent des méthodes permettant de rassembler des éléments de preuve au sujet de biens dissimulés par l'entremise de proches, de membres de la famille, de sociétés ou d'hommes de paille. Différents types de coopération en échange d'une réduction de la sanction se sont avérés être des méthodes très utiles pour traiter avec ces derniers, qui peuvent être accusés de recel ou de blanchiment du produit d'activités criminelles.

En ce qui concerne le gel et la saisie, les États parties voudront peut-être tout particulièrement avoir à l'esprit les considérations ci-après:

- Les autorités compétentes devront être habilitées à adopter des mesures provisoires dès le début de l'enquête. Pour être efficaces, ces mesures conservatoires et ces mesures de saisie ou de gel doivent être adoptées *ex parte* et sans préavis.
- Lorsqu'une autorisation judiciaire est requise – ce qui est le cas des mesures qui affectent les droits fondamentaux, la procédure doit être conçue de manière à ne pas retarder l'autorisation et à priver d'effet la procédure. En particulier, prévoir la possibilité d'adopter rapidement des mesures devant être coordonnées avec d'autres institutions.
- Les États parties auront sans doute avantage à créer un système différent pour le gel des avoirs faisant l'objet de déclarations ou d'opérations suspectes faites conformément aux dispositions visant à prévenir le blanchiment d'argent. Indépendamment de l'autorisation judiciaire traditionnelle, deux autres options peuvent être envisagées: des systèmes de gel administratif et des systèmes de gel automatique. Selon un système de gel administratif, l'institution qui reçoit une déclaration d'opération

suspecte – c’est-à-dire le service de renseignement financier – est habilitée à décréter un gel provisoire, sa décision est sujette à confirmation judiciaire, laquelle doit intervenir à bref délai. Lorsque le gel est automatique, l’institution “gardienne” est tenu de geler les avoirs faisant l’objet de l’opération au moment de la déclaration, sans en informer le client, pendant une période de courte durée durant laquelle l’autorité compétente doit prendre une décision sur le point de savoir si le gel des avoirs doit ou non être maintenu. Dans les deux cas, la décision est avancée dans un souci d’efficacité pour que les avoirs en question puissent être gelés au moment opportun sans compromettre aucun droit fondamental. Une solution de moyen terme peut consister à stipuler que, lorsqu’une opération est déclarée comme suspecte, le service de renseignement financier autorisera l’exécution de l’opération mais demandera à l’institution auteur de la déclaration de lui rendre compte périodiquement des opérations réalisées pour le cas où un gel ou une saisie serait motivé par d’autres événements (notification de l’ouverture imminente d’une enquête, par exemple).

- Les États parties qui appliquent des méthodes de confiscation fondée aussi bien sur l’objet que sur la valeur devront veiller à ce que l’on puisse saisir non seulement les biens directement liés à l’infraction, mais aussi les autres biens nécessaires à la satisfaction d’une condamnation pécuniaire. De même, ils pourront envisager de geler des avoirs du défendeur sans rapport avec l’infraction lorsque ceux qui sont effectivement liés à l’infraction se trouvent à l’étranger.

Aux termes du paragraphe 7 de l’article 31, les États parties doivent habiliter leurs tribunaux à ordonner la production des documents bancaires, financiers ou commerciaux lorsque l’autorité étrangère les demande en vue de la saisie, du gel ou de la confiscation d’avoirs.

Selon le paragraphe 3 de l’article 31, les États parties doivent adopter les mesures nécessaires pour réglementer l’administration des biens gelés, saisis ou confisqués. Plusieurs aspects doivent être pris en considération à cet égard, surtout dans les pays où la procédure pénale peut être longue:

- Premièrement, comme les types de biens confiscables peuvent varier, il faut charger des tâches d’administration et de gestion des professionnels ayant reçu une formation adaptée à chaque type d’avoirs. Cela est particulièrement nécessaire dans les affaires complexes, par exemple lorsque les mesures portent sur une affaire tout entière. Dans le cas de sommes d’argent, il suffira généralement de les virer à un compte géré par l’autorité compétente. Dans le cas de biens immobiliers, l’on pourra envisager s’il suffira d’interdire tout transfert tout en laissant l’usage et les fruits au propriétaire.
- Deuxièmement, le système doit comporter des mécanismes de contrôle appropriés pour éviter que les avoirs gelés fassent l’objet d’abus et prévoir des moyens de dissuasion et des sanctions proportionnées pour éviter que l’opération ne coûte encore plus cher à l’État. L’administration des biens

peut être coûteuse en soi, et la procédure devra également envisager des formes de gestion qui n'entraînent pas pour l'État des coûts inabordables.

- Troisièmement, les États parties voudront peut-être déterminer dans quelles circonstances, le cas échéant, le propriétaire des biens gelés ou saisis aura droit à indemnisation et à dommages-intérêts si, en définitive, les biens en question ne sont pas confisqués.

## **VI. Inversion de la charge de la preuve**

Le paragraphe 8 de l'article recommande aux États parties d'envisager la possibilité d'inverser la charge de la preuve quant à l'origine du produit allégué du crime.

Cette recommandation doit être distinguée d'une inversion de la charge de la preuve en ce qui concerne les éléments constitutifs d'une infraction. Les pays qui ont adopté cette pratique l'appliquent habituellement dans le contexte de procédures de confiscation spécifiques faisant suite à une condamnation.

Lorsqu'ils envisageront d'appliquer cette recommandation, les États parties voudront peut-être tenir compte des considérations exposées ci-après :

Certains pays ont promulgué des lois de ce type pour inverser la charge de la preuve en ce qui concerne l'origine de biens provenant d'infractions à la législation sur la drogue, de la criminalité organisée et du blanchiment d'argent en stipulant que lorsqu'une personne est condamnée du chef de l'une quelconque de ces infractions, la confiscation de ses biens est obligatoire si elle ne peut pas expliquer l'origine de ces biens et si ceux-ci ne correspondent pas à son revenu ou à son activité économique. En pareils cas, il n'est pas nécessaire de prouver que les biens en question proviennent directement ou indirectement de la commission d'infractions; les biens provenant indirectement d'un tel produit illicite ou même d'autres types d'avoirs (à l'exception de ceux qui appartiennent à des tiers) peuvent être confisqués si la personne condamnée ne peut pas justifier leur origine.

D'autres pays prévoient une confiscation automatique, qui peut intervenir lorsqu'une personne a été condamnée pour infraction à la législation sur la drogue, blanchiment d'argent, terrorisme, traite de personnes et fraude. Les dispositions pertinentes créent une présomption, jusqu'à preuve du contraire, que les biens visés par l'ordonnance judiciaire – c'est-à-dire tous les biens se trouvant en la possession ou sous le contrôle de la personne condamnée – est le produit d'activités criminelles. Afin que ces biens ne soient pas confisqués, la défense doit apporter la preuve de leur origine licite. S'il n'est pas établi que les biens n'ont pas été utilisés pour commettre l'infraction ou à l'occasion de sa commission, le tribunal peut présumer qu'ils l'ont effectivement été et les biens sont par conséquent confisqués.

D'autres pays appliquent une variante de cette approche. Bien que n'autorisant pas le renversement de la charge de la preuve, une fois que le Ministère public a établi la culpabilité du défendeur au-delà de tout doute

raisonnable, l'étendue des mesures de confiscation peut être déterminée conformément à la norme de la prépondérance des preuves. La jurisprudence a parfois admis des éléments de preuve fondés sur le "patrimoine net" comme méthode indirecte d'établir l'origine des plaintes dont il s'agit. Dans la pratique, la méthode du "patrimoine net" consiste à calculer la différence entre le revenu licite du délinquant et la valeur des biens qu'il possède, à l'exclusion de tous les biens dont l'origine peut raisonnablement être expliquée, comme dons, héritage, etc.

Dans d'autres pays, le Code pénal établit une présomption selon laquelle tous les avoirs appartenant à une personne condamnée pour implication dans la criminalité organisée sont présumés se trouver sous le contrôle de l'organisation criminelle, et le Ministère public n'a pas alors à prouver leur origine. Le fait que les biens sont censés être sous le contrôle d'une organisation criminelle suffit pour les contaminer, même s'ils ont été obtenus légalement. Le propriétaire peut réfuter cette présomption, à charge pour lui d'apporter la preuve appropriée.

Un système d'infractions sous-jacentes englobant toutes les infractions aux fins de l'application des lois visant à prévenir le blanchiment d'argent devrait faciliter l'application de la recommandation figurant dans cet article.

Enfin, indépendamment des procédures *sui generis* fondées sur des normes de preuve non pénales après le prononcé d'une condamnation, plusieurs pays ont également adopté des procédures civiles de confiscation qui opèrent *in rem* et sont régies par la norme de la prépondérance des preuves.

## **VII. Protection des droits des tiers de bonne foi**

Le paragraphe 9 de l'article stipule que les États parties ne doivent interpréter aucune de ses dispositions comme pouvant porter atteinte aux droits de tiers de bonne foi. Toutefois, la Convention ne spécifie pas dans quelle mesure les tiers peuvent invoquer des recours pour sauvegarder leurs droits. Dans l'application de cette disposition, par conséquent, les États parties voudront peut-être tenir compte du fait que certains pays ont décidé d'établir une procédure spéciale pour les tiers qui revendiquent la propriété des biens saisis, selon laquelle le Ministère public s'attache à déterminer si le requérant:

- A agi dans le but de dissimuler l'infraction sous-jacente ou se trouve impliqué dans l'une quelconque des infractions accessoires;
- A un droit juridiquement établi sur les biens en question;
- A agi avec la diligence voulue conformément à la loi et aux usages commerciaux;
- A observé, le cas échéant, les formalités d'enregistrement de la transaction ou les formalités administratives requises (par exemple dans le cas de biens immobiliers ou des véhicules);

- A, dans le cas d'une transaction à titre onéreux, conclu l'opération à la valeur réelle du marché.

## **Article 32: Protection des témoins, des experts et des victimes**

1. *Chaque État partie prend, conformément à son système juridique interne et dans la limite de ses moyens, des mesures appropriées pour assurer une protection efficace contre des actes éventuels de représailles ou d'intimidation aux témoins et aux experts qui déposent concernant des infractions établies conformément à la présente Convention et, s'il y a lieu, à leurs parents et à d'autres personnes qui leur sont proches.*

2. *Les mesures envisagées au paragraphe 1 du présent article peuvent consister notamment, sans préjudice des droits du défendeur, y compris du droit à une procédure régulière:*

a) *À établir, pour la protection physique de ces personnes, des procédures visant notamment, selon les besoins et dans la mesure du possible, à leur fournir un nouveau domicile et à permettre, s'il y a lieu, que les renseignements concernant leur identité et le lieu où elles se trouvent ne soient pas divulgués ou que leur divulgation soit limitée;*

b) *À prévoir des règles de preuve qui permettent aux témoins et experts de déposer d'une manière qui garantisse leur sécurité, notamment à les autoriser à déposer en recourant à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou à d'autres moyens adéquats.*

3. *Les États parties envisagent de conclure des accords ou arrangements avec d'autres États en vue de fournir un nouveau domicile aux personnes mentionnées au paragraphe 1 du présent article.*

4. *Les dispositions du présent article s'appliquent également aux victimes lorsqu'elles sont témoins.*

5. *Chaque État partie, sous réserve de son droit interne, fait en sorte que les avis et préoccupations des victimes soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les auteurs d'infractions d'une manière qui ne porte pas préjudice aux droits de la défense.*

### **I. Contexte**

La Convention considère la protection des témoins, des experts et des victimes comme un complément indispensable des dispositions de caractère pénal concernant par exemple l'infraction qu'est l'entrave à l'administration de la justice.

L'article 32 contient des dispositions de caractère obligatoire et d'autres qui ne sont pas de cette nature. Le paragraphe 1, qui a un caractère obligatoire,

stipule que chaque État partie doit prendre, conformément à son système juridique interne et dans la limite de ses moyens, des mesures appropriées pour assurer une protection efficace contre les actes éventuels de représailles ou d'intimidation dont pourraient faire l'objet les témoins et les experts qui déposent concernant des infractions établies conformément à la Convention et, le cas échéant, leurs parents et autres personnes qui leur sont proches. Le paragraphe 2 spécifie certaines des mesures que les États parties peuvent envisager pour garantir aux témoins et aux experts la protection visée par le paragraphe 1. L'alinéa a) concerne la protection physique contre les mesures d'intimidation et de représailles, et l'alinéa b) les règles de preuve à appliquer pour garantir la sécurité des témoins et des experts qui déposent.

Les mesures de protection peuvent être rangées en deux catégories. Premièrement, il y a les procédures visant à assurer la protection physique de ces personnes et les règles de preuve de nature à permettre aux témoins et experts de déposer d'une manière qui garantisse leur sécurité, notamment en les autorisant à déposer en recourant à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou à d'autres moyens adéquats. Deuxièmement, et dans la mesure où cela est nécessaire et possible, l'État doit fournir à ces personnes une protection à long terme jusqu'à la fin du procès, et, le cas échéant, fournir aux témoins un nouveau domicile et permettre, s'il y a lieu, que les renseignements concernant leur identité et le lieu où ils se trouvent ne soient pas divulgués ou que leur divulgation soit limitée.

Le paragraphe 3 est une disposition de caractère non obligatoire aux termes de laquelle les États parties doivent envisager de conclure des accords transfrontières en vue de fournir un nouveau domicile dans un autre pays aux personnes qui peuvent être en danger.

Selon le paragraphe 4, les États parties doivent également appliquer les dispositions de l'article 32 aux victimes lorsqu'elles sont témoins.

Enfin, le paragraphe 5 de l'article 32 stipule que les États parties doivent faire en sorte que les avis et les préoccupations des victimes soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale engagée contre les délinquants. Cette disposition s'applique lorsque la victime n'est pas témoin.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

Les États parties devront faire porter en particulier leur attention sur les points suivants:

- Témoins et experts, membres de la famille et autres personnes qui leur sont proches;
- Protection efficace contre d'éventuelles mesures de représailles ou d'intimidation;

- Protection physique de ces personnes et, selon les besoins et lorsque cela est possible, réinstallation de ces personnes et non-divulgence de leur identité et du lieu où elles se trouvent;
- Établissement de règles de preuve qui permettent aux témoins et experts de déposer de manière qui garantisse leur sécurité, notamment en les autorisant à déposer en recourant à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou d'autres moyens adéquats;
- Conclusion d'accords ou arrangements avec d'autres États en vue de la réinstallation de témoins.

### *II.1. Témoins et experts, membres de leur famille et autres personnes qui leur sont proches*

Les États parties relèveront que la Convention ne définit pas l'expression "témoin", de sorte que c'est leur droit interne qui devrait s'appliquer pour déterminer quelles sont les personnes devant être considérées comme témoins. Ils ne devront pas perdre de vue, toutefois, que l'article 32 ne s'applique qu'aux témoins qui déposent concernant des infractions établies conformément à la Convention, sans aucunement restreindre l'application de ces dispositions à des étapes spécifiques de la procédure pénale.

Cela étant, les États parties voudront peut-être prendre en considération les trois modèles d'application ci-après:

- Premièrement, les États parties pourront envisager d'appliquer les dispositions de ce paragraphe de sorte que seules doivent être protégées les personnes qui déposent effectivement. En conséquence, les mesures de protection ne s'appliqueraient qu'aux personnes qui déposent soit lors du procès, soit lors des étapes préalables de l'enquête judiciaire. Il y aura cependant lieu de tenir compte du fait que le statut d'une personne peut varier d'une étape à l'autre de la procédure, bien qu'elle soit constamment en danger. Il pourra donc être nécessaire de la protéger à toutes étapes de l'enquête, même si l'on ne sait pas encore si elle devra effectivement témoigner.
- Cela dit, l'objet de l'article, qui est d'assurer la protection des personnes qui sont exposées à des mesures d'intimidation ou de représailles parce qu'elles se sont montrées disposées à coopérer, porte à conclure que ces dispositions doivent être interprétées largement. Aussi les États parties pourront-ils envisager d'inclure les personnes qui sont disposées à témoigner à un stade ultérieur de la procédure et de les protéger, tout au moins jusqu'à ce qu'il apparaisse qu'elles ne sont pas appelées à déposer.
- Enfin, les États parties pourront envisager une application encore plus large de manière à englober ceux qui apportent des éléments de preuve clefs, par exemple des documents compromettants, mais qui ne déposent pas à l'audience.

Les États parties devront envisager aussi d'interpréter largement l'expression "expert" de manière à englober toutes les personnes qui peuvent apporter leur concours aux services de détection et de répression et aux tribunaux, que ce soit pendant l'enquête ou en qualité de témoins à l'audience. Il faudra que ces personnes bénéficient des mêmes mesures de protection que les témoins. Enfin, la définition des parents ou des personnes proches devra normalement être interprétée comme désignant la famille immédiate mais, encore une fois, une interprétation large et par conséquent généreuse des personnes proches du témoin ou de l'expert pourra être préférable. Les États parties devront tenir compte du fait que, très fréquemment, le sort de parents et d'amis peut beaucoup influencer sur la décision d'un témoin de coopérer.

## *II.2. Mesures efficaces de protection*

Les États parties pourront envisager de mettre en œuvre des programmes globaux de protection des témoins, moyen le plus efficace de garantir la sécurité des témoins et des experts. À ce propos, ils devront avoir à l'esprit que certaines mesures de protection (par exemple un changement d'identité) pourront exiger la promulgation de mesures législatives et l'adoption de procédures informelles. Lorsque de tels programmes existent, les États parties devront envisager de les adapter à la lumière de l'importance que revêt la déposition de tel ou tel témoin pour le succès des poursuites.

Il ne faudra pas perdre de vue non plus que les mesures d'intimidation et de représailles peuvent revêtir d'innombrables formes. Ainsi, lorsqu'il s'agira de déterminer si une personne doit être couverte par un programme de protection des témoins, il ne faut pas tenir compte uniquement des menaces physiques. Ainsi, les services de répression et de détection devront tenir compte de plusieurs autres aspects pour déterminer s'il y a ou non lieu de protéger telle ou telle personne. Il pourra s'agir notamment du risque que le défendeur ou ses complices mettent leurs menaces à exécution ainsi que de la durée de la menace, laquelle risque de persister bien après la fin de l'enquête et du procès. Il faudra notamment déterminer si un groupe de criminels organisés se trouve impliqué, auquel cas le simple fait de déposer contre des membres du groupe risque d'entraîner des risques graves ou durables de représailles.

Comme les programmes de protection des témoins sont onéreux et exigent des ressources humaines considérables, les États parties pourront envisager de prévoir une gamme diversifiée de mesures de protection et de décider par conséquent que la participation à un programme de protection des témoins proprement dit sera réservé à un nombre limité de témoins dont la déposition est essentielle au succès des poursuites du fait que les preuves nécessaires ne doivent pas rassemblées par d'autres formes d'enquête ou de surveillance. Il conviendra, à cet égard, d'avoir à l'esprit que limiter l'accès à un programme de protection des témoins ne signifie pas qu'aucune protection ne sera accordée. En fait, cette protection peut être assurée de différentes façons, qu'il s'agisse d'assurer la sécurité physique des témoins dans l'immédiat ou bien de les réinstaller, avec leurs familles, en un lieu où leur identité sera inconnue. Il faudra

par conséquent, dans chaque cas particulier, évaluer les risques pour déterminer les mesures de protection à adopter. Les programmes de protection des témoins proprement dits ont essentiellement pour but d'assurer une protection à long terme contre des représailles, mais, dans les cas usuels de corruption, les mesures de protection pourront tendre principalement à éviter les mesures d'intimidation avant le procès, de sorte que l'on pourra avoir recours à des mesures appropriées autres qu'une participation à des programmes de protection des témoins.

En ce qui concerne l'application des mesures de protection, les États parties voudront peut-être avoir à l'esprit que, dans certains pays, l'État et le témoin peuvent conclure un mémorandum d'accord ou un protocole déterminant les mesures de protection qui seront adoptées, ce qui pourra améliorer l'efficacité des mesures de protection et encourager les témoins à coopérer. En tout état de cause, ce mémorandum d'accord ou protocole aide à préciser la situation et à éviter des désaccords éventuels concernant la portée des mesures de protection. L'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime a élaboré une série de documents concernant la protection des témoins, ainsi qu'un manuel des "Bonnes pratiques concernant la protection des témoins dans des affaires pénales impliquant la criminalité organisée", qui peut être consulté sur son site Web<sup>8</sup>.

### **III. Accords ou arrangements avec d'autres Etats**

Selon son expérience des questions liées à la protection des témoins, un État partie pourra parvenir à la conclusion que des accords ou arrangements *ad hoc* avec d'autres parties concernant la réinstallation des témoins peuvent suffire. Les États parties voudront peut-être néanmoins tenir compte du fait que conclure des accords au cas par cas peut exiger plus de temps que celui qui est disponible lorsqu'une procédure est en cours. Une solution pourra consister à élaborer et conclure des accords ou arrangements provisoires qui ne s'appliqueront pas seulement à un cas particulier mais qui serviront de cadre pour des autres situations pouvant surgir.

Les États parties pourront également envisager d'élaborer des accords ou arrangements de coopération entre une "famille de pays", qui peuvent constituer le meilleur moyen de mettre en œuvre un programme de protection des témoins à l'étranger. Ils pourront ainsi mettre les témoins à l'abri dans des États limitrophes ou ayant des caractéristiques linguistiques, économiques ou culturelles communes.

### **IV. Victimes**

Il arrive que les victimes ne soient pas toutes appelées à déposer et aussi qu'il y ait des victimes autres que celles qui ont subi une perte ou un préjudice direct. Pour déterminer la gravité de l'affaire, il peut y avoir lieu d'évaluer l'importance des dommages en faisant en sorte que les avis et les préoccupations

---

<sup>8</sup> <http://www.unodc.org/documents/organized-crime/Witness-protection-manual-Feb08.pdf>.

des victimes soient présentés et pris en compte aux stades appropriés de la procédure pénale, en particulier après le verdict de culpabilité et avant le prononcé de la peine. Cette disposition est importante lorsqu'une victime n'est pas ou ne peut pas être entendue comme témoin et ne pourrait ainsi pas présenter ses vues et ses préoccupations étant donné que l'action pénale est intentée par l'État.

## **Article 33: Protections des personnes qui communiquent des informations**

*Chaque État partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente Convention.*

### **I. Contexte**

L'article 33 n'a pas de caractère obligatoire, mais les États parties voudront peut-être avoir à l'esprit que cette disposition a pour but de compléter l'article concernant la protection des témoins et des experts. Il s'applique aux personnes qui peuvent posséder des informations qui ne sont pas suffisamment détaillées pour constituer des éléments de preuve au sens juridique du terme. Ces informations sont généralement disponibles aux premiers stades d'une affaire et peuvent également constituer un indice d'irrégularité. Du fait de la complexité des affaires de corruption, ces indices se sont avérés utiles pour alerter les autorités compétentes et leur permettre de décider s'il y a lieu ou non d'ouvrir une enquête.

La Convention emploie l'expression "personnes qui communiquent des informations", qui a été jugée suffisante pour refléter l'essence de son objet, tout en précisant qu'une distinction doit être établie entre ces personnes et les témoins.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

#### *II.1. Le cadre politique*

D'une manière générale, les États parties devront élaborer un cadre politique déterminant:

- À qui et à quels domaines, activités, secteurs et entités ces politiques s'appliquent;
- Quelles sont les personnes qui peuvent communiquer des informations;
- A qui de telles communications doivent être adressées;

- Quelle forme doivent revêtir ces communications et quelles sont les informations qu'elles doivent comporter;
- Quels sont les traitements devant être considérés comme injustifiés;
- Quels types de protection doivent être offerts à la source des informations communiquées;
- Quelles assurances doivent être prévues pour le cas d'allégations malveillantes ou futiles.

La question pratique qui se pose dans le contexte de l'application de l'article 33 consiste à établir un équilibre approprié entre les droits de la cible de l'information ou des allégations, d'une part, et la nécessité de protéger des personnes qui communiquent les informations, de l'autre. Cet équilibre doit être recherché dans le contexte du droit interne et des caractéristiques de chaque société. Ainsi, cet article laisse aux États parties une marge de manœuvre substantielle de manière à adapter ces mesures à leurs systèmes juridiques nationaux.

### *II.2. Collaboration des agents publics*

Pour encourager les agents publics à collaborer, il conviendra:

- De leur faire comprendre ce qu'est un comportement approprié, ce qui est bien et ce qui est mal, à quel niveau, et avec qui;
- De mettre en relief la nécessité d'éviter toute inconduite et, en particulier, de savoir identifier les comportements répréhensibles;
- De comprendre qu'il importe d'élever la voix et surtout de souligner que chacun a la responsabilité de signaler un comportement répréhensible;
- De donner l'assurance:
  - Que la communication d'informations sera considérée sous un jour positif;
  - Que des mesures efficaces et appropriées seront adoptées;
  - Que le coût que suppose la communication d'informations sera plus que compensé par ses avantages; et
  - Que la personne ayant communiqué les informations sera protégée.

### *II.3. Collaboration du public*

Les États parties voudront peut-être tenir compte de l'importance qu'il y a à encourager le public à signaler les cas de corruption. Ils voudront donc peut-être envisager de protéger non seulement les agents publics ou les employés de personnes morales mais toute personne qui signale un cas présumé de corruption,

quelle que soit sa qualité. Ils voudront donc peut-être aussi tenir compte du fait qu'il importe tout particulièrement de protéger les journalistes qui publient des articles dans les mêmes conditions que celles qui sont visées dans l'article.

Les États parties voudront peut-être aussi publier des principes directeurs pour faire savoir au public quelles sont les autorités auxquelles doivent être signalés les cas soupçonnés de corruption et quelles sont les procédures à suivre. Ils devront cependant avoir à l'esprit qu'aussi longtemps qu'un sentiment de confiance suffisant n'aura pas été inculqué au public, des informations pourront être communiquées en dehors des procédures établies.

#### *II.4. À qui doivent être communiquées des informations?*

Les États parties voudront peut-être identifier l'autorité ou les autorités compétentes qui seront chargées de recevoir les informations du public, tout en les dotant des moyens nécessaires pour assurer la protection requise. Il ne faudra pas perdre de vue que des informations apparemment d'une importance mineure peuvent marquer le début d'une enquête sur des affaires de corruption complexes, de sorte que les informations communiquées pourront intéresser différentes institutions, dont toutes devront respecter la politique fixée en la matière et les procédures de protection prévues.

D'une manière générale, il est utile de prévoir que les personnes qui souhaitent communiquer des informations doivent pouvoir le faire à deux niveaux au moins. Au premier niveau, l'on trouve les services de l'organisation pour laquelle travaille l'intéressé, comme les chefs de service, les cadres supérieurs de l'organisation ou les organes de contrôle interne ou externe spécifiquement chargés de connaître des cas de mauvaise administration.

Les personnes ayant des informations à signaler doivent également pouvoir se tourner vers une autre institution si les démarches qu'elles ont faites au premier niveau n'ont pas donné le résultat approprié, et en particulier si la personne ou l'institution à laquelle les informations ont été communiquées:

- A décidé de ne pas ouvrir d'enquête;
- N'a pas mené l'enquête à bien dans un délai raisonnable;
- N'a donné aucune suite aux résultats positifs de l'enquête; ou
- N'a pas, dans un délai déterminé, informé l'auteur de la communication de la suite donnée à l'affaire.

Les personnes qui signalent des informations doivent pouvoir aussi s'adresser directement aux institutions de deuxième niveau si:

- Elles ont des raisons de croire qu'elles risquent de faire l'objet de représailles si elles signalent l'affaire au plan interne ou à l'organe externe prescrit du premier niveau; ou
- Elles ont des raisons de craindre que l'affaire soit noyée.

Les institutions du deuxième niveau peuvent être un médiateur, un organisme de lutte contre la corruption ou un vérificateur général des comptes.

### *II.5. Conditions auxquelles doit répondre le signalement*

L'article spécifie les conditions dans lesquelles une protection doit être fournie: les informations doivent avoir été signalées de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables.

Ces conditions appellent plusieurs considérations. Le signalement doit être considéré sur une base objective et, même s'il s'avère inexact, la loi doit s'appliquer aussi longtemps que l'intéressé a agi de bonne foi. Elle doit s'appliquer également sans égard à la question de savoir si les informations signalées étaient confidentielles de même si l'intéressé a pu, du point de vue formel, enfreindre les lois relatives à la confidentialité de l'information.

La bonne foi de la personne demandant une protection doit être présumée mais, lorsqu'il est établi que les informations signalées étaient inexactes et n'avaient pas été communiquées de bonne foi, il importe de prévoir des mesures appropriées, éventuellement par le biais d'une loi visant à réprimer les allégations non fondées.

Comme le signalement d'irrégularité peut être une arme à double tranchant, il importe de protéger les droits et la réputation des personnes visées contre des allégations frivoles ou malveillantes. En particulier, la loi doit prévoir des mesures minimum pour réhabiliter une application ternie. Le code pénal contient normalement des dispositions sanctionnant ceux qui formulent délibérément de fausses allégations. Les personnes qui signalent des irrégularités devront bien comprendre que ces règles leur sont également applicables si leurs allégations ne sont pas faites de bonne foi. Cependant, ce n'est pas à l'intéressé d'appartenir d'établir sa bonne foi.

S'agissant du critère des soupçons raisonnables, les États parties voudront peut-être considérer que l'application de mesures spéciales de protection ne doit pas être refusée exclusivement parce que les informations communiquées se sont a posteriori révélées être inexactes. En fait, il faut envisager d'adopter une approche *ex ante*. Ainsi, ils pourront s'interroger sur la question de savoir si la personne qui a communiqué les informations avait des raisons de croire que ces informations reposaient sur des faits. Il pourra y avoir lieu de se référer aux autres règlements de caractère plus général concernant cette question pour déterminer si les informations communiquées étaient fondées sur des soupçons raisonnables.

### *II.6. Protection des personnes communiquant des informations*

D'une manière générale, les États parties devront examiner la question de savoir comment devront être déterminées les mesures de protection pour préserver l'anonymat de la personne ayant communiqué des informations, parer aux menaces auxquelles celle-ci peut être soumise, l'inviter éventuellement à

obtenir un complément d'information, amener l'intéressé à déposer comme témoin, éviter que la situation financière ou les perspectives de carrière de l'intéressé se trouvent compromises, et pour l'indemniser de quelque façon s'il y a lieu.

Les personnes qui communiquent des informations peuvent craindre de faire l'objet d'un traitement injustifié à multiples égards, de sorte que les mesures pour y parer sont multiples aussi. D'une manière générale, les mesures de protection doivent être proportionnelles aux risques courus, bien qu'il faille faire preuve de prudence lorsque la personne qui communique des informations ignore la gravité des faits signalés ou la possibilité qu'une enquête ultérieure fasse apparaître des faits sans proportion avec les allégations initiales.

Les États parties voudront peut-être envisager la possibilité de préserver l'anonymat des personnes qui communiquent ainsi des informations<sup>9</sup>. Lorsque l'anonymat des intéressés ne peut pas être garanti, ils pourront envisager, pour protéger efficacement de telles personnes, d'incriminer les menaces ou les mesures d'intimidation ou de représailles.

En outre, les États parties pourront envisager d'introduire des dispositions et des procédures garantissant une protection légale appropriée contre un licenciement éventuel, par exemple par le biais d'ordonnances judiciaires ou de l'octroi de dommages-intérêts. Il faudra tenir compte aussi du fait que les personnes qui communiquent des informations risquent de faire l'objet d'une discrimination sur le plan professionnel, de sorte qu'il faut prévoir des mesures pour les protéger contre de telles formes de représailles. Les mesures visant à protéger les personnes qui signalent des irrégularités contre un licenciement injustifié devront être compatibles avec les législations du travail de l'État intéressé. En particulier, lorsque l'employeur peut licencier un travailleur sans avoir motivé sa décision, des exceptions devront parfois être prévues pour assurer une protection suffisante.

Enfin, les États parties voudront peut-être envisager de réformer la législation concernant la diffamation dans le contexte de leurs stratégies de lutte contre la corruption, ce qui peut être particulièrement important dans le cas des journalistes.

---

<sup>9</sup> Il y a lieu de mentionner ici la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle la protection de l'anonymat du témoin ne porte pas atteinte aux dispositions de l'article 6 de la Convention relative au droit à un procès équitable "si les handicaps que cela représentait pour la défense aient été compensés comme il convient par les procédures suivies par les autorités judiciaires" (par exemple lorsque le juge d'instruction interroge le témoin anonyme en présence du conseil de la défense en connaissant son identité, même si le conseil de la défense l'ignorait) (voir *Doorson c. Pays-Bas*, Arrêt du 26 mars 1996, requête n° 20524/92, Recueil 1996-II, par. 72 et 73).

## **Article 34: Conséquences d'actes de corruption**

*Compte dûment tenu des droits des tiers acquis de bonne foi, chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, des mesures pour s'attaquer aux conséquences de la corruption. Dans cette perspective, les États parties peuvent 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.*

### **I. Contexte**

Fréquemment, les actes de corruption ont pour but un avantage économique: si l'on a recours à la corruption, c'est pour faciliter les affaires, obtenir un contrat ou en améliorer les conditions, obtenir une décision favorable de l'administration dans des domaines comme les concessions ou la passation des marchés, prévaloir dans des appels d'offres ou obtenir de nouvelles possibilités de gains. L'un des principes à la base de la Convention, qui est énoncé en termes particulièrement clairs au Chapitre V concernant le recouvrement des avoirs, est que l'auteur de l'acte de corruption ne doit pas tirer avantage, l'objectif ultime étant de faire en sorte que la corruption ne paie pas. Cependant, des sanctions pénales peuvent ne pas être suffisantes. Si l'on veut que le système juridique dans son ensemble soit cohérent, la condamnation des pratiques de corruption doit se refléter dans tous les domaines du droit: droit privé, droit fiscal, droit de la concurrence, droit administratif, droit des contrats, droit de la responsabilité et droit relatif au règlement des différends, tous devant concourir à lutter de façon cohérente contre la corruption. Les conséquences économiques de la corruption sont souvent régies par le droit privé et le droit administratif.

La première partie de l'article 34 a un caractère obligatoire. Toutefois, cet article laisse au droit civil et au droit administratif des États parties le soin de définir les conséquences spécifiques des actes de corruption. Ainsi, les mesures prévues à l'article 34 de la Convention doivent être conformes aux principes fondamentaux du droit interne des États parties et tenir dûment compte des droits acquis des tiers de bonne foi.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

Les praticiens seront confrontés aux conséquences d'actes de corruption à divers titres. Plus précisément, ceux qui sont appelés à s'occuper de décisions administratives comme concessions, marchés, etc., doivent envisager la possibilité que leurs décisions fassent l'objet de processus de révision judiciaires ou administratifs s'il s'avère qu'elles ont été affectées par la corruption. Les parties à des actions privées concernant les conséquences d'actes de corruption devront obtenir une décision des tribunaux sur la validité, le caractère exécutoire ou la modification des contrats obtenus à la suite d'actes de corruption. En outre,

les agents publics chargés d'élaborer des stratégies que doivent suivre en matière de prévention de la corruption aussi bien l'administration que la magistrature devront tenir compte de ce problème pour que les institutions intéressées soient prêtes à s'attaquer aux conséquences de la corruption. De même, le fisc pourra être appelé à intervenir lorsque des dépenses présentées comme déductibles dans les déclarations d'impôts s'avèrent être en réalité des pots-de-vin déguisés.

### *II.1. Types de mesures*

La Convention laisse le choix des divers types de conséquences au droit interne des États parties.

Les praticiens devront tenir compte du fait que les conséquences envisagées à l'article 34 ne sont pas des sanctions pénales. Il est donc probable que les droits de procédures applicables seront différents. Par exemple, les principes *in dubio pro reo* ou *ne bis in idem* ne s'appliquent pas en matière civile ou administrative. D'un autre côté, d'autres droits fondamentaux, comme le droit de propriété, le droit d'exercer une profession et la liberté du commerce, pourront intervenir.

Dans la plupart des pays, la norme de preuve requise en matière civile ou administrative n'est pas aussi rigoureuse qu'en matière pénale. Les personnes pouvant se trouver impliquées dans des procédures liées aux conséquences de la corruption pourront formuler leurs stratégies en conséquence. Ainsi, lorsqu'une confiscation pénale n'est pas possible parce que les éléments de preuve ne suffisent pas pour prononcer une condamnation ou en raison de la règle *ne bis in idem*, une action civile peut demeurer une option. Tous ceux qui sont appelés à s'attaquer aux conséquences de la corruption doivent être parfaitement familiarisés avec les règles qui régissent une affaire spécifique.

### *II.2. Primauté de la prévention*

Pour déterminer les modalités d'application des mesures visées par la Convention les mieux appropriées, il faudra rassembler une documentation complète concernant le processus administratif ayant débouché sur la conclusion d'un contrat, l'octroi d'une concession ou d'un permis ou d'autres actes semblables. Cette documentation devra comprendre des indications concernant les conséquences de la corruption dans le contexte de toutes procédures auxquelles de tels actes pourront donner lieu, préciser l'acte de corruption devant motiver l'action et déterminer le processus ou la procédure judiciaire à suivre sur la base des éléments de preuve disponibles. Les États parties voudront peut-être aussi veiller à ce que tous les dossiers d'appels d'offres contiennent des clauses appropriées à cet effet et que les soumissionnaires, ainsi que tous ceux qui sollicitent l'octroi d'un contrat ou d'une concession, signent une déclaration s'engageant à s'abstenir de tout acte de corruption. Cette documentation pourra également spécifier que de telles mesures pourront être appliquées à tout moment pendant l'exécution du contrat ou pendant la période de validité de la concession et que des actes de corruption peuvent entraîner différentes conséquences, y

compris, selon les dispositions légales de fond, la rescision du contrat et le retrait du permis ou de la concession.

Les États parties devront avoir à l'esprit qu'il importe au plus haut point de faciliter les échanges d'informations entre les services de détection et de répression et les autorités compétentes en matière de permis, de concessions et de marchés. Il a été constaté dans de nombreux pays que des concessions, licences et marchés ont été accordés à des entreprises et à des particuliers déjà condamnés plus d'une fois pour actes de corruption, simplement en raison d'un manque de coordination entre les institutions intéressées.

### *II.3. Conformité des mesures avec le droit interne*

Toutes les mesures appliquées par les États parties doivent être conformes aux principes fondamentaux de leur droit interne.

Indépendamment des mesures suggérées ans la Convention, les États parties pourront envisager d'imposer d'autres sanctions comme le retrait de subventions, la cessation d'un soutien financier ou l'interdiction de soumissionner pendant une période déterminée. Ils voudront peut-être réfléchir aussi aux mesures pouvant être appliquées conformément à leur droit fiscal et à leur droit de la concurrence, conformément aux principes de leur législation interne.



Pour de plus amples informations, et pour une analyse du contenu, de la structure et des règles de l'article 35 de la Convention, voir le chapitre pertinent du Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption

## **Article 36: Autorités spécialisées**

*Chaque État partie fait en sorte, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, qu'existent un ou plusieurs organes ou des personnes spécialisés dans la lutte contre la corruption par la détection et la répression. Ce ou ces organes ou ces personnes se voient accorder l'indépendance nécessaire, conformément aux principes fondamentaux du système juridique de l'État partie, pour pouvoir exercer leurs fonctions efficacement et à l'abri de toute influence induite. Ces personnes ou le personnel dudit ou desdits organes devraient avoir la formation et les ressources appropriées pour exercer leurs tâches.*

### **I. Contexte**

Plusieurs États parties, se référant aux dispositions de l'article 6 de la Convention ont créé des organes anticorruption (OAC) en leur confiant un large mandat allant de la prévention, y compris de l'éducation et de la sensibilisation, à la coordination, aux enquêtes et aux poursuites. Dans d'autres États parties, ces attributions sont réparties entre plusieurs institutions, les enquêtes et les poursuites étant confiées aux services de détection et de répression, et en particulier à la police, habituellement à l'échelon national.

Cet article stipule que les États parties doivent désigner des institutions ou des personnes essentiellement chargées de fonctions de détection et de répression, c'est-à-dire des enquêtes et, le cas échéant, des poursuites. Toutefois, il ne spécifie pas la forme que devront revêtir ces institutions, mais évoque les questions de procédure et les questions de ressources dont les États parties doivent tenir compte pour adopter l'approche institutionnelle la mieux adaptée à leurs circonstances spécifiques.

L'article 36 a un caractère obligatoire, mais les États parties devront avoir à l'esprit que la Convention fixe seulement des normes minimum et qu'ils peuvent par conséquent adapter les dispositions de l'article à leur situation propre.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

Les éléments à prendre en considération sont les suivants:

- Type d'autorité spécialisée;
- Valeur ajoutée et rôle;
- Indépendance des ressources.

#### *II.1. Type d'autorité spécialisée*

Étant donné l'accent qui est mis sur la détection et la répression, les États parties peuvent choisir entre un organe spécial exclusivement chargé de la lutte contre la corruption ou une autorité spécialisée relevant de structures existantes de la police, du Parquet et/ou des tribunaux.

Étant donné la latitude qui leur est laissée, les États parties voudront sans doute analyser soigneusement la situation étant donné que les différents modèles d'institutions ne peuvent pas être aisément importés ou copiés mais doivent être adaptés aux circonstances structurelles de l'État en question. Il faudra donc commencer par évaluer en détail la situation qui prévaut dans le pays, notamment en ce qui concerne l'ampleur du problème posé par la corruption, d'une part, et les ressources dont dispose l'État, de l'autre. Comme indiqué dans le chapitre du Guide concernant l'article 6, la création de nouveaux organes ou de la concentration des activités de lutte contre la corruption au sein d'une institution spécifique présente à la fois des avantages et des inconvénients. Les États parties pourront décider que les avantages que représente une autorité spécialisée, comme prévu dans le présent article, pourra donner un élan nouveau à la lutte contre la corruption grâce au degré de spécialisation et de compétence qu'une telle institution rend possible et à la plus grande efficacité du travail qu'elle peut accomplir, sans perdre de vue qu'il peut y avoir des inconvénients comme les coûts, des obstacles institutionnels, des problèmes de coordination et le risque de rendements décroissants, une telle institution pouvant apparaître comme isolée et comme faisant concurrence aux institutions existantes qui s'occupent déjà de combattre la corruption.

Il faudra déterminer si la création d'une ou plusieurs autorités spécialisées devra faire suite à l'élaboration d'une stratégie nationale d'ensemble de prévention de la corruption concernant des aspects comme le cadre législatif, l'existence de rapports, les relations entre les institutions compétentes, les allocations budgétaires, les capacités du Ministère public et de la magistrature et de contexte politique.

L'élaboration de cette stratégie, question qui a été examinée en détail dans le contexte de l'application de l'article 5, devrait permettre aux décideurs de prendre plus facilement des décisions informées sur la question de savoir quelles sont les formes spécifiques de corruption sur lesquelles il y a lieu de mettre l'accent. Les décisions de principe à prendre concerneront le point de savoir si les services de détection et de répression devront s'attacher à la lutte contre la corruption fréquente (comme celle dans laquelle peuvent se trouver impliqués les agents de la circulation ou le personnel chargé de la délivrance de permis) ou la corruption majeure (par exemple dans le domaine de la passation des marchés) ou les deux. En outre, les États parties voudront peut-être évaluer les points forts et les points faibles des services de détection et de répression existants au regard de la tâche à accomplir.

Il conviendra aussi de tenir compte du fait que l'article 36 insiste sur la spécialisation des services de détection et de répression.

Les États parties voudront peut-être avoir à l'esprit que l'expérience acquise au plan international montre que l'une des principales raisons de créer un OAC existant a été le manque d'indépendance réel ou apparent des services existants de détection et de répression et les doutes manifestés par le public quant à l'efficacité de leur travail. En outre, la création d'un nouvel OAC distinct peut marquer un "nouveau départ" dans la lutte contre la corruption ou constituer

une solution d'attente jusqu'à ce que le public ait recouvré confiance dans les services de répression existants. Enfin, la création d'un nouvel OAC pourra permettre d'évaluer plus clairement les progrès accomplis et les difficultés rencontrées.

La création d'un OAC ne comprend pas que des avantages, dans la mesure, notamment, où elle exige un investissement substantiel. L'on peut également s'interroger sur la question de savoir si de nouvelles institutions peuvent mener à bien toutes les tâches requises dans différents domaines. De même, les petits pays et les pays en développement voudront peut-être tenir compte du problème lié à l'exode des compétences: comme la création d'un organe distinct exige un personnel composé de spécialistes expérimentés en matière de détection et de répression, le recrutement et la réaffectation d'un tel personnel risque d'affecter le fonctionnement d'autres services de police. Les États parties devront surtout tenir compte du fait qu'une concentration de personnel qualifié, de pouvoirs et de compétences risque, par suite de la concurrence que se font les institutions, d'aller à l'encontre du but recherché. Nombre des avantages qu'offre un OAC distinct investi de compétences en matière de détection et de répression, comme la spécialisation, les compétences et le degré voulu d'autonomie, peuvent être obtenus en dotant les services spécialisés des organismes de répression existants des ressources nécessaires pour renforcer leurs capacités.

## *II.2. Valeur ajoutée et rôle des autorités spécialisées*

Les États parties devront évaluer soigneusement la valeur ajoutée apportée par les autorités spécialisées et leur rôle, qu'elles constituent une entité indépendante ou qu'elles soient intégrées à un organe de détection et de répression. À l'heure actuelle, pour pouvoir mener efficacement des enquêtes sur des affaires graves et complexes de corruption et sur la délinquance financière, des autorités spécialisées doivent être investies de pouvoirs adéquats et mettre en œuvre des procédures appropriées. Ce cadre juridique doit leur donner les pouvoirs qu'exige la criminalité contemporaine en ce qui concerne la production de documents ou d'autres informations et éléments de preuve pertinents, doivent avoir accès à l'information financière et doivent avoir des pouvoirs de saisie et de confiscation des avoirs. Pour s'acquitter de leur rôle, les autorités spécialisées doivent également être habilitées à avoir accès aux renseignements financiers et criminels et aux procédures d'enquêtes judiciaires, de poursuites et de recouvrement d'avoirs en matière civile.

La réforme du cadre législatif rendue nécessaire par la création ou l'habilitation d'autorités spécialisées dans la lutte contre la corruption et peut-être aussi d'autres types de délinquance financière devrait, dans la mesure du possible, être planifiée dans le cadre de l'effort de réforme du système de justice pénale en général. Une réforme fragmentaire concernant un type spécifique d'infraction risque en effet d'entraîner un gaspillage de ressources limitées si des problèmes particuliers, comme la corruption ou le blanchiment d'argent, sont abordés de façon indépendante et en l'absence de coordination. Des réformes comme celles qui sont envisagées dans le présent chapitre doivent

être plus efficaces si elles s'inscrivent dans le cadre d'un programme à plus long terme de révision et d'actualisation du droit pénal et de la procédure pénale et des institutions appelées à participer aux enquêtes, aux poursuites et aux procès. L'élargissement des obligations internationales découlant de la Convention et d'autres accords rend un tel programme de réforme d'autant plus nécessaire et plus urgent dans tous les pays.

### *II.3. Indépendance et ressources*

Si l'on veut que les autorités spécialisées soient efficaces, quelle que soit leur structure institutionnelle, il faudra tenir compte d'un certain nombre d'aspects d'importance capitale, dont le cadre juridique et procédural à mettre en place pour garantir leur indépendance, définir les procédures à suivre en matière de rapport et faire en sorte qu'elles soient dotées de ressources suffisantes.

L'indépendance des autorités spécialisées doit être garantie par la loi, laquelle devra également définir les procédures à suivre en matière de recrutement, de nomination et de révocation et les procédures disciplinaires applicables aux cadres supérieurs (ou l'on peut notamment s'inspirer à cet égard du modèle applicable à la magistrature). Les États parties voudront peut-être envisager pour le personnel de ces autorités des nominations de durée déterminée afin que l'exécutif n'ait pas à intervenir dans de nouvelles nominations. La loi devra également définir les responsabilités du chef de l'autorité spécialisée en ce qui concerne le recrutement du personnel et les modalités opérationnelles d'exécution de ses tâches.

La mise en place d'un système fiable de révision interne et/ou externe peut également être une autre garantie contre toute influence indue. Il pourra donc y avoir lieu de s'inspirer de l'expérience acquise par certains États qui confient ses tâches de contrôle à une commission parlementaire spécialisée. D'autres pays ont, pour leur part, constitué des commissions (externes) de contrôle et d'inspection.

Particulièrement importantes sont les dispositions visant à mettre l'autorité à l'abri d'influences indues sur une enquête ou une action pénale. Dans certains États, les autorités spécialisées n'ont pas à informer leurs autorités de tutelle, comme le Procureur général ou le Ministère de la justice, des enquêtes qu'elles décident d'ouvrir. D'un autre côté, beaucoup d'États parties continueront de subordonner l'introduction d'une action en justice à l'approbation des autorités de tutelle et voudront peut-être examiner la question de savoir si ce pouvoir d'autorisation devra faire l'objet d'une appréciation indépendante. Dans certains États, il ne peut pas être ordonné aux enquêteurs, aux procureurs ou aux juges d'instruction de clore une affaire.

Les autorités spécialisées peuvent être tenues par la loi de publier chaque année des rapports sur leurs activités ainsi que des résumés des affaires en cours ayant donné lieu à une arrestation et de soumettre leurs rapports au Parlement, lequel devra en pareils cas être limité à exiger la comparution du chef de

l'autorité de tutelle pour qu'il donne des explications sur les activités réalisées et les résultats obtenus.

Indépendamment de la nomination du chef de l'autorité spécialisée, il y aura lieu d'envisager de mettre en place des dispositions appropriées concernant l'emploi du personnel. En outre, les États parties pourront envisager de renforcer l'indépendance professionnelle des employés en les faisant bénéficier sur une base fonctionnelle appropriée de l'immunité de juridiction civile afin d'éviter ainsi qu'ils fassent l'objet de mesures d'intimidation.

Les États parties voudront peut-être aussi faire porter leur attention sur le système de rémunération applicable aux autorités spécialisées pour que celles-ci puissent recruter et fidéliser le personnel le plus compétent possible. S'agissant de la formation, il conviendra que les enquêteurs, procureurs et juges d'instruction soient dûment familiarisés avec les méthodes d'enquête en général avant de se spécialiser dans les enquêtes sur la corruption. La Convention ne stipule aucune mesure spécifique à cet égard, mais il y a lieu de mentionner certains des modèles appliqués dans plusieurs États parties:

- Formation dispensée par des enquêteurs expérimentés encore en activité. Cette formation devra être dispensée à tous ceux qui peuvent être appelés à participer aux activités de l'autorité, y compris des juges.
- Intégration d'auditeurs, de spécialistes du droit fiscal et d'experts de la gestion aux programmes de formation. Ces programmes pourront également comporter des cours de déontologie.
- Détachement réciproque ou échange de personnel entre institutions, dans le pays même ou avec des institutions d'autres pays.

Il faut s'attacher en priorité à retenir les services de spécialistes à même de dispenser une formation adéquate. Comme chacun sait, il peut être difficile d'obtenir le concours d'experts dans les nombreux domaines spécialisés dans lesquels une formation doit être dispensée et cela peut en outre être fort coûteux. Les pays en développement pourront obtenir une assistance technique à cet égard de l'UNODC et d'autres organisations compétentes.

La stratégie élaborée et l'analyse réalisée par les États parties détermineront le budget à allouer à l'autorité spécialisée. Toutefois, ils devront faire en sorte que des ressources soient disponibles, indépendamment du budget qui lui est alloué, pour pouvoir entreprendre des enquêtes *ad hoc* ou des enquêtes sur des affaires complexes. D'une manière générale, il conviendra de tenir compte du fait que l'adéquation des ressources est une question qui tient non seulement à l'envergure des activités mais aussi à leur planification.

## **Article 37: Coopération avec les services de détection et de répression**

- 1. Chaque État partie prend des mesures appropriées pour encourager les personnes qui participent ou ont participé à la commission d'une infraction établie conformément à la présente Convention à fournir aux autorités compétentes 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 récupérer ce produit.*
- 2. Chaque État partie envisage de prévoir la possibilité, dans les cas appropriés, d'alléger la peine dont est passible un prévenu qui coopère de manière substantielle à l'enquête ou aux poursuites relatives à une infraction établie conformément à la présente Convention.*
- 3. Chaque État partie envisage de prévoir la possibilité, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, d'accorder l'immunité de poursuites à une personne qui coopère de manière substantielle à l'enquête ou aux poursuites relatives à une infraction établie conformément à la présente Convention.*
- 4. La protection de ces personnes est assurée, mutatis mutandis, comme le prévoit l'article 32 de la présente Convention.*
- 5. Lorsqu'une personne qui est visée au paragraphe 1 du présent article et se trouve dans un État partie peut apporter une coopération substantielle aux autorités compétentes d'un autre État partie, les États parties concernés peuvent envisager de conclure des accords ou arrangements, conformément à leur droit interne, concernant l'éventuel octroi par l'autre État partie du traitement décrit aux paragraphes 2 et 3 du présent article.*

### **I. Contexte**

La Convention comporte plusieurs dispositions qui ont pour but de faciliter la détection des cas de corruption, des enquêtes et des poursuites. Comme la corruption est une forme de délinquance opaque qui s'entoure du secret, le meilleur moyen de la découvrir consiste à obtenir des informations d'une participation ou d'un témoin. Les services de détection et de répression doivent par conséquent motiver les participants pour les encourager à signaler des informations qui resteraient autrement inconnues. Aussi la Convention reconnaît-elle que la coopération peut parfois avoir un prix, comme l'allègement de la peine ou l'octroi d'une immunité de poursuite. Vu l'accent que la Convention met sur le recouvrement des avoirs et la coopération internationale, l'article 37 comprend des mesures tendant à encourager les personnes à fournir une assistance pour priver les délinquants du produit du crime et recouvrer ce produit (par. 1). Il contient également une disposition relative à la coopération internationale qui prévoit la possibilité pour les États parties de conclure des accords ou des arrangements en vue d'accorder des incitations semblables dans

les cas où la personne qui coopère se trouve dans un pays autre que celui où est mené l'enquête ou le procès (par. 5).

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

L'article 37 contient des dispositions à la fois obligatoires et non obligatoires.

À titre de disposition de caractère contraignant, l'article 37 fait aux États parties l'obligation de prendre des mesures appropriées pour encourager les personnes qui participent ou ont participé à la commission d'une infraction établie conformément à la Convention 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 récupérer ce produit.

En outre, aux termes de l'article 37, les États parties sont tenues de protéger ces personnes, *mutatis mutandis*, comme prévu par l'article 32 (par. 4).

Cette idée trouve son origine dans l'expérience acquise par les services de répression qui ont eu à connaître d'affaires impliquant la criminalité organisée. La coopération des témoins et les moyens d'encourager cette coopération ont souvent aidé les services de détection et de répression à pénétrer, à comprendre et à démanteler les structures fréquemment complexes et compartimentées des groupes de criminels organisés. L'on peut utilement s'inspirer de cette expérience dans les affaires de corruption.

### *II.1. Pertinence des informations*

Les informations communiquées doivent être pertinentes et utiles pour l'enquête, les poursuites ou le procès ou pour la récupération du produit de la corruption, selon le cas.

Les États parties devront adopter les mesures appropriées pour encourager la fourniture d'une aide factuelle et concrète qui puisse contribuer à priver les auteurs de l'infraction du produit du crime et à récupérer ce produit. Dans ce contexte, l'expression "aide factuelle et concrète" peut être interprétée comme englobant la fourniture aussi bien d'une aide factuelle que d'informations.

Les États parties voudront peut-être rendre publiques ces mesures et les faire connaître par le biais de programmes de sensibilisation en vue de mobiliser un soutien du public.

### *II.2. Allègement de la peine*

Les États parties peuvent "alléger la peine" en prévoyant la possibilité d'imposer une sanction moins lourde ou des modalités plus indulgentes d'exécution de la peine. Ainsi, l'allègement de la peine comporte deux aspects:

- Premièrement, le tribunal ou le juge peut imposer une peine plus indulgente en comparaison de celle qui aurait normalement été imposée. Le tribunal ou le juge pourra par exemple envisager la possibilité de remplacer une peine de prison par une sanction pécuniaire.
- Deuxièmement, la façon dont la peine est exécutée pourra être allégée après le jugement et la condamnation, par exemple par le biais d'une libération anticipée ou conditionnelle (voir le paragraphe 5 de l'article 30).

S'agissant de la procédure, les États parties peuvent choisir entre plusieurs options:

- Compte tenu du principe d'équité, l'on pourra envisager des règles de procédure garantissant que la promesse d'imposer une sanction plus légère sera effectivement tenue par les autorités judiciaires compétentes ou par le Parquet. Les États parties pourront ainsi incorporer à leur droit pénal une disposition selon laquelle les propositions d'allègement de la peine ont un caractère contraignant pour les tribunaux.
- Les États parties pourront cependant considérer aussi que l'expression "alléger la peine" consiste à alléger, au cas par cas, non seulement la peine prescrite, mais aussi son exécution dans la pratique. Ainsi, les États dont le système juridique le permet pourront ne pas être tenus d'introduire une règle autorisant expressément l'allègement de la peine mais donner plutôt pour instruction à leurs services de détection et de répression d'envisager de négocier les peines à l'intérieur d'une fourchette prédéterminée. De plus, les États parties pourront stipuler que le Ministère public sera habilité à ajuster les chefs d'accusation en les limitant aux infractions passibles d'une peine réduite. Compte tenu cependant de l'indépendance de la magistrature, les États parties voudront peut-être faire en sorte que le tribunal soit associé à la négociation de la peine avant le procès et le jugement. En pareils cas, l'on pourra envisager d'exiger un accord écrit signé par toutes les parties intéressées stipulant les conditions dans lesquelles il sera imposé une peine plus légère.
- Les États parties voudront peut-être avoir à l'esprit la nécessité d'établir un équilibre approprié entre le droit d'avantages aux délinquants, d'une part, et l'administration de la justice, de l'autre, eu égard en particulier à l'impression que cela peut créer parmi le public. Ils pourront par conséquent réserver un allègement de la peine à une coopération substantielle. Toutefois, les États parties pourront considérer qu'une coopération substantielle ne signifie pas nécessairement la communication d'informations sans lesquelles l'enquête et le procès n'auraient pas été possibles. D'un autre côté, ils pourront opter pour une interprétation plus large selon laquelle toute information substantielle concernant les cas de corruption pourra donner lieu à un allègement de la peine et, ainsi, établir une corrélation entre la mesure dans laquelle la peine sera allégée et la qualité de la coopération fournie.

- Les États parties voudront peut-être tenir compte aussi du fait que la possibilité d'alléger une peine peut être liée non seulement à l'étendue de la coopération fournie mais aussi à la gravité du crime et de la culpabilité des accusés. L'on pourra par conséquent exclure tout allègement de la peine lorsqu'il s'agit d'une grave affaire de corruption ou que la personne qui coopère a eu une conduite extrêmement répréhensible.

### *II.3. Immunité*

Cet article suggère aux États parties d'envisager la possibilité d'accorder l'immunité de poursuite à une personne qui coopère de manière substantielle. Cet article peut être appliqué de deux façons:

- Premièrement, les États parties peuvent promulguer une nouvelle loi autorisant l'octroi d'immunités, ce qui pourra s'avérer nécessaire dans les systèmes juridiques où le Parquet doit obligatoirement entamer des poursuites.
- Deuxièmement, lorsque le Parquet est habilité à ne pas entamer de poursuites, les États parties pourront faire savoir à leurs services de répression qu'en cas de coopération substantielle d'un suspect, une immunité peut lui être accordée, dans les limites des pouvoirs discrétionnaires accordés au Parquet.

Une immunité peut beaucoup encourager un témoin principal à coopérer si l'affaire ne peut pas être jugée sans son concours. D'un autre côté, une exonération totale de châtement peut compromettre l'efficacité des mesures anticorruption lorsqu'elle est appliquée trop fréquemment ou – pis encore – lorsque le public a l'impression que cette immunité est accordée à des personnes politiquement ou financièrement influentes. Ainsi, les États parties voudront peut-être établir un équilibre approprié entre les avantages que présente l'octroi d'une immunité dans des cas particuliers et la nécessité de raffermir la confiance du public dans l'administration de la justice.

La question de savoir s'il y a lieu d'accorder une immunité peut ne pas dépendre uniquement de la nature ou de l'étendue de la coopération fournie. Ainsi, les services de détection et de répression pourront prendre en considération l'identité de l'accusé et la mesure dans laquelle il s'est trouvé impliqué dans l'infraction. L'on pourra par exemple exclure la possibilité d'une immunité pour le cerveau d'un réseau de corruption ou refuser d'envisager d'octroyer une immunité à des personnalités en vue, comme des hommes politiques, étant donné l'impact négatif que cela pourrait avoir sur la confiance que le public place dans l'impartialité des services de répression.

En outre, les États parties pourront décider de n'accorder une immunité que dans des cas exceptionnels où l'accusé a fourni des informations sans lesquelles une enquête ou un procès n'aurait pas été possible.

Sur le plan de la procédure, les États parties voudront peut-être tenir compte de certains aspects qui revêtent une importance particulière:

- Les États parties qui doivent promulguer une nouvelle loi pour qu'une immunité puisse être accordée voudront peut-être, dans cette loi, stipuler clairement et de manière indiscutable les conditions dans lesquelles elle peut être accordée;
- Les États parties voudront peut-être stipuler dans cette loi que toutes les parties intéressées devront signer un accord écrit indiquant les conditions auxquelles l'immunité est subordonnée, éviter toute controverse concernant l'obligation d'accorder l'immunité, d'une part, et les avantages que celle-ci peut apporter de part et d'autre, de l'autre;
- Si l'octroi d'une immunité constitue un outil puissant, les États parties voudront peut-être envisager la possibilité qu'elle fasse l'objet d'abus, de sorte que les services de détection et de répression devront essayer de vérifier les informations fournies avant d'accorder une immunité. Pour cela, ces services devront s'attacher à corroborer les informations fournies par l'accusé en rassemblant des informations supplémentaires. De plus, l'on pourra envisager de retirer l'immunité si l'accusé a essayé de tromper les services de répression. L'on pourra à cette fin incorporer à l'accord d'immunité des dispositions appropriées stipulant que l'accord sera nul si les informations fournies s'avèrent fausses ou sont destinées à induire en erreur;
- Inversement, les États parties devront définir clairement les personnes qui peuvent offrir un arrangement quelconque, à quelles conditions et à quels stades de l'enquête;
- Les États parties voudront peut-être incorporer à tout accord d'immunité des dispositions appropriées selon lesquelles l'immunité accordée dans un cas particulier ne constituera pas un précédent pour tout autre affaire en instance ou de futures affaires.

#### *II.4. Accords ou arrangements entre États parties*

Les États parties voudront peut-être tenir compte de la possibilité qu'un délinquant se trouvant sur le territoire d'un État partie puisse fournir des informations ou des éléments de preuve pertinents pouvant être utiles pour une affaire faisant l'objet d'une enquête dans un autre État partie. Dans le cas de la corruption transnationale surtout, la question pourra imposer de savoir comment encourager les personnes intéressées à divulguer les informations dont elles disposent concernant un cas de corruption dont elles ne sont pas accusées dans l'État partie où elles ont leur résidence.

En conséquence, les États parties voudront peut-être envisager de conclure des accords ou arrangements pour trouver des solutions reflétant les intérêts des deux États parties en permettant aux services de détection et de répression de l'un d'eux de proposer une sanction réduite ou même une immunité de poursuites en échange d'une coopération substantielle concernant une infraction commise sur le territoire d'un autre État partie. Il faudra peut-être pour cela

adopter des règles nouvelles ou modifier les règles existantes concernant l'octroi de l'immunité.

Les États parties voudront peut-être tenir compte du fait que la conclusion d'accords ou d'arrangements *ad hoc* peut prendre du temps et ainsi ralentir l'enquête ou les poursuites, et ainsi envisager d'adopter un cadre qui puisse être adapté aux cas individuels selon que de besoin.

## **Article 38: Coopération entre autorités nationales**

*Chaque État partie prend les mesures nécessaires pour encourager, conformément à son droit interne, la coopération entre, d'une part, ses autorités publiques ainsi que ses agents publics et, d'autre part, ses autorités chargées des enquêtes et des poursuites relatives à des infractions pénales. Cette coopération peut consister:*

*a) Pour les premiers à informer, de leur propre initiative, les secondes lorsqu'il existe des motifs raisonnables de considérer que l'une des infractions établies conformément aux articles 15, 21 et 23 de la présente Convention a été commise; ou*

*b) Pour les premiers à fournir, sur demande, aux secondes toutes les informations nécessaires.*

### **I. Contexte**

Les articles 15, 21 et 23 traitent de la corruption d'agents publics nationaux, de la corruption dans le secteur privé et du blanchiment du produit du crime. Il est essentiel que de telles infractions soient signalées sans tarder aux institutions dotées des pouvoirs et des compétences nécessaires pour faire enquête et entamer des poursuites si l'on veut que leurs auteurs ne quittent pas le pays ou n'altèrent pas les éléments de preuve et si l'on veut prévenir ou contrôler les mouvements d'avoirs. Les affaires de corruption sont fréquemment complexes et obscures, de sorte qu'une notification rapide des infractions par les autorités publiques chargées des enquêtes et des poursuites ou une coopération rapide sur leur demande est particulièrement importante.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

Les États parties voudront peut-être envisager les mesures à adopter pour faire en sorte que la direction générale des autorités publiques et les agents publics comprennent bien quel est l'objet de cet article et le rôle qui leur revient dans sa mise en œuvre. Il conviendra à cette fin d'organiser des programmes de formation et d'offrir périodiquement de possibilités structurées de promouvoir la coopération entre ces autorités et ces agents et les autorités chargées des enquêtes et des poursuites. Simultanément, les cadres qui soit communiquent les informations aux autorités compétentes soit coopèrent aux demandes d'informations devraient avoir l'assurance, lorsqu'ils ont agi de bonne foi et de

façon raisonnable, que cela n'aura pas de conséquences néfastes pour eux si les informations fournies ne débouchent pas sur une enquête ou des poursuites.

Les arrangements, lois ou règlements adoptés pour mettre en œuvre les dispositions de cet article devront spécifier ce qu'il faut entendre par "motifs raisonnables".

## **Article 39: Coopération entre autorités nationales et secteur privé**

*1. Chaque État partie prend les mesures nécessaires pour encourager, conformément à son droit interne, la coopération entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites et des entités du secteur privé, en particulier les institutions financières, sur des questions concernant la commission d'infractions établies conformément à la présente Convention.*

*2. Chaque État partie envisage d'encourager ses ressortissants et les autres personnes ayant leur résidence habituelle sur son territoire à signaler aux autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites la commission d'une infraction établie conformément à la présente Convention.*

### **I. Contexte**

L'article 39, qui complète l'article 38, a pour but d'encourager le secteur privé et les particuliers à agir comme les agents publics sont invités à le faire. Les affaires de corruption sont fréquemment complexes et obscures et les autorités compétentes n'en auront connaissance ou les enquêtes à ce sujet ne pourront être menées à bien qu'avec la coopération des entités du secteur privé, et surtout des institutions financières, ainsi que des particuliers. Ainsi, une notification rapide par les entités compétentes du secteur privé ou une opportune coopération avec les institutions chargées des enquêtes est importante si l'on veut pouvoir identifier et sauvegarder les éléments pouvant constituer des preuves et ouvrir une enquête. Les institutions financières – ou les institutions qui mènent des activités commerciales de haute valeur – ont un rôle capital à jouer si l'on veut pouvoir prévenir, détecter et poursuivre efficacement les infractions établies conformément à la Convention. Les institutions financières, bien qu'étant tenues de signaler les activités ou transactions suspectes, ne doivent pas apparaître comme ramenant à cela leur coopération lorsqu'elles ont des raisons de douter de la régularité d'autres activités, par exemple lorsqu'un compte est ouvert chez elles.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

Les États parties devront faire en sorte que les entités du secteur privé comprennent bien l'objet de cet article et le rôle qu'il leur revient dans la mise en œuvre de la Convention. Les personnes morales ou leurs cadres supérieurs et les membres de leur personnel qui soit coopèrent avec les services de détection

et de répression, soit donnent suite aux demandes d'information, doivent, lorsqu'elles ont agi de bonne foi et pour un motif raisonnable, avoir l'assurance que les informations communiquées seront confidentielles et, lorsque les allégations ne débouchent pas sur une enquête, être à l'abri d'actions civiles et de demandes de dommages-intérêts des personnes visées.

Les États parties devront bien préciser quelles sont les institutions habilitées à recevoir de telles informations, et sous quelle forme (y compris la nature de l'information ou de la documentation à l'appui des allégations). Ils devraient également rechercher les moyens de promouvoir la réciprocité entre les autorités chargées des enquêtes et des poursuites et les entités du secteur privé, en particulier des institutions financières, quant à la valeur de l'information fournie. Il peut être bon aussi d'associer le secteur privé, en particulier les institutions financières, à l'élaboration de règles concernant la nature et le contenu des informations fournies (ces questions sont discutées plus en détail dans le contexte de l'article 14).

## **Article 40: Secret bancaire**

*Chaque État partie veille, en cas d'enquêtes judiciaires nationales sur des infractions établies conformément à la présente Convention, à ce qu'il y ait dans son système juridique interne des mécanismes appropriés pour surmonter les obstacles qui peuvent résulter de l'application de lois sur le secret bancaire.*

### **I. Contexte**

La protection du secret bancaire est pour le secteur de la banque une tradition solidement établie. Au plan individuel, la confidentialité qu'une banque doit à ses clients est généralement considérée comme faisant partie du droit à la vie privée et, plus récemment, du droit à la confidentialité des données personnelles. Dans certains pays, le secret bancaire contribue également à renforcer la sécurité mutuelle dans la mesure où il permet d'empêcher les extorsions de fonds ou enlèvements. Au niveau des sociétés, il prévient les abus comme la concurrence déloyale ou la violation des droits antitrust. Au niveau des politiques publiques, la solidité du système bancaire dépend de la confiance, et celle-ci ne peut exister, entre autres, que si les relations entre le système bancaire et la clientèle sont gérées de manière confidentielle.

Tous les États parties continuent, à des degrés divers fréquemment définis dans la loi, à autoriser et à obliger les banques à refuser de divulguer des informations concernant leurs clients à des tiers et exigent une autorisation judiciaire pour que les autorités publiques puissent avoir accès à l'information détenue par les banques. Dans beaucoup d'États parties, les dispositions promulguées pour prévenir le blanchiment d'argent ont apporté des nuances à l'obligation du secret bancaire et l'article 40 évoque des questions plus générales concernant les enquêtes pénales.

La protection accordée par des lois relatives au secret bancaire varie d'un État à l'autre. Dans la plupart d'entre eux, le secret bancaire est un aspect important de la relation contractuelle entre la banque et le client et est par conséquent considéré comme une question relevant du droit privé, toute atteinte à cette règle pouvant être sanctionnée par les actions civiles pouvant être intentées en cas de violations des contrats. Dans d'autres États, la protection du secret bancaire, jadis considérée comme relevant uniquement des relations contractuelles, est devenue une question d'ordre public, de sorte que la violation du secret bancaire est considérée comme une infraction pénale. Dans certains pays, cette protection spéciale trouve son origine dans des traditions historiques mais, d'autres pays ont promulgué de telles règles pour accroître leur attrait en tant que centres financiers internationaux.

Aux termes de l'article 40, les États parties sont tenus d'éliminer tout obstacle que les lois et règlements visant à protéger le secret bancaire pourraient opposer à des enquêtes judiciaires nationales sur les infractions établies par la Convention. Ce principe est déjà reflété dans les dispositions de la Convention concernant le signalement des transactions suspectes et la recommandation tendant à ce tous les États parties créent un service de renseignement financier. Simultanément, le système bancaire international peut faire passer des fonds d'un pays à un autre beaucoup plus rapidement que les institutions des États parties peuvent suivre ces opérations et, le cas échéant, faire enquête à leur sujet. Cet article a pour but de remédier à ce déséquilibre en encourageant une révision des dispositions relatives au secret bancaire pour que les différents services nationaux de détection et de répression puissent recevoir les informations dont ils ont besoin pour combattre efficacement la corruption et pouvoir intervenir aussi rapidement que ceux qui font l'objet de leurs enquêtes.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

Plusieurs questions doivent être analysées pour pouvoir appliquer comme il convient l'article 40.

### *II.1. Qui est habilité à déroger au secret bancaire, dans quelles circonstances et à quelles fins?*

Pour déterminer quelles sont les institutions qui devront être habilitées à avoir accès à l'information bancaire, il y a lieu de tenir compte de plusieurs facteurs, et c'est pourquoi la législation concernant cette question varie d'un pays à l'autre.

Un élément important tient à la façon dont la stratégie de prévention et de maîtrise de la criminalité est structurée dans chaque pays et à la place que le secret bancaire occupe dans la culture et l'économie du pays. À tout le moins, les autorités judiciaires, y compris le Ministère public doivent pouvoir, de leur propre initiative ou sur mandat judiciaire, avoir accès à l'information bancaire. Agir autrement ne serait pas conforme à l'article 40.

Toutefois, étant donné le rôle que joue l'information bancaire en tant qu'élément de preuve dans les affaires de corruption et de blanchiment de son produit, les États parties pourront envisager de prévoir un mécanisme qui permette à d'autres services de détection et de répression d'avoir aussi accès à l'information bancaire, approche qui est également justifiée par les articles 14 et 58. Il faut, lors de l'élaboration d'un tel système, tenir compte de beaucoup d'autres facteurs: le cadre institutionnel général et les traditions juridiques du pays, le mandat des institutions concernées et leur degré d'indépendance ainsi que les compétences de leur personnel et l'existence de mesures garantissant comme il convient une utilisation responsable d'une information (par exemple contrôles préventifs, sanctions en cas de violation de la confidentialité).

Les services de détection et de répression qui pourront être autorisés à avoir accès directement ou sur la base d'une ordonnance judiciaire à l'information bancaire sont indiqués ci-après. Dans ce cas, il y aura lieu de noter aussi certaines des restrictions qui peuvent être imposées en ce qui concerne l'utilisation qui peut être faite de l'information conformément à la pratique suivie d'ordinaire dans certains pays:

- Organes d'enquête sur la corruption, comme ceux qui sont mentionnés à l'article 36 de la Convention, dans tous les cas où ils sont habilités à mener des enquêtes préliminaires ou ont qualité pour porter plainte ou entamer une action pénale. Certains des pays qui autorisent les organes à avoir accès à l'information bancaire limitent l'utilisation qui peut être faite de cette information en tant qu'élément de preuve dans une affaire pénale.
- Services de renseignement financier habilités à faire enquête sur les cas de blanchiment d'argent. Beaucoup de pays stipulent que les informations rassemblées par les services de renseignement financier peuvent seulement être utilisées comme éléments de preuve dans une affaire de blanchiment d'argent ou pour étayer une ordonnance de confiscation dans une procédure administrative régie par les lois relatives au blanchiment d'argent.
- Fisc et/ou autorités douanières, à condition que, selon le droit interne, l'évasion fiscale ou la violation de la réglementation douanière constitue une infraction pénale et que les informations obtenues ne soient pas communiquées à d'autres institutions.
- Police.
- Institutions d'audit.
- Parties à la procédure pénale et/ou Ministère public, sur mandat judiciaire.
- Banques centrales, si elles sont habilitées à mener des enquêtes préliminaires et pour porter plainte ou se constituer partie civile.

Les systèmes qui limitent l'utilisation qui peut être faite des informations ainsi obtenues par chaque institution à ses propres fins et interdisant leur communication à d'autres institutions ont imposé une charge excessive aux institutions financières, pour lesquelles produire plusieurs fois les mêmes

informations pour les communiquer à des institutions différentes constitue un surcroît de travail et de coût.

## *II.2. Quelles sont les procédures à suivre pour lever le secret bancaire?*

L'un des obstacles que le secret bancaire peut opposer aux enquêtes nationales peut tenir à des questions de procédures. S'il est théoriquement possible, dans de nombreux pays, d'obtenir la levée du secret bancaire, la procédure à suivre peut être si complexe que, dans la pratique, cette possibilité se trouve réduite à néant.

Selon l'institution dont il s'agit et l'utilisation qui peut être faite de l'information, les procédures à suivre pour avoir accès à des informations bancaires varient d'un État partie à l'autre. Dans certains pays, l'ordre d'un service de détection ou de répression suffit. Dans d'autres, l'autorisation de l'organe de réglementation ou de tutelle est requise. Dans le pays où le régime est plus rigoureux, le secret bancaire ne peut être levé que sur ordonnance judiciaire. Manifestement, les conditions à remplir pour obtenir ces autorisations varient selon l'autorité dont il s'agit.

## *II.3. Divulgateur automatique ou sur demande de l'information*

Les États parties voudront peut-être déterminer si les banques et autres établissements financiers doivent automatiquement divulguer certaines informations aux autorités désignées qui administrent des bases de données, ou si le secret bancaire ne doit être levé que sur demande de l'administration ou sur ordonnance judiciaire. L'on peut également envisager un système mixte selon lequel les opérations d'une valeur supérieure à certains seuils ou qui apparaissent comme suspectes sont systématiquement déclarées.

Lorsque le secret bancaire est levé sur demande de l'administration ou sur ordonnance judiciaire, les États parties devront déterminer si les services de détection et de répression habilités devront avoir accès à l'information directement par le biais d'une base de données centralisée ou d'une institution centrale ou indirectement par le biais d'une ordonnance judiciaire. Ils devront peut-être ainsi déterminer si les autorités chargées des enquêtes devront avoir directement accès aux déclarations d'opérations suspectes reçues par les services de renseignement financier dans le cadre de leurs attributions concernant le blanchiment d'argent.

Pour prendre cette décision, les États parties devront peser l'avantage que représentent un gain de temps dans les enquêtes pénales, d'une part, et le fait de confier un certain contrôle à des autorités indépendantes comme la magistrature, qui seront habituellement appelées à déterminer si les informations demandées ont un rapport avec l'affaire et si l'importance de cette information est telle que le secret bancaire doit être levé.

Il faudra, lors de l'élaboration des procédures à suivre dans ce domaine, examiner les moyens de l'administration et les capacités des systèmes

d'information, de sorte que les formalités ne soient pas si lourdes et ne prennent pas tant de temps qu'elles empêchent, dans la pratique, d'avoir accès à l'information bancaire.

Un obstacle très concret mais non inhabituel aux enquêtes nationales est le retard avec lequel les institutions bancaires répondent aux demandes d'informations. Lorsque la demande émane d'une institution autorisée, celle-ci doit fréquemment avoir recours aux tribunaux pour qu'il soit donné suite à sa demande. Dans certains pays, cela peut retarder inutilement le processus d'enquête.

Pour être efficace, le système doit également prévoir un système de sanctions en cas d'observation et demandes émanant des autorités autorisées: amendes, interventions ou application de procédures simplifiées de perquisition et de saisie des documents.

#### *II.4. Utilisation de bases de données centralisées*

Pour éviter certains des problèmes susmentionnés et faciliter les enquêtes nationales, il peut être utile de constituer des bases de données centralisées auxquelles auront accès les institutions autorisées, aux fins autorisées.

Les bases de données centralisées peuvent être administrées par les banques centrales, le fisc ou les services de renseignement financier et permettent d'obtenir plus rapidement les informations requises. Lorsque des bases de données centralisées n'existent pas, ce processus peut être lent dans la mesure où la recherche de l'information doit être faite manuellement, surtout lorsque l'information est nécessaire aux premiers stades d'une enquête, car il peut alors falloir plusieurs mois pour rassembler toutes les informations voulues auprès des différentes sources.

Une autre formule, ou une formule qui peut compléter les bases de données, consiste à transmettre l'information par la voie électronique, cette transmission devant être assortie de garanties adéquates. Il pourra s'avérer nécessaire, en pareils cas, de revoir la législation relative à la protection des données personnelles, surtout dans les pays où il est interdit aux banques de transmettre des informations par le biais de systèmes informatiques sans l'autorisation expresse du client.

#### *II.5. Contenu de la demande*

Les règles applicables au contenu et à la forme de la demande dépendent habituellement de la question de savoir s'il existe des bases de données et des systèmes de déclaration automatique. Lorsque de tels systèmes existent, les États parties ont tendance à limiter le nombre d'institutions autorisées à demander des informations et à accueillir de telles demandes avec quelque méfiance. Si cela est autorisé par la loi ou si la demande repose sur des motifs raisonnables à la lumière de l'enquête menée, la demande pourra porter également sur les proches

parents de l'intéressé ou sur les personnes avec qui le titulaire du compte a réalisé certaines opérations.

En l'absence de bases de données ou de systèmes automatiques, les États parties peuvent prévoir la possibilité de présenter des demandes très onéreuses concernant n'importe quel compte en banque, placement ou personne physique ou morale. D'autres limitations peuvent cependant tenir au degré de détail que doit comporter la demande pour que la banque puisse identifier le titulaire du compte ou son ayant droit.

Les banques peuvent être chargées de rassembler l'information détenue par leurs agences et leurs filiales locales si l'institution dont émane la demande ne dispose pas de cette information. Elles peuvent également être chargées d'identifier tous les placements – et pas seulement les comptes – utilisés par une personne physique ou morale déterminée ainsi que leurs ayants droit, par opposition aux “titulaires du compte”, afin d'empêcher que des sociétés soient utilisées comme écran. Ainsi, le nom de l'intéressé, le numéro de sa carte d'identité ou la raison sociale de la personne morale peut en principe suffire pour identifier les opérations bancaires réalisées.

## *II.6. Application du principe de prévention “connaissez votre client”*

L'autre aspect du problème tient au fait que les dispositions obligatoires des articles 14 et 52 et surtout le principe “connaissez votre client” peuvent ne pas être appliqués comme il convient.

Une application adéquate de ce principe élimine les problèmes découlant de l'utilisation comme écran de sociétés offshore ou du manque de complétude des renseignements concernant le client. Aussi, les États parties devront-ils établir un équilibre approprié entre les utilisations autorisées de telle personne morale, d'une part, et la mesure dans laquelle une institution financière est tenue de comprendre les activités réalisées par ses clients, de l'autre. Lorsque la constitution de sociétés à l'étranger est autorisée, il importe de mettre en place une politique appropriée concernant les ayants droit et les personnes autorisées à déposer et à retirer des fonds ainsi que de bien comprendre la nature des activités menées par les sociétés dont il s'agit.

Les informations que les autorités doivent obtenir des banques doivent porter sur le titulaire du compte (prénoms et nom patronymique, numéro de sécurité sociale, numéro d'identification fiscale, date de naissance, adresse actuelle et adresses précédentes, employeur actuel), ou les cartes portant le spécimen de la signature du titulaire du compte (par exemple pour vérifier le contrôle d'une personne morale ou pour établir un lien entre contribuables apparemment sans rapport entre eux), mais il peut s'agir aussi d'informations financières (sources de revenus, soldes des comptes, numéros de compte, virements, dépôts et retraits afin de vérifier si des revenus ne sont pas déclarés ou si certains gains sont illégaux, pour déterminer si le contribuable a déclaré comme déductibles des dépenses qui ne l'étaient pas, pour déterminer l'existence de traites de cavalerie, ou des transactions fictives, pour répondre à des questions

concernant l'origine des fonds ou pour identifier le versement de pots-de-vin ou des paiements suspects à des agents publics étrangers).

## *II.7. Le secret bancaire et les professions libérales*

Enfin, les États parties devront également, dans le contexte de cette disposition, être conscients du fait que le secret bancaire peut s'appliquer non seulement aux clients qui font l'objet d'une enquête mais aussi aux activités des conseillers professionnels, qui peuvent également invoquer le secret bancaire concernant leurs activités, même celles qui intéressent des clients faisant l'objet d'une enquête. Le secret professionnel peut soulever des problèmes, en particulier lorsqu'il n'est pas interprété dans une optique fonctionnelle. Dans certains États, par exemple, le caractère confidentiel des communications entre l'avocat et son client ne s'applique qu'à l'information échangée dans le contexte spécifique de la défense du client; si l'avocat agit en qualité d'intermédiaire financier, le secret professionnel ne s'applique pas. Les États parties qui autorisent les membres de professions libérales à détenir des comptes au nom de leurs clients devront veiller à ce que de telles dispositions n'empêchent pas les institutions autorisées d'avoir accès aux informations bancaires.

## **Article 41: Antécédents judiciaires**

*Chaque État partie peut adopter les mesures législatives ou autres nécessaires pour tenir compte, dans les conditions et aux fins qu'il juge appropriées, de toute condamnation dont l'auteur présumé d'une infraction aurait antérieurement fait l'objet dans un autre État, afin d'utiliser cette information dans le cadre d'une procédure pénale relative à une infraction établie conformément à la présente Convention.*

### **I. Contexte**

La corruption est souvent le fait de récidivistes. De plus, à une époque où les affaires acquièrent un caractère de plus en plus international, la corruption et les délinquants ignorent fréquemment les frontières, opérant parfois sous des raisons sociales différentes. La Convention rassemble en une seule disposition les conséquences de ces deux aspects. L'article 41 suggère aux États parties de tenir compte de toute condamnation dont l'auteur présumé d'une infraction aurait antérieurement fait l'objet dans un autre État afin d'utiliser cette information dans le cadre d'une procédure pénale.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

L'article 41 est une disposition de caractère non obligatoire qui suggère aux États parties de déterminer s'il serait approprié de tenir compte de condamnations antérieurement prononcées dans un autre État. À cette fin, il conviendra d'avoir à l'esprit que la plupart des États tiennent des registres des

antécédents judiciaires qui permettent aux autorités compétentes de tenir compte des condamnations antérieures lors du prononcé de la peine et des sanctions juridiques de sorte qu'elles soient adéquates et produisent l'effet de prévention voulu. Beaucoup d'États considèrent ces moyens comme nécessaires pour garantir que les peines prononcées refléteront la gravité du comportement de l'accusé et/ou d'autres circonstances pertinentes, compte tenu des limites imposées par la loi à la gamme de peines qui peuvent être imposées et de la nécessité de réserver à l'accusé le traitement prescrit par la loi. Les antécédents judiciaires d'un accusé peuvent faire apparaître une tendance à la délinquance et à la récidive pouvant affecter la peine à imposer. De plus, la prise en compte du casier judiciaire peut avoir un effet dissuasif. Comme les récidivistes peuvent constituer un danger latent, les États parties pourront ajuster la sanction dont est passible un acte déterminé en imposant des mesures spécifiques de réadaptation ou en excluant l'accusé de la possibilité d'exercer des fonctions ou d'occuper un poste qui pourrait lui permettre de commettre de nouveaux actes de corruption (voir également le paragraphe 7 de l'article 30 de la Convention). Enfin, les États parties pourront considérer qu'il est normal, étant donné la mobilité des délinquants, de tenir compte des condamnations prononcées dans un autre État.

L'article 41 est très large, puisqu'il évoque "toute condamnation" prononcée dans un autre État. Les États parties voudront donc peut-être tenir compte de toutes ces condamnations, en particulier pour infractions graves. En fait, il est bon que cet article soit rédigé en termes aussi larges car l'on peut ainsi tirer de la conduite de l'auteur de l'infraction des conclusions concernant la probabilité qu'il respecte la loi à l'avenir. Les États parties voudront peut-être néanmoins envisager d'évaluer les condamnations antérieures à la lumière du type d'infraction commise, de la gravité du dommage causé et du temps qui s'est écoulé depuis la condamnation précédente.

Les États parties devront avoir à l'esprit que l'expression "condamnation" désigne une condamnation prononcée à l'étranger ne pouvant plus faire l'objet d'un appel (voir la Note interprétative concernant l'article 41 au paragraphe 40 du document A/58/422/Add.1).

Les États parties voudront peut-être permettre aux autres États d'avoir légalement et matériellement accès à leurs registres des antécédents judiciaires. Pour ce qui est du premier point, les États parties devront déterminer si leur législation permet la communication à d'autres États de données comme des informations figurant dans le casier judiciaire, et la revoir en conséquence. Pour ce qui est de l'accès matériel, les États parties voudront peut-être désigner une autorité responsable des échanges internationaux d'information. À ce propos, il pourra être bon de confier cette tâche à l'autorité chargée, d'une manière plus générale, de la coopération internationale en matière pénale et notamment de l'entraide judiciaire.

## **Article 42: Compétence**

1. *Chaque État partie adopte les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la présente Convention dans les cas suivants:*

a) *Lorsque l'infraction est commise sur son territoire; ou*

b) *Lorsque l'infraction est commise à bord d'un navire qui bat son pavillon ou à bord d'un aéronef immatriculé conformément à son droit interne au moment où ladite infraction est commise.*

2. *Sous réserve de l'article 4 de la présente Convention, un État partie peut également établir sa compétence à l'égard de l'une quelconque de ces infractions dans les cas suivants:*

a) *Lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un de ses ressortissants; ou*

b) *Lorsque l'infraction est commise par l'un de ses ressortissants ou par une personne apatride résidant habituellement sur son territoire; ou*

c) *Lorsque l'infraction est l'une de celles établies conformément à l'alinéa b) ii) du paragraphe 1 de l'article 23 de la présente Convention et est commise hors de son territoire en vue de la commission, sur son territoire, d'une infraction établie conformément aux alinéas a) i) ou ii) ou b) i) du paragraphe 1 de l'article 23 de la présente Convention; ou*

d) *Lorsque l'infraction est commise à son encontre.*

3. *Aux fins de l'article 44 de la présente Convention, chaque État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la présente Convention lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire et qu'il n'extrade pas cette personne au seul motif qu'elle est l'un de ses ressortissants.*

4. *Chaque État partie peut également prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la présente Convention lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas.*

5. *Si un État partie qui exerce sa compétence en vertu du paragraphe 1 ou 2 du présent article a été avisé, ou a appris de toute autre façon, que d'autres États parties mènent une enquête ou ont engagé des poursuites ou une procédure judiciaire concernant le même acte, les autorités compétentes de ces États parties se consultent, selon qu'il convient, pour coordonner leurs actions.*

6. *Sans préjudice des normes du droit international général, la présente Convention n'exclut pas l'exercice de toute compétence pénale établie par un État partie conformément à son droit interne.*

## I. Contexte

L'un des principaux objectifs de la Convention est de promouvoir la coopération internationale dans la lutte contre la corruption (voir l'article 1 b) de la Convention). La Convention contient par conséquent des dispositions relatives à la corruption d'agents publics étrangers ainsi que des articles détaillés et spécifiques concernant les différentes modalités de la coopération internationale en matière pénale, comme l'extradition, l'entraide judiciaire, les enquêtes conjointes et, percée majeure, le recouvrement d'avoirs à l'étranger. D'un autre côté, le paragraphe 1 de l'article 4 souligne que les États parties doivent s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de la Convention d'une façon conforme aux principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et de non-ingérence dans les affaires intérieures d'autres États. Plus précisément, le paragraphe 2 de l'article 4 stipule qu'aucune disposition de la Convention n'habilite un État partie à exercer sur le territoire d'un autre État des compétences et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre État par son droit interne. L'extradition, l'entraide judiciaire, le recouvrement d'avoirs sont des formes de coopération internationale dans le cas desquelles les États parties concernés s'aident pour faciliter les enquêtes, les poursuites nationales ou tout autre action judiciaire, mais présuppose que les questions de compétence sont réglées de façon appropriée et fonctionnelle par le droit interne.

## II. Difficultés pratiques et solutions

Le paragraphe 1 de l'article 42, qui est une disposition de caractère obligatoire, stipule que les États parties doivent établir leur compétence sur la base du "principe de territorialité", c'est-à-dire qu'ils doivent établir leur compétence à l'égard des infractions commises sur leur territoire, à bord d'un navire battant leur pavillon ou à bord d'un aéronef immatriculé conformément à leur législation.

De plus, le paragraphe 3 de l'article 42 stipule que l'État partie doit établir sa compétence à l'égard des actes de corruption lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire ou qu'il n'extrade pas cette personne pour le seul motif qu'il est l'un de ses ressortissants. Cette disposition obligatoire est liée à la règle énoncée au paragraphe 11 de l'article 44 de la Convention, selon laquelle l'État partie intéressé doit entamer des poursuites si l'extradition est refusée pour des motifs de nationalité.

Le paragraphe 2 de l'article 42, qui n'a pas de caractère obligatoire, dispose que les États parties peuvent établir leur compétence selon le principe dit de personnalité active ou passive, c'est-à-dire qu'ils peuvent établir leur compétence à l'égard de l'infraction commise par ou contre leur ressortissant respectivement. En outre, cet article engage instamment les États parties à envisager d'établir leur compétence à l'égard d'infractions comme la participation, l'association de malfaiteurs, la tentative, la complicité et l'instigation de l'une quelconque des infractions liées au blanchiment d'argent si

la participation a été réalisée à l'étranger en vue de la commission de l'infraction principale sur le territoire de l'État partie. Enfin, et cette règle n'a pas non plus de caractère obligatoire, ce paragraphe dispose que les États doivent établir leur compétence en fonction du "principe de protection", c'est-à-dire établir leur compétence à l'égard des infractions commises à leur rencontre.

De plus, cette disposition n'a pas non plus de caractère obligation, le paragraphe 4 de l'article 42 dispose que l'État partie doit établir sa compétence à l'égard des actes de corruption lorsque le délinquant présumé se trouve sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas pour des raisons autres que sa nationalité.

Enfin, le paragraphe 6 de l'article 42 reconnaît, sans préjudice des normes du droit international général, que l'État partie peut exercer sa juridiction pénale conformément à son droit interne.

Aux termes du paragraphe 5 de l'article 42, les autorités compétentes des États parties, selon qu'il convient, se consultent en vue de coordonner leurs actions si un État partie a été avisé ou a appris de toute autre façon que d'autres États parties mènent une enquête ou ont engagé des poursuites ou une procédure judiciaire concernant le même acte.

Les États parties voudront peut-être faire porter leur attention sur les éléments suivants:

- L'infraction est commise sur le territoire de cet État partie;
- L'infraction est commise contre un ressortissant de cet État partie;
- L'infraction est commise par un ressortissant de cet État partie ou une personne apatride qui a sa résidence habituelle sur son territoire;
- L'infraction est l'une de celles établies conformément à l'alinéa b) ii) du paragraphe 1 de l'article 23 de la Convention et est commise hors de son territoire en vue de la commission, sur son territoire, d'une infraction établie conformément aux alinéas a) i) ou ii) ou b) i) du paragraphe 1 de l'article 23 de la Convention;
- L'infraction est commise contre l'État partie;
- L'État partie doit établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la Convention lorsque le délinquant présumé se trouve sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas au seul motif qu'il est l'un de ses ressortissants;
- L'État partie doit établir sa compétence à l'égard des infractions établies conformément à la Convention lorsque le délinquant se trouve sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas.

## *II.1. L'infraction est commise sur le territoire de l'État partie*

Le paragraphe 1 a) de l'article 42 stipule que les États parties doivent exercer leur compétence à l'égard d'une infraction établie conformément à la Convention lorsqu'elle est commise sur son territoire, quelle que soit la nationalité du délinquant. Bien que la plupart des États reconnaissent le principe de la compétence territoriale, les modalités d'application de ce principe varie beaucoup.

Les États parties voudront sans doute noter qu'il n'y a pas de modèle universel d'application. Certains États considèrent que l'infraction a été commise sur leur territoire lorsque son auteur a agi sur ledit territoire. D'autres États appliquent le principe de territorialité selon le modèle plus large: la compétence territoriale peut être exercée lorsqu'une partie au moins de l'infraction a été commise sur le territoire de l'État intéressé. Ainsi, une complicité dans le pays même peut être suffisante même si l'acte de corruption proprement dit a été commis à l'étranger. De plus, selon une doctrine généralement acceptée, appelée "doctrine de l'ubiquité" ou "territorialité objective", l'État peut exercer sa compétence si le crime produit des effets sur son territoire. Il peut par conséquent exercer une compétence territoriale lorsque le marché intérieur ou la concurrence intérieure est perturbé par un acte de corruption commis à l'étranger.

## *II.2. L'infraction est commise contre un ressortissant de l'État partie*

Chaque État partie peut envisager d'établir sa compétence à l'égard des infractions commises contre ses ressortissants, quel que soit l'endroit où l'infraction a été commise. Cette version passive du principe de nationalité est étroitement liée au principe de protection. Celui-ci vise à protéger l'État lui-même, tandis que le principe de nationalité envisage la protection des citoyens de cet État.

Certains États suivent les modèles extensifs d'application qui englobent tous les actes de corruption produisant des effets sur leur territoire et à l'égard de leurs citoyens, tandis que d'autres étendent cette application aux cas dans lesquels un ressortissant a subi un préjudice à l'étranger. Les États qui optent pour une application plus restrictive du principe de territorialité peuvent considérer que l'application du principe de nationalité passive est nécessaire pour établir leur compétence lorsqu'un ressortissant ou une société relevant de leur juridiction a été lésé par un acte de corruption commis à l'étranger.

Les États parties voudront peut-être interpréter largement l'expression "ressortissant" et englober ainsi non seulement les citoyens mais aussi les personnes morales constituées sur leur territoire afin d'assurer une protection aussi complète que possible.

### *II.3. L'infraction est commise par un ressortissant de l'État partie ou une personne apatride qui a sa résidence habituelle sur son territoire*

Les États parties peuvent décider d'établir leur compétence conformément au principe de personnalité active, mais ils ne sont pas tenus de le faire. S'ils décident d'appliquer cette disposition, les États parties devront sans doute tenir compte de l'approche que rend indispensable la corruption contemporaine. Ainsi, pour encourager et préserver parmi leurs citoyens une attitude caractérisée par le respect de la loi et pour promouvoir un comportement comparable dans le pays et à l'étranger, les États parties voudront peut-être exercer leur compétence selon ce principe. En conséquence, ils pourront exercer leur compétence à l'égard de leurs citoyens quel que soit l'endroit où ils peuvent commettre un acte de corruption. Il en va de même des personnes apatrides qui ont leur résidence habituelle sur le territoire d'un État partie et ne peuvent donc pas être extradées.

Pour déterminer s'il y a lieu d'établir leur compétence à l'égard des infractions prévues par la Convention sur la base de la nationalité, les États parties devront avoir à l'esprit que l'infraction consistant à corrompre un agent public étranger qui est visé à l'article 16 sera habituellement commise à l'étranger, de sorte que des poursuites ne pourront être engagées efficacement que s'ils peuvent exercer leur compétence sur la base de la nationalité.

S'agissant des personnes morales, plusieurs questions doivent être prises en compte. Premièrement, les États parties peuvent envisager d'interpréter l'expression "ressortissant" de manière à englober les personnes morales ayant leur nationalité. Deuxièmement, les États parties pourront tenir compte des deux modèles d'application du principe de nationalité. La plupart des États exercent leur compétence selon le principe de nationalité lorsqu'une personne morale nationale est reconnue coupable d'un acte de corruption. Une société peut être considérée comme nationale si elle a été fondée conformément à la législation nationale ou si elle a son siège sur le territoire de l'État considéré. D'autres États rattachent la question de la compétence à la nationalité de la personne physique qui commet effectivement l'acte et non à la nationalité de la personne morale. Ainsi, ces États stipuleront que la personne qui a commis un acte de corruption par le biais d'une personne morale ou pour procurer un gain à celle-ci devra être un de ses ressortissants. Cependant, cela risque de causer de sérieuses échappatoires juridiques étant donné que, dans les affaires de responsabilité des personnes morales, il se peut que les services chargés de l'enquête ne puissent pas identifier l'instigateur ou l'auteur effectif de l'acte de corruption. De plus, les États parties pourront considérer que le principe de responsabilité des personnes morales suppose un rattachement des conséquences juridiques à la personne morale elle-même et qu'il faut par conséquent faire abstraction de l'individu et de sa nationalité.

#### *II.4. Compétence à l'égard de la préparation d'infractions liées au blanchiment d'argent*

Les États parties peuvent envisager d'établir leur compétence à l'égard des cas de participation, d'association de malfaiteurs, d'entente, de tentative, de complicité et d'instigation de l'une quelconque des infractions liées au blanchiment d'argent visées au paragraphe 1 a) i) et ii) ou b) i) de l'article 23 même si la participation a eu lieu à l'étranger tandis que l'acte proprement dit a été commis ou doit être commis sur le territoire de l'État partie. Ainsi, cet article a pour but, comme prévu par la Convention, de promouvoir la coopération internationale dans la lutte contre le blanchiment d'argent en veillant à ce que les États parties puissent exercer leur compétence sans y être empêchés par les lacunes de la législation.

Il conviendra de tenir compte du fait que, selon le modèle extensif d'application, les États parties peuvent exercer leur compétence sur la base du principe de territorialité.

#### *II.5. L'infraction est commise à l'encontre de l'État partie*

Le paragraphe 2 d) de l'article 42 a pour but de permettre aux États parties de se protéger et protéger leurs institutions en établissant leur compétence pénale, cette disposition est liée au modèle d'application du principe de territorialité suivi par les États parties. Ainsi, selon le modèle extensif, qui englobe toutes les infractions affectant le territoire de l'État partie, une disposition nationale d'application du principe de protection serait appliquée de façon tout simplement restrictive.

Les États parties qui ont retenu une interprétation restrictive du principe de territorialité pourront envisager d'appliquer la disposition relative au principe de protection pour éviter toute lacune de leur compétence et pour protéger les institutions qui revêtent une importance capitale pour le bien-être de leurs citoyens.

Les États parties devront en outre prendre en considération la relation qui existe avec le principe de personnalité passive. Ils pourront considérer que le modèle de protection passive couvre les infractions qui sont commises contre l'État lui-même. En pareils cas, le principe de protection serait appliqué de façon restrictive.

Les États parties dont le principe de nationalité n'englobe pas les cas en question voudront peut-être combler les lacunes de leur législation en appliquant le principe de protection. Celui-ci peut être appliqué de deux façons:

- Les États parties pourront considérer qu'une infraction est commise contre l'État partie lorsque l'État lui-même, c'est-à-dire ses institutions, ses organismes publics et ses entreprises étatiques sont affectés. Ainsi, les États parties peuvent considérer que les infractions qui affectent leurs citoyens ne

sont pas couvertes par cette disposition mais plutôt par le paragraphe 2 a) de l'article 42.

- D'un autre côté, un État partie peut considérer qu'une infraction a été commise à son encontre lorsque l'un de ses agents publics se trouve affecté. Toutefois, il faudra pour cela que l'agent public en question ait été affecté dans son rôle spécifique de représentant de l'État.

#### *II.6. Établissement de la compétence pénale sur la base du principe "aut dedere aut judicare"*

Selon le principe *aut dedere aut judicare*, les États parties doivent entamer des poursuites si le délinquant présumé ne peut pas être extradé. L'ouverture de poursuites pénales dans le pays même en lieu et place de l'extradition peut être fondée sur une base de compétence appropriée, ce que fournit la Convention, soit de façon péremptoire lorsque l'extradition est refusée pour le motif de nationalité (voir le paragraphe 3 de l'article 42), soit à titre facultatif (voir le paragraphe 4 de l'article 42). Une fois que ces dispositions sont effectivement appliquées au plan national, les tribunaux et les services de détection et de répression des États parties disposent du cadre juridique nécessaire pour éviter que le délinquant présumé ne puisse être ni extradé, ni poursuivi. En ce qui concerne en particulier le refus d'extradition de nationaux, les États parties voudront peut-être tenir compte du fait que les infractions commises à l'étranger par leurs ressortissants peuvent être couvertes par le principe de nationalité active, de sorte que leurs services de détection et de répression pourraient exercer leur compétence sur la base de cette disposition. Toutefois, ils voudront peut-être avoir à l'esprit que le principe de nationalité peut ne pas englober les cas dans lesquels un délinquant a acquis la nationalité de l'État partie après avoir commis une infraction à l'étranger. En pareilles situations, les États parties pourront envisager d'appliquer le paragraphe 3 de l'article 42.



**COOPÉRATION INTERNATIONALE**  
**(Chapitre IV, articles 43 à 50)**



## Article 43: Coopération internationale

1. *Les États parties coopèrent en matière pénale conformément aux articles 44 à 50 de la présente Convention. Lorsqu'il y a lieu et conformément à leur système juridique interne, les États parties envisagent de se prêter mutuellement assistance dans les enquêtes et les procédures concernant des affaires civiles et administratives relatives à la corruption.*

2. *En matière de coopération internationale, chaque fois que la double incrimination est considérée comme une condition, celle-ci est réputée remplie, que la législation de l'État partie requis qualifie ou désigne ou non l'infraction de la même manière que l'État partie requérant, si l'acte constituant l'infraction pour laquelle l'assistance est demandée est une infraction pénale en vertu de la législation des deux États parties.*

### I. Contexte

Les États parties doivent resserrer leurs partenariats sur le plan technique pour que la coopération internationale visant à combattre la corruption soit plus efficace, mieux adaptée et plus rapide. L'expérience pratique a montré que, pour resserrer et élargir cette coopération, il était indispensable que les États aient confiance dans les systèmes juridiques étrangers.

Aux termes du paragraphe 1 de l'article 43, les États parties sont tenus de mettre en place des systèmes et des mécanismes appropriés et efficaces pour promouvoir une coopération internationale efficace contre la corruption, conformément aux articles 44 à 50 de la Convention. Cette disposition répond à l'un des objectifs fondamentaux de la Convention, qui est de "*promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale ... aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci*" (art. 1 b) de la Convention). La portée de la coopération internationale en matière pénale envisagée au Chapitre IV de la Convention s'étend non seulement aux formes "traditionnelles" de coopération, comme la coopération entre services de police et l'extradition et l'entraide judiciaire, mais aussi à des formes relativement nouvelles de justice pénale internationale, par exemple le transfert de procédures pénales, l'assistance pour la création d'organes conjoints d'enquête et de coopération visant à promouvoir une utilisation appropriée des méthodes spéciales d'enquête.

Le paragraphe 1 de l'article 43 permet également aux États parties d'élargir la coopération de manière à englober non seulement les questions pénales mais aussi les aspects civils et administratifs de la lutte contre la corruption. La référence expresse qui est faite dans cet article à la possibilité d'utiliser des mécanismes de coopération internationale pour faciliter les enquêtes et les poursuites en rapport avec des affaires civiles et administratives est un élément significatif. D'une part, l'action civile a toujours été considérée comme complétant l'action pénale. Les réclamations en matière civile sont habituellement fondées sur le droit des biens ou le droit de la responsabilité et tendent principalement à obtenir une indemnisation du dommage causé par les

comportements criminels. En outre, en raison des difficultés découlant de la nature et des exigences de la procédures pénales, beaucoup de juristes considèrent la formule d'une action civile comme une solution de remplacement viable concernant la lutte contre la corruption dans certaines circonstances, surtout lorsqu'une action pénale ne peut pas être introduite (par exemple par suite de décès, d'absences, d'immunités ou, d'une manière générale, de l'impossibilité de traduire les défendeurs devant une juridiction pénale). En outre, le paragraphe 1 de l'article 43 doit être lu dans le contexte de l'article 53 de la Convention, qui permet aux États parties de prendre des mesures visant à recouvrer directement les biens acquis à la suite d'actes de corruption en faisant aux États parties, entre autres, l'obligation de faire en sorte que les autres États puissent engager devant leurs tribunaux une action civile en vue de faire reconnaître l'existence d'un droit de propriété sur les biens acquis au moyen d'une autre action.

Par ailleurs, la Convention étend l'application de ses dispositions relatives à la coopération internationale aux procédures administratives liées à des actes de corruption. Ainsi, les mécanismes d'entraide peuvent être utilisés non seulement en matière pénale mais aussi pour faciliter les procédures de caractère administratif. Il pourra s'agir par exemple des procédures intentées par l'administration d'un État à propos d'actes qui sont passibles de sanctions en vertu de la législation nationale de l'État requérant comme de l'État requis, la décision à prendre pouvant déboucher sur l'ouverture d'une procédure devant une juridiction pénale compétente en matière de corruption. Cela est important non seulement lorsque l'infraction est indissociable de la violation de la réglementation applicable mais aussi lorsqu'une personne morale passible de sanctions administratives se trouve impliquée dans l'une des infractions établies conformément à la Convention (voir l'article 26 de la Convention). À des fins de comparaison, il y a lieu de noter que le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne relative à l'entraide en matière pénale de 2001 s'applique également aux procédures administratives pouvant déboucher sur une procédure devant un tribunal ayant compétence en matière pénale (paragraphe 3 de l'article premier de la Convention). Des dispositions semblables figurent dans la Convention relative à l'entraide en matière pénale conclue en 2000 sous l'égide de l'Union européenne (paragraphe 1 de l'article 3).

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

Traditionnellement, la coopération internationale a été régie par des traités ou accords bilatéraux, régionaux et internationaux. Dans certains cas, une coopération peut être possible même en l'absence de traités, sur la base de la législation nationale, de la réciprocité ou de la courtoisie. Les questions concernant le fondement juridique de la coopération varient selon la pratique suivie par les autorités nationales et, parfois, selon la question en cause.

Même lorsque les États sont résolus à promouvoir une coopération internationale efficace pour combattre la corruption, il se pose dans la pratique un grand nombre de problèmes et de difficultés qui doivent être réalisés si l'on

veut que cette coopération soit à la fois efficiente et efficace. Ces difficultés peuvent tenir à l'absence de cadres juridiques appropriés et adéquats qui puissent aider les États parties à s'acquitter de leurs obligations conventionnelles, à l'existence de procédures excessivement complexes, lourdes et formalistes qui empêchent la fourniture rapide d'une assistance ainsi qu'au manque de ressources ou de personnel expérimenté et aux capacités institutionnelles limitées qui sont disponibles pour promouvoir la coopération.

Les États parties sont invités à tenir compte de toutes les questions juridiques et pratiques qui peuvent surgir dans l'application du paragraphe 1 de l'article 43. En tout état de cause, il est clair que cette disposition est censée être interprétée et appliquée largement. Les juristes et les autorités compétentes des États parties devront avoir en vue que l'esprit et les principes directeurs qui sont reflétés au paragraphe 1 de l'article 43 ainsi qu'à l'alinéa b) de l'article premier de la Convention doivent présider à l'application des dispositions de très large portée que comporte le Chapitre IV en matière de coopération internationale et permettre une application effective de ces dispositions grâce à une interprétation à la fois large et flexible.

### *II.1. Le problème spécifique de la double incrimination*

Le paragraphe 2 de l'article 43 traite de la question spécifique de la "double incrimination", qui a toujours été considérée comme un principe fondamental de la coopération internationale, surtout lorsqu'il s'agit d'extradition. Selon ce principe, les États parties sont tenus d'extrader les personnes cherchant à se soustraire à la justice ou de fournir une assistance pour l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites concernant des infractions commises en dehors de leur territoire, à condition que ces infractions soient également criminalisées par leur propre législation. Dans le contexte du droit et de la pratique de l'extradition en particulier, l'évolution de la pratique conventionnelle reflète une tentative de parer aux difficultés liées à l'application du principe de double incrimination. Ainsi, il a été instauré dans différents traités et conventions des dispositions de caractère général reflétant une approche énumérative qui, plutôt que d'établir une liste d'actes et d'exiger que ceux-ci soient incriminés par la législation des deux États intéressés, permette simplement l'extradition pour tout acte érigé en infraction dès lors que celui-ci est passible d'une sanction d'une gravité minimum dans chaque État. Établir ainsi la double incrimination évite la nécessité de renégocier un traité ou de le compléter si les deux États ont promulgué des lois réprimant un nouveau type d'activité criminelle ou si, par inadvertance, la liste des actes pouvant donner lieu à extradition figurant dans un traité n'englobe pas un type important d'activité criminelle sanctionnée par les deux États.

Le paragraphe 2 de l'article 43 va plus loin en stipulant que chaque fois que la double incrimination est considérée comme une condition, celle-ci est réputée remplie dès lors que les deux États intéressés considèrent l'acte ayant donné lieu à la demande de coopération comme une infraction, sans égard à la qualification juridique de l'infraction ou de la catégorie d'actes dont relève l'infraction. En

stipulant clairement que l'infraction sous-jacente n'a pas à être qualifiée ou désignée de la même façon par les deux États parties, la Convention introduit une clause explicative qui renforce la norme générale de double incrimination. Ce faisant, elle minimise expressément l'importance des termes spécifiques employés par la loi pour sanctionner certains types de comportement et encourage l'application d'une approche plus pragmatique s'agissant de savoir si les faits constitutifs de l'infraction sont passibles de sanctions dans les deux États contractants, même s'ils relèvent de catégories désignées de façon différente par leurs législations respectives. Il s'agit là d'une tentative de faciliter la coopération internationale lorsque l'État partie requis ne reconnaît pas intégralement comme une infraction l'acte ayant donné lieu à la demande. Bien que, dans certains cas, l'État partie requis puisse chercher à établir si sa législation prévoit une infraction équivalant à celle qui a donné lieu à la demande de coopération internationale ou d'assistance (c'est-à-dire est passible d'une peine dépassant un seuil prédéterminé), la Convention exige clairement que l'État partie adopte une interprétation large. Il y a lieu de noter que le Traité type d'extradition adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/116 puis modifié par l'Assemblée par sa résolution 52/88 comprend une disposition semblable (paragraphe 2 de l'article 2) qui prévoit qu'aux fins de l'application du principe de double incrimination, l'infraction est prise en considération quelle que soit sa qualification ou sa désignation en vertu de la législation de l'État requis et de l'État requérant.

## *II.2. Rôle d'une autorité centrale ou d'une autre autorité compétente*

Si, de plus en plus, chacun s'accorde à reconnaître qu'il convient, pour parer à certaines des difficultés rencontrées, de mettre en place un cadre juridique et institutionnel national fonctionnel permettant de centraliser la procédure, il convient de s'interroger sur la question de savoir s'il y a lieu de mettre en place une autorité centrale (pour l'entraide judiciaire, voir le paragraphe 13 de l'article 46 de la Convention) ou une autre autorité compétente (pour les autres formes de coopération internationale, y compris l'extradition) et de définir son rôle et son interaction aussi bien avec des autorités nationales qu'avec les autorités des autres États parties. Il pourra être bon, par exemple, de préciser si une telle autorité centrale ou si ces autorités compétentes devront intervenir à tous les stades de la coopération internationale et si elles devront être chargées de recevoir les demandes de coopération et d'y donner suite ou bien de les transmettre pour exécution aux autorités ou organes responsables. D'une manière générale, il faut délimiter de manière précise les attributions de ces autorités afin d'uniformiser les pratiques en matière de coopération internationale et d'éviter, dans toute la mesure du possible, d'ajouter un autre niveau encore à l'administration sans pour autant améliorer l'efficacité de son fonctionnement. Pour déterminer les politiques et procédures à suivre en vue de faciliter une coopération plus efficace conformément au paragraphe 1 de l'article 43, les États parties devront déterminer si les ressources et les compétences dont disposent leurs autorités centrales sont effectivement de nature

à renforcer les mécanismes de coopération internationale prévus par la Convention.

Dans le contexte des enquêtes sur les actes de corruption, en particulier, dans le cas desquelles l'assistance d'un autre État est indispensable, il pourra être bon de désigner les autorités centrales chargées de faciliter les contacts opérationnels et la coopération entre les autorités chargées de l'enquête ou de l'affaire, surtout lorsque sont menées simultanément d'autres procédures ou des investigations parallèles se rapportant à des actes comme le blanchiment d'argent. Il faut incontestablement, dès le début d'une enquête, encourager des rapports directs entre les autorités judiciaires et les services d'enquête des différents États parties. De même, les autorités centrales et autorités compétentes appelées à intervenir lorsqu'une coopération internationale s'impose peuvent constituer le cadre opérationnel nécessaire pour faciliter les contacts et la coordination entre les organes chargés de la lutte contre la corruption et les services de détection et de répression des États parties coopérants dans les domaines relevant de leurs compétences respectives.

### *II.3. Cadres de coopération*

Comme indiqué ci-dessus, l'obligation fondamentale qui incombe aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 43 consiste à revoir soigneusement, dans une optique aussi large que possible, le cadre juridique et institutionnel mis en place pour promouvoir la coopération internationale. Les États parties doivent examiner la question de savoir 'il faut adopter de nouvelles lois ou mettre en place des procédures plus rationnelles à cet effet et, dans tous les cas, renforcer les mécanismes de communication entre eux afin de faciliter l'assistance la plus large possible aux fins des investigations et des enquêtes, des poursuites et des actions judiciaires concernant des cas de corruption. L'on trouve de nombreux exemples de bonne pratique de coopération internationale, comme le Southern African Forum against Corruption (SAFAC), qui marque l'aboutissement d'une série de tables rondes dont la première a eu lieu en 1998 à Mashatu. Sont actuellement membres du SAFAC les organismes anticorruption de l'Angola, du Botswana, du Lesotho, du Malawi, de Maurice, du Mozambique, de la Namibie, de la République démocratique du Congo, du Swaziland, de la République-Unie de Tanzanie, de la Zambie et du Zimbabwe. Le SAFAC permet à ces organismes de coopérer et de s'entraider pour faire échec à la corruption aux échelons régional et international (par exemple dans le cadre du Programme régional de lutte contre la corruption mené sous l'égide de la SADC). Cette question fait l'objet de dispositions plus détaillées aux articles 46 et 59. Un autre exemple est l'Initiative Banque asiatique de développement – OCDE pour la lutte contre la corruption en Asie et dans le Pacifique, à laquelle participent 28 pays de la région. Depuis 2005, l'une des priorités de cette Initiative a été de surmonter les obstacles qui nuisent à l'efficacité de la coopération internationale. À cette fin, il a été entrepris une analyse thématique approfondie des pratiques et des cadres institutionnels mis en place pour promouvoir l'entraide en matière judiciaire, l'extradition et le recouvrement des avoirs dans les 27 pays d'Asie et du

Pacifique qui participaient alors à l'Initiative. Il a également été organisé en septembre 2007 un séminaire international sur le resserrement de la coopération entre pays membres.

#### *II.4. Mobilisation de ressources et solutions des problèmes pratiques dans le domaine de la coopération internationale en matière pénale*

Même lorsque des partenariats et des mécanismes de coopération internationale ont été mis en place, les enquêtes sur des infractions complexes comportant fréquemment des éléments transnationaux comme la corruption exigent une coopération particulièrement étroite et soutenue entre les systèmes de justice pénale et les services de détection et de répression des États intéressés. De nombreux États parties devront par conséquent mobiliser les ressources humaines et financières nécessaires et mettre en place le matériel et l'infrastructure requis. Ils devront notamment disposer de praticiens, de juristes, d'enquêteurs et d'analystes financiers, auxquels seront confiées les affaires exigeant des enquêtes délicates et intensives, une bonne connaissance des méthodes bancaires et des techniques d'audit et le recours à des informateurs et à des témoins vulnérables. S'il ne dispose pas de personnel approprié, il se peut même que l'État partie ne puisse pas rédiger les lois d'habilitation nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions du Chapitre IV de la Convention.

Il se peut aussi que certains États parties aient peine à faire face à un grand nombre de requêtes, qu'elles soient formelles ou informelles. Pour éviter d'être noyés par un trop grand nombre de demandes et de ployer sous le fardeau que représenterait alors la coopération internationale, les États parties doivent se consulter à l'avance afin d'identifier les mesures à adopter pour atténuer ou surmonter le problème. L'une de ces mesures peut consister à limiter le nombre de demandes d'assistance en définissant certains seuils et critères d'acceptation, par exemple en mettant l'accent sur la gravité de l'infraction en cause ou la valeur du produit de l'infraction. D'autres difficultés sont liées aux dépenses à prévoir pour l'exécution des demandes d'extradition ou d'entraide en matière judiciaire ainsi qu'aux retards avec lesquels sont exécutées de telles demandes, lesquels peuvent parfois même équivaloir à un refus d'assistance. L'une des solutions pouvant être envisagées pour y remédier pourra consister à conclure des arrangements de participation aux coûts stipulant que l'État requérant devra prendre à sa charge, par exemple, les coûts de traduction des documents, de la fourniture de personnel et du recrutement de juristes ainsi que les coûts importants ou extraordinaires, comme les dépenses afférentes à l'organisation d'une vidéoconférence.

Sur un plan plus systématique, il serait bon que les États parties concluent des accords ou arrangements bilatéraux concernant l'affectation d'agents de liaison auprès des autorités centrales des pays de la région ou des pays appelés à jouer un rôle de pivot dans une région ou sur un continent déterminé lorsque le nombre de demandes de coopération ou la valeur représentée par les affaires pour lesquelles une coopération est demandée le justifie (voir également le paragraphe 1 e) de l'article 48 de la Convention). De tels agents de liaison

peuvent faciliter la coopération internationale en maintenant des contacts directs avec les autorités compétentes de l'État hôte, en nouant des relations professionnelles et en encourageant la confiance mutuelle entre les institutions des deux États parties intéressés. Bien qu'ils ne disposent d'aucun pouvoir sur le territoire de l'État hôte, ils peuvent néanmoins exploiter leurs contacts afin de rassembler des informations qui peuvent être utiles pour prévenir et détecter des cas de corruption, identifier les coupables et les traduire en justice. Ils peuvent également exploiter ces contacts pour donner des avis aux services de détection et de répression et au Ministère public de l'État hôte ainsi qu'à leurs propres autorités nationales au sujet de la formulation d'une demande d'assistance. Lorsqu'une telle demande a été présentée, les agents de liaison peuvent alors suivre l'affaire pour veiller à ce que la demande soit exécutée opportunément, et rendre compte de l'avancement de l'affaire ou, le cas échéant, s'enquérir des raisons de tout retard éventuel. Cela est particulièrement utile lorsque les systèmes juridiques des deux États parties sont très différents.

### *II.5. Renforcement des capacités*

Au paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention, les États parties sont invités à envisager, dans leurs plans et programmes nationaux de lutte contre la corruption, de s'accorder, selon leurs capacités, l'assistance technique la plus étendue, en particulier au profit des pays en développement, ainsi qu'une formation et une assistance, et l'échange mutuel de données d'expérience pertinentes et de connaissances spécialisées, ce qui facilitera la coopération internationale entre États parties dans les domaines de l'extradition et de l'entraide judiciaire.

Les programmes de formation, en tant qu'éléments faisant partie intégrante de cette assistance, pourront porter sur la législation, les procédures et les pratiques applicables aux enquêtes et aux poursuites concernant des cas de corruption, y compris les investigations financières, et ils pourront être menés à bien par le biais d'une large gamme d'activités, comme les suivantes:

- Conférences et exposés de responsables de la lutte contre la corruption dans le cadre des cours de formation ordinaires ou des ateliers organisés à l'intention du personnel des services de détection et de répression et du Ministère public, des magistrats ou d'autres officiers de justice;
- Organisation aux plans national, régional et interrégional d'ateliers consacrés à la coopération internationale, plus particulièrement à l'intention des juges, procureurs, membres du personnel des services de détection et de répression et autres agents intéressés, l'accent étant mis sur les cas problématiques et le cadre institutionnel et juridique à appliquer à la solution de questions connexes;
- Formation des juges et des procureurs afin de les préparer à donner suite aux demandes de production ou de fourniture d'éléments de preuve, d'extradition ou de saisie et de confiscation du produit de la corruption;

- Organisation de voyages d'études à l'intention de ces professionnels;
- Introduction de matières concernant la coopération internationale dans les programmes de formation de base des membres du personnel juridique et du personnel des services de détection et de répression;
- Formation et sensibilisation aux dispositions de la Convention relatives à la criminalisation de la corruption et à la coopération internationale.

Cette formation devra être complétée par une diffusion aussi large que possible des matériels et outils pédagogiques qui contiennent des indications concernant les cadres juridiques, institutionnels et pratiques visant à promouvoir la coopération internationale, et notamment:

- Le Traité type d'extradition;
- Le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale;
- La Loi type sur l'extradition (2004);
- La Loi type sur l'entraide judiciaire en matière pénale (2007);
- Le Report on Effective Extradition Casework;
- Le Report on Mutual Legal Assistance Casework Best Practice.

### **III. Liste de contrôle**

- Quel est le fondement juridique sur lequel se basent les autorités des États parties lorsqu'une coopération internationale est demandée ou requise?
- Lorsque la coopération est fondée sur un traité, l'État partie utilise-t-il la Convention comme base juridique pour présenter ou exécuter des demandes de coopération internationale? L'État partie a-t-il conclu des accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux en vue de donner effet aux dispositions de la Convention relatives à la Convention ou d'en faciliter l'application?
- L'État partie a-t-il désigné l'autorité centrale ou quelque autre autorité compétente pour donner suite aux demandes de coopération internationale?
- Cette autorité dispose-t-elle des compétences, des ressources financières et des moyens technologiques voulus pour pouvoir donner suite aux demandes de coopération internationale?
- Existe-t-il des mécanismes permettant à cette autorité et à ses homologues d'autres pays de communiquer pour coordonner leur action et trouver des solutions aux problèmes opérationnels et pratiques liées à la coopération internationale?

## Article 44: Extradition

1. *Le présent article s'applique aux infractions établies conformément à la présente Convention lorsque la personne faisant l'objet de la demande d'extradition se trouve sur le territoire de l'État partie requis, à condition que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée soit punissable par le droit interne de l'État partie requérant et de l'État partie requis.*

2. *Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, un État partie dont la législation le permet peut accorder l'extradition d'une personne pour l'une quelconque des infractions visées par la présente Convention qui ne sont pas punissables en vertu de son droit interne.*

3. *Si la demande d'extradition porte sur plusieurs infractions distinctes, dont au moins une donne lieu à extradition en vertu du présent article et dont certaines ne donnent pas lieu à extradition en raison de la durée de l'emprisonnement mais ont un lien avec des infractions établies conformément à la présente Convention, l'État partie requis peut appliquer le présent article également à ces infractions.*

4. *Chacune des infractions auxquelles s'applique le présent article est de plein droit incluse dans tout traité d'extradition en vigueur entre les États parties en tant qu'infraction dont l'auteur peut être extradé. Les États parties s'engagent à inclure ces infractions en tant qu'infractions dont l'auteur peut être extradé dans tout traité d'extradition qu'ils concluront entre eux. Un État partie dont la législation le permet, lorsqu'il se fonde sur la présente Convention pour l'extradition, ne considère aucune des infractions établies conformément à la présente Convention comme une infraction politique.*

5. *Si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'un État partie avec lequel il n'a pas conclu pareil traité, il peut considérer la présente Convention comme la base légale de l'extradition pour les infractions auxquelles le présent article s'applique.*

6. *Un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité:*

a) *Au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention, indique au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'il considère la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition avec d'autres États parties; et*

b) *S'il ne considère pas la présente Convention comme la base légale pour coopérer en matière d'extradition, s'efforce, s'il y a lieu, de conclure des traités d'extradition avec d'autres États parties afin d'appliquer le présent article.*

7. *Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent entre eux aux infractions auxquelles le présent article s'applique le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé.*

8. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l'État partie requis ou par les traités d'extradition applicables, y compris, notamment, aux conditions concernant la peine minimale requise pour extraditer et aux motifs pour lesquels l'État partie requis peut refuser l'extradition.

9. Les États parties s'efforcent, sous réserve de leur droit interne, d'accélérer les procédures d'extradition et de simplifier les exigences en matière de preuve y relatives en ce qui concerne les infractions auxquelles s'applique le présent article.

10. Sous réserve des dispositions de son droit interne et des traités d'extradition qu'il a conclus, l'État partie requis peut, à la demande de l'État partie requérant et s'il estime que les circonstances le justifient et qu'il y a urgence, placer en détention une personne présente sur son territoire dont l'extradition est demandée ou prendre à son égard d'autres mesures appropriées pour assurer sa présence lors de la procédure d'extradition.

11. Un État partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction, s'il n'extrade pas cette personne au titre d'une infraction à laquelle s'applique le présent article au seul motif qu'elle est l'un de ses ressortissants, est tenu, à la demande de l'État partie requérant l'extradition, de soumettre l'affaire sans retard excessif à ses autorités compétentes aux fins de poursuites. Lesdites autorités prennent leur décision et mènent les poursuites de la même manière que pour toute autre infraction grave en vertu du droit interne de cet État partie. Les États parties intéressés coopèrent entre eux, notamment en matière de procédure et de preuve, afin d'assurer l'efficacité des poursuites.

12. Lorsqu'un État partie, en vertu de son droit interne, n'est autorisé à extraditer ou remettre de toute autre manière l'un de ses ressortissants que si cette personne est ensuite renvoyée sur son territoire pour purger la peine prononcée à l'issue du procès ou de la procédure à l'origine de la demande d'extradition ou de remise, et lorsque cet État partie et l'État partie requérant s'accordent sur cette option et d'autres conditions qu'ils peuvent juger appropriées, cette extradition ou remise conditionnelle est suffisante aux fins de l'exécution de l'obligation énoncée au paragraphe 11 du présent article.

13. Si l'extradition, demandée aux fins d'exécution d'une peine, est refusée parce que la personne faisant l'objet de cette demande est un ressortissant de l'État partie requis, celui-ci, si son droit interne le lui permet, en conformité avec les prescriptions de ce droit et à la demande de l'État partie requérant, envisage de faire exécuter lui-même la peine prononcée conformément au droit interne de l'État partie requérant, ou le reliquat de cette peine.

14. Toute personne faisant l'objet de poursuites en raison de l'une quelconque des infractions auxquelles le présent article s'applique se voit garantir un traitement équitable à tous les stades de la procédure, y compris la jouissance de tous les droits et de toutes les garanties prévus par le droit interne de l'État partie sur le territoire duquel elle se trouve.

15. *Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'État partie requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne 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 donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons.*

16. *Les États parties ne peuvent refuser une demande d'extradition au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales.*

17. *Avant de refuser l'extradition, l'État partie requis consulte, s'il y a lieu, l'État partie requérant afin de lui donner toute possibilité de présenter ses opinions et de fournir des informations à l'appui de ses allégations.*

18. *Les États parties s'efforcent de conclure des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux pour permettre l'extradition ou pour en accroître l'efficacité.*

## **I. Contexte**

L'extradition est une forme traditionnelle de coopération internationale et est définie comme étant la procédure à suivre dans l'État requis pour remettre une personne qui cherche à se soustraire à la loi à l'État requérant en vue de poursuites ou de l'exécution d'une peine.

Le processus d'extradition est techniquement complexe et comporte normalement plusieurs étapes de caractère aussi bien judiciaire qu'administratif. L'État requérant se met en rapport avec l'État partie requis, identifie le délinquant et doit habituellement fournir des éléments de preuve crédibles selon lesquels la personne recherchée a commis l'infraction du chef de laquelle l'extradition est demandée. L'État requérant n'a pas à communiquer l'intégralité du dossier pénal mais doit au moins fournir des informations pouvant constituer une preuve suffisante à l'appui de sa demande d'extradition. Cette norme de preuve varie selon les approches et pratiques suivies dans les systèmes de *common law* et les systèmes de tradition romaniste et peuvent aller de l'établissement d'une présomption de culpabilité ou d'autres règles moins strictes à la notion selon laquelle l'information figurant dans les documents d'extradition suffit à étayer la demande.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Problèmes actuels*

En théorie, si la demande d'extradition lui paraît fondée, l'État requis arrête et détient le délinquant, mène une procédure judiciaire et/ou administrative durant laquelle le délinquant peut contester la demande d'extradition et, lorsqu'il est établi que la personne recherchée peut être extradée, l'extrade à l'État

requérant. Dans la pratique, cependant, plusieurs obstacles et difficultés pratiques entravent ou prolongent fréquemment la procédure d'extradition.

Souvent, les deux États connaissent mal le droit international et la pratique nationale et internationale en matière d'extradition ou les motifs pouvant justifier le refus d'extradition, ainsi que les moyens qui permettraient d'améliorer et d'accélérer la procédure d'extradition et les autres options qui peuvent être envisagées, plutôt qu'une extradition, pour éviter que l'infraction commise reste impunie.

En outre, comme indiqué ci-dessus, l'État requérant peut ne pas être familiarisé avec les normes de preuve différentes qui s'appliquent dans l'État requis, ce qui peut entraîner des retards et des difficultés dans la procédure d'extradition.

Différentes questions de procédure peuvent également susciter des difficultés pratiques, par exemple:

- Des problèmes linguistiques: la traduction des demandes d'extradition et des pièces justificatives est coûteuse;
- Des délais serrés, donnant fréquemment lieu à de sérieuses erreurs d'interprétation;
- Des problèmes de communication et de coordination, aussi bien entre les autorités compétentes des États coopérants qu'au plan national;
- Un coût excessif pour l'État requérant comme pour l'État requis, ce qui peut compromettre l'efficacité et l'efficacité de la procédure.

## *II.2. Un contexte changeant*

Les tendances récentes du droit de l'extradition ont été un assouplissement de l'application de certains motifs de refus des demandes d'extradition. De nombreux États, par exemple, paraissent moins répuvés à extraditer leurs propres ressortissants. La Convention contient une disposition reflétant cette tendance: le paragraphe 12 de l'article 44 envisage la possibilité d'une remise temporaire de la personne recherchée à condition qu'elle lui sera ensuite renvoyée pour purger la peine prononcée. Lorsque l'État requis refuse d'extrader une personne pour le seul motif qu'il s'agit d'un de ses ressortissants, il est tenu de la traduire en justice (paragraphe 11 de l'article 44). C'est là une illustration du principe *aut dedere aut judicare* (extrader ou poursuivre) et exige en outre l'établissement d'une base de compétence appropriée (voir le paragraphe 3 de l'article 42). Lorsque l'extradition est demandée en vue de l'exécution d'une peine, l'État requis peut également faire exécuter la peine imposée conformément aux dispositions de son droit interne (paragraphe 13 de l'article 44).

En outre, certains faits nouveaux portent à penser que les États essaient de limiter l'application ou même de supprimer l'exception fondée sur le caractère politique de l'infraction. Le texte initial du Traité type d'extradition, tel

qu'adopté en 1990, prévoyait clairement cette exception en tant que motif péremptoire de refus (art. 3 a)). La version révisée comporte une restriction visant à faire en sorte que l'exception fondée sur le caractère politique de l'infraction ne soit pas applicable en cas de crimes graves à propos desquels les États parties ont assumé l'obligation, en vertu d'une quelconque convention multilatérale, d'entamer des poursuites s'ils refusaient l'extradition. De plus, la recrudescence du terrorisme international a amené les États parties à se montrer davantage disposés à limiter l'application de l'exception fondée sur le caractère politique de l'infraction, qui n'est généralement plus applicable dans le cas de crimes contre le droit international. Il se peut que plusieurs États refusent d'extrader les personnes invoquant la motivation politique de l'infraction alléguée (par exemple un ancien dirigeant politique vivant à l'étranger), mais cette exception n'est généralement plus applicable aux crimes odieux que les États se sont engagés en vertu d'une convention multilatérale à sanctionner s'ils n'extradent pas leurs auteurs. Il apparaît également, semble-t-il, une tendance à l'exclusion des crimes violents.

La Convention stipule que la motivation politique de l'infraction ne peut pas être invoquée lorsqu'elle est utilisée comme fondement juridique de l'extradition (paragraphe 4 de l'article 44).

### *II.3. Mise en place du cadre juridique de l'extradition*

Les États devront s'employer à élargir le réseau de leurs traités d'extradition et/ou à modifier leur législation dans ce domaine afin qu'il existe un cadre juridique approprié de nature à faciliter l'extradition. La Convention, en particulier, essaie de fixer une norme minimum pour l'extradition et stipule que les États parties qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité doivent faire savoir si la Convention peut être utilisée comme fondement juridique en matière d'extradition et, dans la négative, doivent conclure des traités afin de mettre en œuvre l'article 44 de la Convention (par. 6 b)) ainsi que les accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux en la matière afin de renforcer l'efficacité de l'extradition (paragraphe 18 de l'article 44). Les États parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité sont tenus par la Convention de reconnaître entre eux aux infractions auxquelles s'applique la Convention le caractère d'infraction dont l'auteur peut être extradé (art. 44, par. 7).

La Convention permet également de déroger à la règle de double incrimination en stipulant qu'un État partie dont la législation le permet peut accorder l'extradition d'une personne pour l'une quelconque des infractions visées par la Convention qui ne sont pas punissables en vertu de son propre droit interne (voir le paragraphe 2 de l'article 44).

Comme dans le cas de plusieurs autres articles de la Convention, il se peut que certaines modifications doivent être apportées à la législation en vigueur. Selon la mesure dans laquelle le droit interne et les traités existants réglementent déjà l'extradition, il pourra être nécessaire de mettre en place des cadres

totalement nouveaux ou bien simplement d'élargir ou de modifier les cadres existants de manière que ceux-ci soient applicables à de nouvelles infractions, conformément à la Convention. Généralement, les dispositions relatives à l'extradition sont conçues de sorte que la Convention appuie et complète, plutôt que de les affecter, les arrangements préexistants en matière d'extradition.

Il importe cependant de noter qu'indépendamment de la signature de nouveaux traités par les États, plusieurs conventions consacrées à des infractions spécifiques contiennent des dispositions relatives à l'extradition (voir par exemple la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1997 (art. 10) ou la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 16)). En outre, plusieurs instruments régionaux concernant spécifiquement l'extradition ont été conclus afin de promouvoir cette forme de coopération entre les États parties; l'on peut citer par exemple la Convention interaméricaine d'extradition, la Convention européenne d'extradition et ses Protocoles additionnels, la Convention d'extradition conclue sous les auspices de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest, le Commonwealth Scheme for the Rendition of Fugitive Offenders (1966, tel que modifié en 1990) et l'Accord d'extradition conclu sous l'égide de la Ligue des États arabes (1952).

#### *II.4. Amélioration des procédures*

Les États parties voudront peut-être envisager d'adopter des mesures afin de simplifier et d'améliorer la procédure d'extradition, notamment au moyen de systèmes d'aval ou de reconnaissance de mandats d'arrêt étrangers. L'aval d'un mandat d'arrêt est une procédure simplifiée de remise des personnes recherchées entre États qui représente une étape relativement récente de l'évolution du droit de l'extradition. Selon les systèmes de reconnaissance mutuelle des mandats d'arrêt, les mandats délivrés par une autorité compétente d'un État sont reconnus dans un ou plusieurs autres États, qui s'engagent à les exécuter. L'un des meilleurs exemples d'un tel système est le Commonwealth Scheme, qui s'applique principalement aux États parties qui ont un système de *common law*. Des variantes de ce système existent entre des pays comme Singapour, la Malaisie et le Brunei; l'Australie et la Nouvelle-Zélande; le Royaume-Uni et certaines îles de la Manche. Au début de 2004, l'Union européenne a commencé à appliquer une nouvelle procédure lorsqu'elle a introduit le mandat d'arrêt européen, qui remplace en fait la procédure traditionnelle d'extradition entre les États membres de l'Union.

La Décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et les procédures de remise entre États membres de l'Union européenne (le mandat d'arrêt européen a été introduit par le Conseil de l'Union européenne le 13 juin 2002) sont fondées sur le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, qui est considéré comme la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'Union européenne. Ce principe s'applique aussi bien aux jugements qu'aux autres catégories de décisions des autorités judiciaires. La Décision-cadre définit le "mandat d'arrêt européen" comme toute décision

judiciaire rendue dans un État membre en vue d'obtenir l'arrestation ou la remise de la personne recherchée par un autre État membre afin de mener des poursuites pénales ou d'exécuter une peine privative de liberté ou une ordonnance de détention (paragraphe 1 de l'article premier). Un mandat d'arrêt européen peut être délivré pour des actes sanctionnés, conformément à la législation de l'État membre qui l'a délivré, par une peine privative de liberté dont le maximum est fixé à 12 mois au moins ou, lorsqu'une condamnation a été présentée et qu'il a été rendu une ordonnance de détention, d'une peine d'une durée d'au moins 4 mois (paragraphe 1 de l'article 2).

Le mandat d'arrêt européen remplace les procédures traditionnelles d'extradition entre les États membres de l'UE, qui appliqueront désormais un système simplifié et rapide fondé sur des mandats d'arrêt communs, l'intention étant de simplifier et d'accélérer les procédures de remise entre eux, comme si tous ces États ne constituaient qu'un seul et même pays. Le mandat d'arrêt européen a introduit plusieurs procédures novatrices:

- *Procédures accélérées*: La décision finale concernant l'exécution du mandat d'arrêt européen doit être adoptée dans un délai maximum de 90 jours suivant l'arrestation de la personne requise. Si cette personne consent à sa remise, la décision doit être adoptée dans les 10 jours suivant l'assentiment de l'intéressé (art. 17).
- *Suppression de la règle de double incrimination dans les cas prescrits*: Le principe de double incrimination, profondément enraciné dans le droit traditionnel de l'extradition, n'est plus applicable dans le cas de 32 infractions qui, selon le paragraphe 2 de l'article 2 de la Décision-cadre, doivent être passibles dans l'État membre ayant émis le mandat d'une peine maximum d'au moins trois ans de prison et doivent être définies par la législation de cet État. Ces infractions comprennent, notamment, la corruption et le blanchiment du produit du crime. Dans le cas des infractions qui ne figurent pas sur cette liste ou dans le cas desquelles le seuil des trois ans n'est pas atteint, le principe de double incrimination demeure applicable (paragraphe 4 de l'article 2).
- *"Judiciarisation" de la remise*: La nouvelle procédure de remise fondée sur le mandat d'arrêt européen ne relève plus de l'exécutif mais désormais de l'ordre judiciaire. Les autorités ayant émis le mandat d'arrêt comme celles qui sont appelées à l'exécuter sont considérées comme étant des autorités judiciaires ayant compétence pour délivrer et exécuter un mandat d'arrêt européen en vertu de la législation de l'État membre intéressé (art. 6). En conséquence, comme la procédure d'exécution d'un mandat d'arrêt européen a essentiellement un caractère judiciaire, elle supprime l'étape administrative inhérente à la procédure d'extradition, c'est-à-dire la compétence qu'avait l'exécutif de prendre la décision finale concernant la remise de la personne demandée par l'État requérant.
- *Remise de nationaux*: Les États membres de l'Union européenne ne peuvent plus refuser de remettre leurs propres nationaux. La Décision-cadre ne considère pas la nationalité comme un motif obligatoire ou facultatif de

refus. En outre, le paragraphe 3 de l'article 5 prévoit la possibilité de subordonner l'exécution à une garantie selon laquelle, après condamnation, la personne requise sera renvoyée à l'État dont elle a la nationalité pour y purger sa peine.

- *Élimination de l'exception tenant au caractère politique de l'infraction:* Cette exception n'est pas mentionnée comme motif obligatoire ou facultatif de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Seul l'élément restant de cette exception figure dans les considérants du préambule de la Décision-cadre (douzième considérant) et revêt la forme d'une version modernisée d'une clause de non-discrimination.
- *Dérogation supplémentaire à la règle de spécialité:* Le paragraphe 1 de l'article 27 de la Décision-cadre permet aux États membres de notifier au Secrétariat général du Conseil que, dans leurs relations avec les autres États membres ayant procédé à la même notification, le consentement aux poursuites, à la condamnation et à la détention en vue de l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'une ordonnance de détention du chef d'une infraction commise avant la remise, autre que celle pour laquelle la personne en question a été remise, sera présumé.

Depuis janvier 2004, le mandat d'arrêt européen remplace également les traités et accords d'extradition existants entre les États membres de l'UE (dans la mesure où ils se rapportent à l'extradition, ces traités et accords comprennent notamment la Convention européenne d'extradition de 1957 et ses Protocoles; la Convention européenne de 1978 pour la répression du terrorisme; l'Accord de 1989 entre les 12 pays qui étaient alors membres de l'UE concernant la simplification de la procédure de transmission des demandes d'extradition; les dispositions pertinentes de l'Accord de Schengen de 1990; la Convention simplifiée d'extradition de 1995; et la Convention d'extradition de 1996). Néanmoins, ces États pourront conclure d'autres accords bilatéraux ou multilatéraux pour simplifier ou faciliter encore plus les procédures de remise.

En dépit d'un retard initial indéniable, le mandat d'arrêt européen est aujourd'hui opérationnel dans la plupart des domaines envisagés. Il a eu un impact positif étant donné que le contrôle, l'efficacité et la rapidité de la procédure judiciaire se sont améliorés tandis que, pour l'essentiel, les droits fondamentaux sont respectés. En ce qui concerne la rapidité avec laquelle il est procédé à la remise des personnes recherchées, l'on estime à ce stade que, depuis l'entrée en vigueur de la Décision-cadre, le temps qu'il faut employer pour exécuter un mandat d'arrêt est tombé de plus de 9 mois à 43 jours, chiffre qui ne comprend pas les cas fréquents dans lesquels l'intéressé consent à sa remise, le délai moyen étant en l'occurrence de 13 jours. Ces résultats globalement positifs, cependant, ne doivent pas mener à perdre de vue l'effort que devront continuer de faire certains États membres de l'Union européenne pour appliquer intégralement la Décision-cadre et pour que l'Union comble certaines des lacunes du système (voir le dernier rapport présenté par la Commission des Communautés européennes conformément à l'article 34 de la Décision-cadre, Bruxelles, 26 janvier 2006, 5706/06).

### III. Liste de contrôle

- Quelles sont les bases juridiques sur lesquelles se fonde l'État partie en matière d'extradition?
- La Convention est-elle utilisée comme fondement juridique de l'extradition? Dans la négative, ou en sus de la Convention, l'État partie a-t-il conclu des accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux pour faciliter l'extradition?
- L'État partie a-t-il mis en place des procédures concernant l'extradition de ses ressortissants vers d'autres États parties du chef d'infractions visées par la Convention?
- Comment l'État partie veille-t-il à ce que les personnes recherchées n'échappent pas à la justice lorsque l'extradition est refusée pour le motif de nationalité ou d'autres motifs?
- L'État partie a-t-il mis en place des procédures judiciaires et/ou administratives pour garantir l'équité de la procédure d'extradition?
- L'État partie a-t-il désigné une autorité centrale ou quelque autre autorité compétente pour s'occuper des demandes d'extradition?

### Article 45: Transfèrement des personnes condamnées

*Les États parties peuvent envisager de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux relatifs au transfèrement sur leur territoire de personnes condamnées à des peines d'emprisonnement ou autres peines privatives de liberté du fait d'infractions établies conformément à la présente Convention afin qu'elles puissent y purger le reliquat de leur peine.*

#### I. Contexte

L'un des principaux objectifs de la Convention est de promouvoir, de faciliter et d'appuyer la coopération internationale dans la lutte contre la corruption, notamment en utilisant efficacement différentes modalités de coopération, dont l'une est le transfèrement de personnes condamnées. Aux termes de l'article 45, les États parties sont invités à envisager de conclure les accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux permettant le transfèrement sur leurs territoires de personnes condamnées du chef d'infractions visées par la Convention pour qu'elles y purgent le reliquat de leur peine et pour améliorer ainsi les probabilités de réinsertion sociale des intéressés.

Cette modalité de coopération est en fait fondée sur le concept d'exécution des décisions judiciaires étrangères, qui peut s'appliquer également aux procédures d'extradition lorsque la remise d'un délinquant est refusée pour des motifs de nationalité. En pareil cas, l'État partie requis peut, si son droit interne l'y autorise conformément aux dispositions de la législation en vigueur, faire

exécuter la peine imposée en vertu du droit interne de l'État partie requérant (paragraphe 13 de l'article 44).

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

Normalement, les demandes de transfèrement sont formulées conformément aux cadres législatifs ou aux accords ou arrangements existants. Ainsi, la coopération dans ce domaine peut être encouragée par la conclusion de traités bilatéraux ou d'instruments multilatéraux. Dans certains cas, les États parties concernés peuvent également conclure un arrangement ponctuel concernant spécifiquement le renvoi de la personne condamnée. Un Accord type sur le transfèrement de détenus étrangers, adopté en 1985 par le septième Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, contient des indications concernant le contenu de tels traités, accords ou arrangements.

### *II.1. Cadre juridique*

Lorsqu'ils décident de rédiger des lois prévoyant l'obligation de transférer des personnes condamnées, les États parties devront veiller à faire de cette possibilité un droit exclusif de l'État partie mais non de la personne condamnée. En outre, la législation nationale devra être suffisamment souple, pour les États parties requis et requérants, pour que la demande de transfèrement et la suite qui doit lui être donnée dépendent de l'assentiment de la personne condamnée. Il peut néanmoins y avoir des circonstances dans lesquelles il devrait être possible de transférer une personne condamnée à son pays d'origine même sans son consentement. Si une personne condamnée a reçu l'ordre de quitter le territoire de l'État partie où elle a été condamnée après avoir purgé sa peine, elle doit pouvoir être transférée même sans son consentement.

Il existait déjà plusieurs conventions internationales visant à faciliter cet aspect de la coopération internationale. Un exemple en est le Programme de transfèrement, entre pays du Commonwealth, des délinquants retenus coupables. Au Royaume-Uni, la loi de 1984 relative au rapatriement des détenus permet le retour ou le retransfèrement de détenus condamnés. Par ailleurs, l'Union européenne négocie actuellement l'adoption d'une nouvelle décision-cadre qui mettra en place un nouveau mécanisme entre les États membres. Un cadre important est déjà constitué par la Convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées (élaboré par le Comité d'experts gouvernementaux sous l'égide du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC)) qui est entré en vigueur en 1985 et a été ratifié par 62 États, y compris plusieurs États non membres du Conseil de l'Europe.

La Convention du Conseil de l'Europe est censée constituer un cadre clair et cohérent pour l'action des Parties dans ce domaine, tout en encourageant une bonne administration de la justice et en facilitant la réinsertion sociale des personnes condamnées qui peuvent être transférées pour purger leur peine dans un environnement plus familier. La Convention prévoit un certain nombre de

conditions visant à tenir compte des exigences spécifiques qui peuvent surgir dans chaque cas particulier, et chaque demande doit être considérée sur la base de ses mérites propres. Toutefois, lorsque toutes les conditions requises sont réunies et que les règles de procédure ont été respectées, l'État requis est tenu de donner suite à la demande de transfèrement. La Convention est complétée par un Protocole additionnel qui a été ouvert à la signature en 1997 et qui est entré en vigueur en 2000.

## *II.2. Conditions de transfèrement des délinquants*

La Convention du Conseil de l'Europe relative au transfèrement de personnes condamnées contient certaines indications utiles concernant les éléments à prendre en considération lorsque sont reçues des demandes de transfèrement de personnes condamnées. En ce qui concerne les principes généraux et les conditions qui doivent être réunies, la Convention stipule que le transfèrement peut être demandé par l'État partie qui a prononcé la condamnation ou par l'État partie administrant et que la personne condamnée peut manifester à l'un ou l'autre son consentement à être transférée en application de la Convention. Les conditions ci-après doivent également être réunies:

- La personne condamnée doit être ressortissante de l'État administrant;
- Le jugement est définitif;
- L'acte ayant donné lieu à la condamnation constitue une infraction en vertu de la législation de l'État administrant;
- Il reste encore à la personne condamnée au moins six mois de sa peine privative de liberté à purger, ou bien elle a été condamnée à une peine de durée indéterminée. Dans des cas exceptionnels, cependant, les États parties peuvent convenir de la transférer même si le reliquat de la peine à purger est inférieur;
- L'État ayant prononcé la condamnation et l'État administrant sont convenus du transfèrement.

## *II.3. Transfèvements et peines*

L'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe stipule que l'État auquel la personne condamnée est transférée est tenu de respecter la nature juridique et la durée de la peine imposée. Si toutefois, cette peine est, par sa nature ou sa durée, compatible avec la législation de l'État administrant, celui-ci peut, par ordonnance judiciaire ou arrêté administratif, adapter la sanction à celle qui est prescrite par sa propre législation pour une infraction semblable. Pour ce qui est de la nature de la peine, celle-ci doit, dans toute la mesure possible, correspondre à celle qui a été imposée par la condamnation. Il ne doit pas, par sa nature ou sa durée, aggraver la sanction imposée initialement, ni dépasser le maximum prescrit par la législation de l'État administrant. En cas de conversion

de la peine, les procédures prévues par la législation de l'État auquel la personne condamnée est transférée s'appliquent. Ainsi, l'autorité compétente est tenue par les constatations de fait qui ressortent explicitement ou implicitement de la condamnation initialement imposée. L'État partie auquel la personne condamnée est transférée ne doit pas convertir une sanction comportant une peine privative de liberté en une sanction pécuniaire, doit tenir compte de l'intégralité de la peine déjà purgée, ne doit pas aggraver la situation pénale de la personne condamnée et n'est pas tenu par le minimum que la législation de l'État administrant peut prévoir pour l'infraction ou les infractions commises.

#### *II.4. Information*

Il sera bon d'établir des mécanismes formels de communication entre les autorités judiciaires compétentes des États coopérants afin, entre autres, de permettre à l'État administrant de communiquer à l'État ayant prononcé la condamnation les informations voulues concernant l'exécution de la peine ou les dates auxquelles elle doit être purgée ainsi que toute autre condition ou ordonnance ayant pu être imposée et les offres d'informations pertinentes, notamment sur le point de savoir si la personne condamnée s'est évadée avant de commencer à purger sa peine.

Les États parties voudront peut-être inclure dans les arrangements qu'ils pourront conclure concernant la procédure d'exécution des peines des dispositions concernant les dépenses connexes et le transport des personnes condamnées.

### **III. Liste de contrôle**

- L'État partie a-t-il conclu les accords bilatéraux ou adhéré à un accord multilatéral concernant le transfèrement de personnes condamnées?
- A-t-il été mis au point des procédures appropriées pour garantir la protection des droits des personnes transférées?
- L'État partie a-t-il conclu avec d'autres États parties des accords ou arrangements concernant l'échange d'informations entre leurs autorités compétentes en matière de sanction?

## **Article 46: Entraide judiciaire**

*1. Les États parties s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la présente Convention.*

*2. L'entraide judiciaire la plus large possible est accordée, autant que les lois, traités, accords et arrangements pertinents de l'État partie requis le permettent, lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions*

*dont une personne morale peut être tenue responsable dans l'État partie requérant, conformément à l'article 26 de la présente Convention.*

*3. L'entraide judiciaire qui est accordée en application du présent article peut être demandée aux fins suivantes:*

- a) Recueillir des témoignages ou des dépositions;*
- b) Signifier des actes judiciaires;*
- c) Effectuer des perquisitions et des saisies, ainsi que des gels;*
- d) Examiner des objets et visiter des lieux;*
- e) Fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts;*
- f) Fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents, y compris des documents administratifs, bancaires, financiers ou commerciaux et des documents de société;*
- g) Identifier ou localiser des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve;*
- h) Faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État partie requérant;*
- i) Fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État partie requis;*
- j) Identifier, geler et localiser le produit du crime, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention;*
- k) Recouvrer des avoirs, conformément aux dispositions du chapitre V de la présente Convention.*

*4. Sans préjudice du droit interne, les autorités compétentes d'un État partie peuvent, sans demande préalable, communiquer des informations concernant des affaires pénales à une autorité compétente d'un autre État partie, si elles pensent que ces informations pourraient aider celle-ci à entreprendre ou à mener à bien des enquêtes et des poursuites pénales, ou amener ce dernier État partie à formuler une demande en vertu de la présente Convention.*

*5. La communication d'informations conformément au paragraphe 4 du présent article se fait sans préjudice des enquêtes et poursuites pénales dans l'État dont les autorités compétentes fournissent les informations. Les autorités compétentes qui reçoivent ces informations accèdent à toute demande tendant à ce que lesdites informations restent confidentielles, même temporairement, ou à ce que leur utilisation soit assortie de restrictions. Toutefois, cela n'empêche pas l'État partie qui reçoit les informations de révéler, lors de la procédure judiciaire, des informations à la décharge d'un prévenu. Dans ce dernier cas, l'État partie qui reçoit les informations avise l'État partie qui les communique avant la révélation, et s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État partie*

qui reçoit les informations informe sans retard de la révélation l'État partie qui les communique.

6. Les dispositions du présent article n'affectent en rien les obligations découlant de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement, l'entraide judiciaire.

7. Les paragraphes 9 à 29 du présent article sont applicables aux demandes faites conformément au présent article si les États parties en question ne sont pas liés par un traité d'entraide judiciaire. Si lesdits États parties 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 du présent article. Les États parties sont vivement encouragés à appliquer ces paragraphes s'ils facilitent la coopération.

8. Les États parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire prévue au présent article.

9. a) Lorsqu'en application du présent article il répond à une demande d'aide en l'absence de double incrimination, un État partie requis tient compte de l'objet de la présente Convention tel qu'énoncé à l'article premier;

b) Les États parties peuvent invoquer l'absence de double incrimination pour refuser de fournir une aide en application du présent article. Toutefois, un État partie requis, lorsque cela est compatible avec les concepts fondamentaux de son système juridique, accorde l'aide demandée si elle n'implique pas de mesures coercitives. Cette aide peut être refusée lorsque la demande porte sur des questions mineures ou des questions pour lesquelles la coopération ou l'aide demandée peut être obtenue sur le fondement d'autres dispositions de la présente Convention;

c) Chaque État partie peut envisager de prendre les mesures nécessaires pour lui permettre de fournir une aide plus large en application du présent article, en l'absence de double incrimination.

10. Toute personne détenue ou purgeant une peine sur le territoire d'un État partie, dont la présence est requise dans un autre État partie à des fins d'identification ou de témoignage ou pour qu'elle apporte de toute autre manière son concours à l'obtention de preuves dans le cadre d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires relatives aux infractions visées par la présente Convention, peut faire l'objet d'un transfèrement si les conditions ci-après sont réunies:

a) Ladite personne y consent librement et en toute connaissance de cause;

b) Les autorités compétentes des deux États parties concernés y consentent, sous réserve des conditions que ces États parties peuvent juger appropriées.

11. *Aux fins du paragraphe 10 du présent article:*

a) *L'État partie vers lequel la personne est transférée a le pouvoir et l'obligation de la garder en détention, sauf demande ou autorisation contraire de la part de l'État partie à partir duquel elle a été transférée;*

b) *L'État partie vers lequel la personne est transférée s'acquitte sans retard de l'obligation de la remettre à la garde de l'État partie à partir duquel elle a été transférée, conformément à ce qui aura été convenu au préalable ou autrement décidé par les autorités compétentes des deux États parties;*

c) *L'État partie vers lequel la personne est transférée ne peut exiger de l'État partie à partir duquel elle a été transférée qu'il engage une procédure d'extradition pour qu'elle lui soit remise;*

d) *Il est tenu compte de la période que la personne a passée en détention dans l'État partie vers lequel elle a été transférée aux fins du décompte de la peine à purger dans l'État partie à partir duquel elle a été transférée.*

12. *À moins que l'État partie à partir duquel une personne doit être transférée en vertu des paragraphes 10 et 11 du présent article ne donne son accord, ladite personne, quelle que soit sa nationalité, n'est pas poursuivie, détenue, punie ni soumise à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur le territoire de l'État partie vers lequel elle est transférée à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État partie à partir duquel elle a été transférée.*

13. *Chaque État partie désigne une autorité centrale qui a la responsabilité et le pouvoir de recevoir les demandes d'entraide judiciaire et, soit de les exécuter, soit de les transmettre aux autorités compétentes pour exécution. Si un État partie a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autorité centrale distincte qui aura la même fonction pour ladite région ou ledit territoire. Les autorités centrales assurent l'exécution ou la transmission rapide et en bonne et due forme des demandes reçues. Si l'autorité centrale transmet la demande à une autorité compétente pour exécution, elle encourage l'exécution rapide et en bonne et due forme de la demande par l'autorité compétente. L'autorité centrale désignée à cette fin fait l'objet d'une notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où chaque État partie dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention. Les demandes d'entraide judiciaire et toute communication y relative sont transmises aux autorités centrales désignées par les États parties. La présente disposition s'entend sans préjudice du droit de tout État partie d'exiger que ces demandes et communications lui soient adressées par la voie diplomatique et, en cas d'urgence, si les États parties en conviennent, par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle, si cela est possible.*

14. *Les demandes sont adressées par écrit ou, si possible, par tout autre moyen pouvant produire un document écrit, dans une langue acceptable pour l'État*

*partie requis, dans des conditions permettant audit État partie d'en établir l'authenticité. La ou les langues acceptables pour chaque État partie sont notifiées au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au moment où ledit État partie dépose son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ou d'adhésion à la présente Convention. En cas d'urgence et si les États parties en conviennent, les demandes peuvent être faites oralement mais doivent être confirmées sans délai par écrit.*

*15. Une demande d'entraide judiciaire doit contenir les renseignements suivants:*

- a) La désignation de l'autorité dont émane la demande;*
- b) L'objet et la nature de l'enquête, des poursuites ou de la procédure judiciaire auxquelles se rapporte la demande, ainsi que le nom et les fonctions de l'autorité qui en est chargée;*
- c) Un résumé des faits pertinents, sauf pour les demandes adressées aux fins de la signification d'actes judiciaires;*
- d) Une description de l'assistance requise et le détail de toute procédure particulière que l'État partie requérant souhaite voir appliquée;*
- e) Si possible, l'identité, l'adresse et la nationalité de toute personne visée; et*
- f) Le but dans lequel le témoignage, les informations ou les mesures sont demandés.*

*16. L'État partie requis peut demander un complément d'information lorsque cela apparaît nécessaire pour exécuter la demande conformément à son droit interne ou lorsque cela peut en faciliter l'exécution.*

*17. Toute demande est exécutée conformément au droit interne de l'État partie requis et, dans la mesure où cela ne contrevient pas au droit interne de l'État partie requis et lorsque cela est possible, conformément aux procédures spécifiées dans la demande.*

*18. Lorsque cela est possible et conforme aux principes fondamentaux du droit interne, si une personne qui se trouve sur le territoire d'un État partie doit être entendue comme témoin ou comme expert par les autorités judiciaires d'un autre État partie, le premier État partie peut, à la demande de l'autre, autoriser son audition par vidéoconférence s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'elle compare en personne sur le territoire de l'État partie requérant. Les États parties peuvent convenir que l'audition sera conduite par une autorité judiciaire de l'État partie requérant et qu'une autorité judiciaire de l'État partie requis y assistera.*

*19. L'État partie requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État partie requis pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État partie requis. Rien dans le présent paragraphe*

*n'empêche l'État partie requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce cas, l'État partie requérant avise l'État partie requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande, consulte ce dernier. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État partie requérant informe sans retard l'État partie requis de la révélation.*

*20. L'État partie requérant peut exiger que l'État partie requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État partie requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État partie requérant.*

*21. L'entraide judiciaire peut être refusée:*

*a) Si la demande n'est pas faite conformément aux dispositions du présent article;*

*b) Si l'État partie requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels;*

*c) Au cas où le droit interne de l'État partie requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence;*

*d) Au cas où il serait contraire au système juridique de l'État partie requis concernant l'entraide judiciaire d'accepter la demande.*

*22. Les États parties ne peuvent refuser une demande d'entraide judiciaire au seul motif que l'infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales.*

*23. Tout refus d'entraide judiciaire doit être motivé.*

*24. L'État partie requis exécute la demande d'entraide judiciaire aussi promptement que possible et tient compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés par l'État partie requérant et qui sont motivés, de préférence dans la demande. L'État partie requérant peut présenter des demandes raisonnables d'informations sur l'état d'avancement des mesures prises par l'État partie requis pour faire droit à sa demande. L'État partie requis répond aux demandes raisonnables de l'État partie requérant concernant les progrès réalisés dans l'exécution de la demande. Quand l'entraide demandée n'est plus nécessaire, l'État partie requérant en informe promptement l'État partie requis.*

*25. L'entraide judiciaire peut être différée par l'État partie requis au motif qu'elle entraverait une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire en cours.*

*26. Avant de refuser une demande en vertu du paragraphe 21 du présent article ou d'en différer l'exécution en vertu du paragraphe 25, l'État partie requis étudie avec l'État partie requérant la possibilité d'accorder l'entraide sous*

*réserve des conditions qu'il juge nécessaires. Si l'État partie requérant accepte l'entraide sous réserve de ces conditions, il se conforme à ces dernières.*

*27. Sans préjudice de l'application du paragraphe 12 du présent article, un témoin, un expert ou une autre personne qui, à la demande de l'État partie requérant, consent à déposer au cours d'une procédure ou à collaborer à une enquête, à des poursuites ou à une procédure judiciaire sur le territoire de l'État partie requérant ne sera pas poursuivi, détenu, puni ni soumis à d'autres restrictions de sa liberté personnelle sur ce territoire à raison d'actes, d'omissions ou de condamnations antérieurs à son départ du territoire de l'État partie requis. Cette immunité cesse lorsque le témoin, l'expert ou ladite personne ayant eu, pendant une période de quinze jours consécutifs ou toute autre période convenue par les États parties à compter de la date à laquelle ils ont été officiellement informés que leur présence n'était plus requise par les autorités judiciaires, la possibilité de quitter le territoire de l'État partie requérant, y sont néanmoins demeurés volontairement ou, l'ayant quitté, y sont revenus de leur plein gré.*

*28. Les frais ordinaires encourus pour exécuter une demande sont à la charge de l'État partie requis, à moins qu'il n'en soit convenu autrement entre les États parties concernés. Lorsque des dépenses importantes ou extraordinaires sont ou se révèlent ultérieurement nécessaires pour exécuter la demande, les États parties se consultent pour fixer les conditions selon lesquelles la demande sera exécutée, ainsi que la manière dont les frais seront assumés.*

*29. L'État partie requis:*

*a) Fournit à l'État partie requérant copie des dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès;*

*b) Peut, à son gré, fournir à l'État partie requérant intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, copie de tous dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.*

*30. Les États parties envisagent, s'il y a lieu, la possibilité de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux qui servent les objectifs du présent article, mettent en pratique ses dispositions ou les renforcent.*

## **I. Contexte**

La mobilité croissante des délinquants et l'utilisation de technologies de pointe et du système bancaire international pour la commission d'infractions rendent plus nécessaires que jamais une collaboration et une entraide efficaces entre les services de répression et les autorités judiciaires en ce qui concerne les enquêtes, poursuites et procès concernant de telles infractions.

À cette fin, les États ont promulgué des lois pour leur permettre de fournir une assistance à des autorités étrangères et, de plus en plus, ont eu recours à des traités ou accords relatifs à l'entraide judiciaire en matière pénale ou à des accords énumérant les types d'assistance devant être fournis et les conditions qui doivent être remplies à cette fin, les obligations des États coopérants, les droits des délinquants présumés et les procédures à suivre pour la présentation et l'exécution des demandes d'assistance.

D'une manière générale, la Convention essaie de pourvoir les moyens de faciliter et de renforcer l'entraide judiciaire en encourageant les États parties à conclure d'autres accords ou arrangements pour accroître l'efficacité de cette assistance. Ainsi, aux termes du paragraphe 1 de l'article 46, les États parties sont tenus de s'accorder mutuellement à l'entraide judiciaire la plus large possible, selon les modalités indiquées au paragraphe 3, lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires<sup>10</sup> concernant les infractions visées par la Convention. Si le cadre juridique mis en place par un État partie dont l'entraide n'est pas suffisamment large pour couvrir toutes les infractions visées par la Convention, il pourra devoir modifier sa législation.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 46, les États parties sont tenues d'accorder une entraide judiciaire en ce qui concerne les enquêtes, les poursuites et procédures judiciaires impliquant une personne morale (voir également l'article 26 de la Convention).

Le paragraphe 3 de l'article 46 énumère les types d'assistance devant être fournis conformément à la Convention. Pour mettre en œuvre cette disposition, les États parties devront analyser en détail leur cadre juridique concernant l'entraide judiciaire pour déterminer s'il est suffisamment large pour englober toutes les formes de coopération visées au paragraphe 3. Les États ayant ratifié la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée auront normalement déjà établi un cadre conforme à cette disposition, mais ils devront aussi instituer des mécanismes appropriés pour fournir une assistance en vue d'identifier, de localiser et de geler le produit du crime et de faciliter les recouvrements d'avoirs (voir les paragraphes j) et k) de l'article 45).

En l'absence de traités relatifs à l'entraide judiciaire, la Convention offre, conformément aux paragraphes 7 et 9 à 29 de l'article 46, un mécanisme visant à faciliter la transmission et l'exécution des demandes d'assistance des types indiqués ci-dessus. Si un traité est en vigueur entre les États concernés, ce sont ses dispositions qui s'appliquent, à moins que les États intéressés ne conviennent d'appliquer les paragraphes 9 à 29. En tout état de cause, les États parties sont également encouragés à appliquer ces paragraphes s'ils sont de nature à faciliter

---

<sup>10</sup> Les États parties disposent d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer la mesure dans laquelle ils fourniront une assistance aux fins de ces actions, mais il doivent au moins fournir une assistance en ce qui concerne les parties de la procédure pénale qui, dans certains États, ne font pas à proprement parler partie du procès, comme la procédure préliminaire, l'énoncé de la sentence et la procédure de mise en liberté sous caution.

leur coopération. Certains pays devront peut-être promulguer des lois spéciales pour donner pleinement effet à ces dispositions.

Le paragraphe 8 de l'article 46 dispose que les États parties ne peuvent invoquer le secret bancaire pour refuser l'entraide judiciaire: il convient de noter à ce propos que ce paragraphe ne figure pas parmi ceux qui s'appliquent uniquement en l'absence de traités relatifs à l'entraide judiciaire. Au contraire, les États parties sont tenus de faire en sorte qu'un tel motif ne puisse pas être invoqué pour justifier un refus d'assistance en vertu de leur régime juridique, qu'il s'agisse du code pénal, du code de procédure pénale ou des lois ou règlements concernant le fonctionnement du système bancaire (voir également le paragraphe 7 de l'article 31 et les articles 55 et 57). Ainsi, lorsque la législation d'un État partie stipule qu'un tel motif de refus peut effectivement être invoqué, cette législation devra être modifiée.

Le paragraphe 9 engage les États parties à tenir compte des buts et de l'esprit de la Convention (article premier) lorsqu'ils reçoivent des demandes d'entraide judiciaire en l'absence de double incrimination. Bien que les États parties puissent en pareils cas refuser de fournir une assistance (par. 9 b)), ils sont également encouragés à faire preuve de discernement et à envisager d'adopter des mesures de nature à élargir la portée de l'assistance, même en pareilles situations (par. 9 c)).

Toutefois, dans la mesure où cela est conforme aux concepts fondamentaux de leur système juridique, les États parties sont tenus de fournir l'assistance demandée si elle n'implique pas de mesure coercitive, étant entendu qu'elle peut être refusée lorsque la demande porte sur des questions mineures ou lorsque l'aide demandée peut être obtenue sur le fondement d'autres dispositions de la Convention (par. 9 b)).

La Convention fait également aux États parties l'obligation de désigner une autorité centrale (voir les paragraphes 13 et 14) habilitée à recevoir et à exécuter les demandes d'entraide judiciaire ou à les transmettre aux autorités nationales compétentes pour exécution, le recours aux lois diplomatiques n'étant pas alors nécessaire. Les autorités judiciaires de l'État requérant peuvent communiquer directement avec cette autorité centrale. Aujourd'hui, de plus en plus, des circuits de communication encore plus directs sont utilisés, et un agent de l'État requérant peut envoyer la demande directement à l'agent compétent de l'autre État.

Si un État partie a une région ou un territoire spécial doté d'un système d'entraide judiciaire différent, il peut désigner une autre autorité centrale. Beaucoup d'États parties ont sans doute déjà désigné une autorité centrale aux fins de l'entraide judiciaire et en ont informé le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies conformément aux dispositions d'autres conventions. Étant donné la portée de plus en plus large de tels instruments internationaux, il importe aussi pour les États parties de veiller à ce que les autorités centrales qu'ils ont désignées en vertu desdits instruments soient une seule et même entité afin de faciliter la fourniture d'une entraide plus uniforme

pour les divers types d'infractions pénales et éliminer simultanément les risques de fragmentations ou de chevauchements dans ce domaine.

Les paragraphes 4 et 5 de l'article 46 fournissent un fondement juridique pour la transmission spontanée d'informations lorsqu'un État partie transmet à un autre État des informations ou des éléments de preuve qu'il juge importants pour combattre dès que possible les infractions visées par la Convention, alors même que l'autre État n'a pas présenté de demande d'assistance et peut ignorer totalement l'existence de cette information ou de ces éléments de preuve. Ces dispositions ont pour but d'encourager les États parties à échanger de façon volontaire et proactive des informations concernant les questions pénales. L'État partie ayant reçu cette information pourra par la suite l'utiliser pour présenter une demande officielle d'assistance. La seule obligation de caractère général qui est imposée à cet État, semblable à la restriction appliquée lorsqu'une demande d'assistance a été transmise, consiste à tenir confidentielle l'information reçue et à se conformer à toute restriction imposée à son utilisation, à moins qu'il ne s'agisse d'informations à décharge. En pareils cas, l'État partie ayant reçu l'information peut librement la divulguer dans le cadre de ses procédures internes.

Un autre domaine où il pourra être nécessaire de resserrer la coopération est la protection des témoins qui peuvent être exposés à des menaces et à des mesures d'intimidation. L'article 32 de la Convention prévoit les mesures spécifiques à adopter à cet égard, y compris la réinstallation des témoins et, le cas échéant, des membres de leur famille et des autres personnes qui leur sont proches, et le paragraphe 18 de l'article 46 se réfère à l'utilisation des systèmes de vidéoconférence pour qu'un témoin puisse déposer s'il n'est pas possible ou souhaitable qu'il compare en personne sur le territoire de l'État partie requérant.

Il ressort de ce bref aperçu des dispositions fondamentales de l'article 46 que cet article a un caractère extrêmement novateur et est de nature à promouvoir la coopération en matière d'entraide judiciaire. Cependant, les États parties voudront peut-être envisager sérieusement les problèmes et difficultés pratiques qui risquent d'entraver la coopération entre eux, surtout lorsqu'ils ont des traditions et des systèmes juridiques différents.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Problèmes actuels*

Les États parties ne devront pas perdre de vue que les mécanismes formels d'entraide judiciaire peuvent ne pas toujours être nécessaires et que des circuits plus informels, plus rapides et plus flexibles entre services de détection et de répression peuvent être utilisés lorsque des mesures coercitives n'ont pas à être imposées (par exemple lorsqu'il s'agit d'inviter des témoins à déposer volontairement, de perquisitionner et de saisir des documents ou d'obtenir la production de documents). De tels contacts peuvent être appuyés par Interpol,

Europol ou d'autres organisations ou arrangements régionaux entre services de police.

Les États parties devront néanmoins tenir compte du fait que, lorsque les éléments de preuve sont obtenus par des circuits informels, leur recevabilité comme preuve risque d'être plus problématique. Par conséquent, lorsque les services de détection et de répression ont l'intention d'obtenir des éléments de preuve, ils auront intérêt à avoir recours aux mécanismes établis d'entraide judiciaire. Le recours à des moyens formels permet également de mieux protéger les informations de caractère confidentiel.

Il faut en outre prendre en considération plusieurs facteurs dans le contexte de l'entraide judiciaire fournie pour combattre la corruption.

Ainsi, si un homme politique ou un homme d'affaires influent se trouve impliqué dans une enquête ouverte dans l'État partie requis, l'assistance demandée peut être refusée par certains États parties pour des motifs d'"intérêt national" ou en raison de l'immunité dont jouissent certains agents publics (ou de la "protection" dont bénéficient des personnes politiquement bien placées). Dans d'autres États parties, la personne ou l'entité à propos de laquelle une assistance est demandée a le droit de s'opposer à ce que des éléments de preuve soient communiqués à l'État partie requérant. Lorsqu'il existe un droit de recours contre la divulgation de ce type d'information, il peut y avoir des retards considérables dans la procédure, outre que cela risque de donner l'éveil aux suspects.

Par ailleurs, les demandes de perquisition et/ou de saisie peuvent soulever des problèmes lorsqu'elles ne sont pas accompagnées d'informations suffisantes expliquant pourquoi il y a des raisons de croire que l'on pourra ainsi obtenir des éléments de preuve pertinents dans le contexte d'une enquête ou d'une action judiciaire en cours dans l'État requérant.

En donnant suite à une demande d'assistance, l'on risque également de divulguer des informations extrêmement délicates pouvant directement affecter une enquête, surtout lorsque l'affaire de corruption dont il s'agit est liée aux activités de groupes de criminels organisés ou fait intervenir des hommes politiques ou d'autres personnalités en vue. Il peut donc y avoir des cas dans lesquels des informations aussi délicates devront faire l'objet d'un minimum d'assistance officielle. Simultanément, il faut examiner soigneusement la question de savoir si le fait de divulguer des informations ou de divulguer l'identité de témoins qui risquent de faire l'objet de mesures d'intimidation ne risque pas de profiter aux suspects qui font l'objet de l'enquête. Lorsqu'elles présentent des demandes d'assistance, par conséquent, les autorités compétentes devront attacher une attention particulière aux questions de confidentialité. Parfois, de telles difficultés peuvent être évitées en rédigeant la demande de manière qu'elle ne comporte aucune information sensible mais contienne cependant suffisamment de détails pour pouvoir être exécutée.

Il se peut également que l'exécution d'une demande se trouve retardée, ou même que la demande soit purement et simplement ignorée, en raison des

ressources limitées dont dispose l'État requis pour fournir une assistance. En pareils cas, il pourra être possible pour l'État partie requérant de fournir une assistance, par exemple en ayant recours à des agents de liaison ou en fournissant des services d'experts ou même un appui financier.

Sur le plan pratique, l'État qui sollicite une assistance devra tenir compte du fait que l'affaire qu'il poursuit est beaucoup plus importante pour lui que pour l'État partie requis. Il importe donc au plus haut point pour l'État requérant de ne ménager aucun effort pour que l'État partie requis puisse répondre positivement à sa demande aussi facilement que possible. Il pourra être nécessaire, à cette fin:

- D'identifier les règles de fond et les règles de procédure qui s'appliquent à la fourniture d'une assistance dans l'État partie requis (comme la fourniture d'une assistance exige fréquemment beaucoup de ressources, il pourra s'avérer nécessaire de sélectionner les affaires les plus hautement prioritaires et d'avoir recours à l'assistance de juristes de l'extérieur pour veiller à ce que les recherches soient approfondies et exactes);
- De se mettre directement en rapport avec l'État partie requis pour s'assurer que la demande sera adressée à l'autorité compétente;
- De discuter à l'avance de la demande de l'État partie requis, sur une base informelle, ce qui pourra exiger la communication d'un avant-projet de la demande, de sorte que l'État partie requis puisse appeler l'attention de l'État requérant sur des erreurs éventuelles ou donner des avis sur la façon dont la demande peut au mieux être présentée;
- De suivre la demande pour s'assurer qu'elle est bien arrivée, qu'elle ne contient pas d'erreurs et qu'elle est traitée comme il convient.

Comme les règles de procédure des États parties varient beaucoup, il se peut que l'État partie requérant exige l'application de procédures spéciales (comme la production de déclarations notariée) qui n'existent pas dans la législation de l'État requis. Traditionnellement, le principe presque immuable a été que l'État partie requis fait prévaloir son propre droit de procédure. Ce principe a soulevé des difficultés, en particulier lorsque l'État requérant et l'État requis ont des systèmes juridiques différents. Par exemple, les éléments de preuve communiqués par l'État requis peuvent se présenter sous la forme prescrite par sa législation, mais il se peut que ces éléments de preuve soient inacceptables selon le droit procédural de l'État requérant. La tendance est aujourd'hui à un assouplissement des procédures. Ainsi, selon le paragraphe 12 de l'article 7 de la Convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, une demande doit être exécutée conformément au droit interne de l'État requis. Toutefois, cet article dispose également que, dans la mesure où cela n'est pas contraire au droit interne de l'État requis et lorsque cela est possible, la demande doit être exécutée conformément aux procédures spécifiées dans la demande. Ainsi, même si la Convention de 1988 ne va pas jusqu'à exiger de l'État requis qu'il s'en tienne aux formes de procédure requises par l'État requérant, elle encourage manifestement l'État requis à le faire. Cette

même disposition a été reprise mot pour mot au paragraphe 17 de l'article 18 de la Convention contre la criminalité transnationale organisée et au paragraphe 17 de l'article 46 de la Convention contre la corruption. Dans ce même contexte, le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale prévoit que la demande doit être exécutée selon les modalités spécifiées par l'État requérant, dans la mesure où cela est conforme au droit et à la pratique de l'État requis (art. 6).

## *II.2. Intégration aux autres conventions pertinentes*

Étant donné que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée contient en matière d'entraide judiciaire une disposition similaire (art. 18), les États parties à ladite Convention devraient, d'une manière générale, être à même d'appliquer les dispositions correspondantes de l'article 46 de la Convention contre la corruption. Il existe néanmoins plusieurs différences notables entre ces deux instruments.

Premièrement, selon la Convention contre la corruption, l'entraide judiciaire englobe également le recouvrement d'avoirs, qui est l'un des objectifs fondamentaux de cette Convention (voir l'article premier, les alinéas i) et k) du paragraphe 3 de l'article 46 ainsi que le Chapitre V de la Convention).

Deuxièmement, en l'absence de double incrimination, les États parties sont tenus de fournir une aide si celle-ci n'implique pas de mesure coercitive, à condition que cela soit conforme à leur système juridique et qu'il ne s'agisse pas d'une infraction mineure. La Convention de Palerme ne contient pas de dispositions semblables.

En outre, comme il a été dit dans le contexte de l'article 43, lorsqu'une double incrimination est requise pour que puisse être apportée une coopération en matière pénale, la Convention contre la corruption contient une autre règle d'interprétation concernant l'application de cette stipulation qui ne figure pas dans la Convention contre la criminalité transnationale organisée. Ainsi, la condition de double incrimination est réputée remplie, que la législation de l'État partie requis qualifie ou désigne ou non l'infraction de la même manière que l'État partie requérant, si l'acte constituant l'infraction pour laquelle l'assistance est demandée est une infraction pénale en vertu de la législation des deux États parties (paragraphe 2 de l'article 43). En outre, la Convention permet aux États parties de ne pas se borner à coopérer en matière pénale, mais les encourage également à se prêter mutuellement assistance dans les enquêtes et les procédures concernant les affaires civiles et administratives relatives à la corruption lorsque cela est approprié et conforme à leur système juridique interne (paragraphe 1 de l'article 43).

## *II.3. L'environnement des conventions*

Les États parties voudront peut-être, pour tout ce qui concerne l'entraide judiciaire, se référer à d'autres traités multilatéraux qui soit comportent des

dispositions établies concernant cette forme de coopération, soit traitent ponctuellement de questions connexes.

Dans le premier groupe d'instruments, on peut citer par exemple la Convention des Nations Unies de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir l'article 7), la Convention contre la criminalité transnationale organisée (art. 18), la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (voir les articles 8 à 10), la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, la Convention du droit pénal relative à la corruption conclue sous les auspices du Conseil de l'Europe (voir l'article 26), la Convention interaméricaine contre la corruption (voir l'article XIV) et la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (voir l'article 9).

Il a été élaboré en outre des instruments *ad hoc* concernant l'entraide judiciaire sous l'égide du Conseil de l'Europe (Convention européenne sur l'entraide judiciaire en matière pénale et ses deux Protocoles additionnels de 1978 et de 2001), du Commonwealth (Régime du Commonwealth concernant l'entraide judiciaire en matière pénale de 1986, tel que modifié en 1990 et 1999), de l'Organisation des États américains (Convention interaméricaine de 1975 relative à la prise de dispositions à l'étranger et son Protocole additionnel de 1984 ainsi que la Convention interaméricaine relative à l'entraide judiciaire en matière pénale de 1992 et son Protocole facultatif de 1993), de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (Convention de la CEDEAO sur l'entraide judiciaire en matière pénale de 1992), de la Communauté de développement de l'Afrique australe et de l'Union européenne (Convention de 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre États membres de l'Union européenne et son Protocole de 2001) et de la Ligue des États arabes (Convention de 1983 sur l'entraide judiciaire en matière pénale).

L'Organisation des Nations Unies, quant à elle, a élaboré un Traité type sur l'entraide judiciaire en matière pénale (résolution 45/117 de l'Assemblée générale, annexe, et résolution 53/112, annexe I), qui reflète les enseignements retirés au plan international de la mise en œuvre de tels traités d'entraide judiciaire, en particulier entre les États représentant des systèmes juridiques différents.

#### *II.4. Faits nouveaux*

Il s'est produit ces dernières années plusieurs faits nouveaux en matière d'entraide judiciaire qu'il convient de signaler. Il apparaît en fait que beaucoup d'États se sont dotés de nouveaux moyens de fournir une assistance à d'autres pays, en particulier depuis les événements survenus aux États-Unis le 11 septembre 2001. Les choses ont beaucoup changé, par exemple, au sein de l'Union européenne, où le rythme de changement s'est considérablement accéléré. Il y a lieu de citer en particulier, à ce propos, la Convention de 2000 relative à l'entraide judiciaire et son Protocole de 2001, les Décisions-cadre

relatives à l'utilisation d'équipes d'enquête conjointes (2002), la Reconnaissance mutuelle des ordonnances de gel de biens ou d'éléments de preuve (2003), la confiscation du produit tiré des biens provenant de l'activité criminelle ainsi que des moyens utilisés pour commettre une infraction (2005), l'application du principe de reconnaissance mutuelle des ordonnances de confiscation (2006) ainsi que des Décisions du Conseil, comme l'action de 2002, en vertu de laquelle a été créé Eurojust en vue de renforcer la lutte contre la criminalité grave.

En juin 2006, le Conseil de l'Union européenne est parvenu à un accord sur l'approche générale qui devrait inspirer une Décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves (dont le texte peut être consulté à l'adresse <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st09/st09913.fr07.pdf>). Ce nouveau régime doit être finalisé, adopté puis mis en œuvre par les États membres de l'UE. Le mandat européen d'obtention de preuve est conçu suivant le même modèle que la Décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen (voir l'article 44). Ainsi, le mandat européen d'obtention de preuves est une décision judiciaire qui doit être transmise directement entre celle qui l'a établie et celle qui doit l'exécuter, toutes les autres communications officielles à ce sujet devant être échangées directement entre ces deux autorités. Ce mandat sera utilisé pour recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, les transcriptions de communications interceptées, les résultats des opérations de surveillance, le compte rendu de l'interrogatoire de suspects, les déclarations de témoins et les résultats d'analyse de l'ADN.

### *II.5. Nouveaux mécanismes de facilitation*

Les mesures adoptées au cours de ces dernières années au sein de l'Union européenne peuvent être considérées comme de bons exemples d'action concertée au plan régional en vue de promouvoir la coopération et la coordination entre États dans la lutte contre la criminalité transnationale organisée. Dans ce contexte, l'Action conjointe du 22 avril 1996 (96/277/JHA) a créé un système d'échange de magistrats de liaison visant à améliorer la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne. Cette action conjointe prévoit le détachement ou l'échange de magistrats ou d'agents publics particulièrement familiarisés avec les procédures de coopération judiciaire, appelés "magistrats de liaison" sur la base d'arrangements bilatéraux ou multilatéraux entre États membres (article premier). Les magistrats de liaison doivent en particulier encourager et accélérer toutes les formes de coopération judiciaire en matière pénale, en particulier en établissant des liens directs avec les services compétents et les autorités judiciaires de l'État hôte. Conformément aux arrangements convenus entre le pays d'origine et l'État hôte, les magistrats de liaison devront également promouvoir les échanges d'informations et de statistiques visant à faire bien comprendre les systèmes juridiques et les bases de données juridiques des États intéressés et à resserrer les relations entre les professions juridiques de chacun de ces États (art. 2).

En outre, il a été mis en place un Réseau judiciaire européen conformément à l'Action conjointe du 29 juin 1998, adoptée par le Conseil de l'Union européenne conformément à l'article K.3 du Traité relatif à l'Union européenne (98/428/JHA). Il s'agit d'un réseau de magistrats désignés par les États membres qui a pour but de promouvoir et d'accélérer la coopération en matière pénale, surtout dans le contexte de la lutte contre la criminalité transnationale organisée. Aux termes de l'article 4 de cette Action conjointe, ses points de contact peuvent s'employer activement à jouer un rôle d'intermédiaire afin de faciliter la coopération judiciaire entre les États membres, en particulier en vue de combattre la criminalité grave (criminalité organisée, corruption, trafic de drogues et terrorisme). Ils sont également censés fournir les informations de caractère juridique et pratique nécessaires aux autorités judiciaires locales de leurs propres pays ainsi qu'aux points de contact et autorités judiciaires d'autres pays pour leur permettre de préparer des demandes de coopération judiciaire en bonne et due forme ou d'améliorer la coopération judiciaire en général. Ils sont chargés en outre de resserrer la coordination de la coopération judiciaire lorsqu'une série de demandes émanant des autorités judiciaires de l'État membre appellent une action coordonnée dans un autre État membre.

Enfin, Eurojust a été créé le 28 février 2002 en application d'une Décision du Conseil de l'Union européenne (2002/187/JHA) visant à stimuler et à améliorer la coordination des enquêtes et des poursuites dans les États membres, de resserrer la coopération entre les autorités compétentes des États membres, en particulier en facilitant l'exécution des demandes d'entraide judiciaire internationale et des demandes d'extradition, ainsi qu'en fournissant tout autre type d'assistance dont pourraient avoir besoin les autorités compétentes des États membres pour mener efficacement leurs enquêtes et leurs poursuites (art. 3). Eurojust se compose d'un membre national désigné par chaque État membre en sa qualité de procureur, de juge ou d'officier de police (art. 2).

Cependant, ces mécanismes tendant à améliorer les échanges d'informations entre États peuvent souvent coûter cher. Ainsi, dans beaucoup de pays, le législateur, la magistrature ou l'exécutif ont simplement apporté différentes initiatives afin de pouvoir mieux fournir et recevoir une assistance judiciaire dans le cadre des accords de coopération existants; tel est le cas par exemple de l'Association pour la coopération régionale dans le sud de l'Asie, de l'Organisation régionale des chefs de service de police des pays d'Afrique australe et d'Interpol (qui compte 186 États membres). Ces approches seront discutées plus en détail dans le contexte de l'article 48.

### **III. Liste de contrôle**

- Quel est le fondement juridique utilisé par l'État partie pour demander ou accorder une assistance judiciaire?
- La Convention est-elle utilisée comme fondement juridique de l'entraide judiciaire? Dans la négative, ou indépendamment de la Convention, l'État

partie a-t-il conclu des accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux afin de faciliter l'extradition?

- L'État partie participe-t-il à un réseau de praticiens ou un réseau judiciaire?
- L'État partie a-t-il désigné une autorité centrale chargée de recevoir, de traiter ou d'exécuter les demandes d'entraide judiciaire?
- L'autorité centrale peut-elle se référer à des directives claires concernant les aspects pratiques de l'entraide judiciaire et les problèmes qui peuvent surgir à cet égard?
- L'État partie a-t-il établi des procédures concernant la suite à donner aux demandes d'entraide judiciaire?

## **Article 47: Transfert des procédures pénales**

*Les États parties envisagent la possibilité de se transférer mutuellement les procédures relatives à la poursuite d'une infraction établie conformément à la présente Convention dans les cas où ce transfert est jugé nécessaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et, en particulier lorsque plusieurs juridictions sont concernées, en vue de centraliser les poursuites.*

### **I. Contexte**

Une option relativement nouvelle en matière de justice pénale transnationale consiste pour un État à transférer une procédure pénale à un autre État, solution particulièrement appropriée lorsque celui-ci paraît être mieux à même de mener la procédure à son terme ou si le défendeur a des attaches plus étroites avec cet État, par exemple s'il a la nationalité de cet État ou y réside. Il peut être approprié aussi pour pouvoir mener plus efficacement dans le pays même les poursuites entamées au lieu et place d'une extradition (surtout lorsque l'extradition est refusée pour le motif que la personne recherchée est un ressortissant de l'État requis).

Au plan normatif, la seule convention multilatérale consacrée expressément au transfert des procédures pénales est la Convention européenne relative au transfert des procédures pénales adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe. Cette Convention, ouverte à la signature en 1972, est entrée en vigueur en 1978.

La Convention du Conseil de l'Europe en elle-même est compliquée, mais le contexte sous-jacent est simple: lorsqu'une personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction réprimée par la législation d'un État partie, celui-ci peut demander à un autre État partie d'intervenir en son nom conformément à la Convention, ce deuxième État pouvant alors entamer des poursuites conformément à sa propre législation, à condition que soit respecté le principe de double incrimination.

En outre, aussi bien la Convention des Nations Unies de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée comprennent des dispositions spécifiques relatives au transfert des procédures pénales (articles 8 et 21 respectivement) qui permettent aux États parties d'avoir recours à cette forme de coopération internationale lorsque cela est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les poursuites pouvant ainsi être menées dans le pays le mieux approprié.

Cela signifie probablement que les États qui sont parties aux conventions susmentionnées et qui ont promulgué des lois d'application n'auront sans doute pas besoin de modifier beaucoup leur législation pour pouvoir appliquer les dispositions de l'article 47 de la Convention sur la corruption.

L'Organisation des Nations Unies s'est efforcée de promouvoir la conclusion de traités bilatéraux et multilatéraux à ce sujet en élaborant un Traité type relatif au transfert des procédures pénales (adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/118). Cet instrument constitue seulement un traité-cadre qui doit être adapté aux circonstances spécifiques des États ayant entrepris de négocier un tel instrument.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Critères généraux applicables*

La question de savoir quel est l'État où peuvent être entamées le plus efficacement des poursuites entre les auteurs d'infractions comportant des aspects transnationaux a toujours suscité des incertitudes considérables.

À l'article 47, les États parties sont invités à envisager la possibilité de se transférer mutuellement les procédures relatives à la poursuite d'une infraction dans les cas où ce transfert est jugé nécessaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, en particulier lorsque plusieurs juridictions sont concernées, en vue de centraliser les poursuites. La Convention encourage les États parties à conclure des accords ou arrangements permettant de transférer les procédures pénales et ordonnant des poursuites, par exemple lorsqu'un acte de corruption a affecté plusieurs États et que les États concernés souhaitent que l'enquête et le procès soient menés dans le pays qui apparaît comme le mieux approprié.

En dépit de l'extension de la criminalité transnationale, il n'existe guère, au plan international, d'instrument auquel puissent se référer les ministères publics et les autorités nationales chargés des enquêtes. Dans le cas de la corruption transnationale en particulier, il peut exister différents dangers très réels pouvant refléter différents scénarios. Il se peut par exemple qu'aucun pays n'entame de poursuites, croyant à tort que celles-ci seront entamées par des autorités étrangères, que les poursuites sont menées dans le pays qui n'est pas le mieux approprié ou que deux ou plusieurs États se déclarent compétents chacun de leur côté.

Il est par conséquent très important de pouvoir déterminer quel est le pays le mieux approprié pour l'ouverture de poursuites pénales. Dans ce contexte, les États parties voudront peut-être prendre en considération l'article 47 dans le contexte de l'article 42 relatif à la compétence et tenir compte des critères traditionnellement appliqués en matière de compétence pour déterminer le pays qui paraît le mieux approprié pour l'exercice de l'action pénale.

Ce faisant, il y aura lieu d'établir une liste de priorités, le point de départ étant que l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis devra avoir priorité en matière de poursuite. Des autres critères devront être subordonnés à ce principe. Par conséquent, le délinquant ne pourra normalement être poursuivi dans l'État où il a sa résidence habituelle que si l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise renonce à entamer des poursuites.

L'hypothèse selon laquelle c'est normalement dans l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise qu'il est le mieux approprié d'entamer les poursuites n'est pas fondée. La réinsertion du délinquant, objectif qui occupe chaque jour plus de place en droit pénal moderne, exige que la sanction soit imposée et exécutée de manière à aider le délinquant à se réformer, de sorte que c'est normalement dans le pays où le délinquant a des attaches familiales ou sociales ou s'établira après avoir purgé sa peine qu'il conviendra de mener la procédure.

D'un autre côté, il est clair que les difficultés liées à l'obtention de preuves militeront fréquemment contre le transfert de la procédure de l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise à un autre État. Le poids devant être accordé dans chaque cas particulier à des considérations contradictoires ne peut pas être déterminé au moyen de règles universellement applicables. La décision doit être adoptée à la lumière des circonstances propres à chaque cas d'espèce. En essayant ainsi de parvenir à un accord, les divers États concernés pourront éviter les difficultés que supposerait l'adoption a priori d'un système qui limiterait leur pouvoir d'imposer des sanctions.

Les États parties devront sans doute aussi prendre une décision à un stade précoce de la procédure et pourront s'interroger sur la solution à apporter à la question de la compétence ainsi qu'à celle de savoir quelles sont les autorités qui devront se consulter et parvenir à un accord. La question temps peut être importante aussi dans la mesure où il faudrait déterminer si cette décision devra être adoptée au début de l'enquête ou après que la nature de l'affaire est apparue plus clairement et que les éventuelles questions de recevabilité ont été réglées.

## *II.2. Critères pratiques*

Pour pouvoir plus facilement prendre une décision sur un transfert éventuel des procédures, les États parties auront par conséquent intérêt à formuler une série de critères pratiques qui puissent les aider à résoudre des problèmes de compétence complexes. Par exemple, les types de questions que les États parties devront se poser pourront notamment être les suivantes:

- Où l'infraction a-t-elle été commise et où le délinquant a-t-il été arrêté?
- Où se trouvent les témoins ou les éléments de preuve les plus importants ou les victimes du crime commis?
- Quel est le pays où la législation est la plus développée ou la plus efficace?
- Quel est le pays où la législation relative à la confiscation est la plus développée?
- Quel est le pays où la procédure est la plus rapide?
- Quel est le pays offrant les meilleures garanties en matière de sécurité et de garde à vue?
- Quel est le pays le mieux à même de régler les questions délicates concernant la production et la divulgation des éléments de preuve?
- Quel est le pays qui peut prendre en charge le coût de la procédure?
- Quel est le pays le plus directement affecté par le crime commis?
- Où se trouvent la plupart des avoirs pouvant être recouverts?
- Quel est le pays où les mécanismes de recouvrement des avoirs sont les plus développés?

### **III. Liste de contrôle**

- L'État partie a-t-il conclu des accords ou arrangements concernant le transfert des poursuites pénales?
- L'État partie a-t-il élaboré des critères généraux et des critères pratiques concernant le transfert à un autre pays ou l'acceptation du transfert de procédures pénales?
- Les critères élaborés tiennent-ils compte des incidences judiciaires opérationnelles et des incidences sur le plan du prononcé de la peine de la décision prise?
- Ces critères tiennent-ils compte des incidences de la décision prise en ce qui concerne le produit du crime?
- L'État partie a-t-il identifié et désigné une autorité chargée de mener des consultations et de prendre des décisions concernant des questions connexes?

## **Article 48: Coopération entre les services de détection et de répression**

*1. Les États parties coopèrent étroitement, conformément à leurs systèmes juridiques et administratifs respectifs, en vue de renforcer l'efficacité de la détection et de la répression des infractions visées par la présente Convention. En particulier, les États parties prennent des mesures efficaces pour:*

*a) Renforcer les voies de communication entre leurs autorités, organismes et services compétents et, si nécessaire, en établir afin de faciliter l'échange sûr et rapide d'informations concernant tous les aspects des infractions visées par la présente Convention, y compris, si les États parties concernés le jugent approprié, les liens avec d'autres activités criminelles;*

*b) Coopérer avec d'autres États parties, s'agissant des infractions visées par la présente Convention, dans la conduite d'enquêtes concernant les points suivants:*

*i) Identité et activités des personnes soupçonnées d'implication dans lesdites infractions, lieu où elles se trouvent ou lieu où se trouvent les autres personnes concernées;*

*ii) Mouvement du produit du crime ou des biens provenant de la commission de ces infractions;*

*iii) Mouvement des biens, des matériels ou d'autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés dans la commission de ces infractions;*

*c) Fournir, lorsqu'il y a lieu, les pièces ou quantités de substances nécessaires à des fins d'analyse ou d'enquête;*

*d) Échanger, lorsqu'il y a lieu, avec d'autres États parties des informations sur les moyens et procédés spécifiques employés pour commettre les infractions visées par la présente Convention, tels que l'usage de fausses identités, de documents contrefaits, modifiés ou falsifiés ou d'autres moyens de dissimulation des activités;*

*e) Faciliter une coordination efficace entre leurs autorités, organismes et services compétents et favoriser l'échange de personnel et d'experts, y compris, sous réserve de l'existence d'accords ou d'arrangements bilatéraux entre les États parties concernés, le détachement d'agents de liaison;*

*f) Échanger des informations et coordonner les mesures administratives et autres prises, comme il convient, pour détecter au plus tôt les infractions visées par la présente Convention.*

*2. Afin de donner effet à la présente Convention, les États parties envisagent de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux prévoyant une coopération directe entre leurs services de détection et de répression et, lorsque de tels accords ou arrangements existent déjà, de les modifier. En l'absence de tels accords ou arrangements entre les États parties concernés, ces derniers peuvent se baser sur la présente Convention pour*

*instaurer une coopération en matière de détection et de répression concernant les infractions visées par la présente Convention. Chaque fois que cela est approprié, les États parties utilisent pleinement les accords ou arrangements, y compris les organisations internationales ou régionales, pour renforcer la coopération entre leurs services de détection et de répression.*

*3. Les États parties s'efforcent de coopérer, dans la mesure de leurs moyens, pour lutter contre les infractions visées par la présente Convention commises au moyen de techniques modernes.*

## **I. Contexte**

Comme l'action des services de détection et de répression est l'une des formes les plus visibles et les plus intrusives d'exercice de la souveraineté politique, les États ont traditionnellement répugné à coopérer avec les services de détection étrangers. Cette attitude a évolué peu à peu lorsque les États ont commencé à comprendre qu'il était de leur intérêt commun de combattre les crimes graves et qu'il importait de coopérer pour faire face à la criminalité transnationale.

Les articles 48 à 50 de la Convention, en particulier, ont pour but de promouvoir une étroite coopération entre les services de détection et de répression des États parties afin de leur permettre d'enquêter efficacement sur les cas de corruption transnationale. Plus spécifiquement, l'article 48 a pour objet d'améliorer l'efficacité de la coopération entre services de détection et de répression et stipule que les États parties doivent, entre autres, renforcer les voies de communication existantes et, en cas de besoin, en créer pour faciliter l'échange sûr et rapide d'informations concernant tous les aspects des infractions visées par la Convention, y compris leurs liens avec d'autres activités criminelles.

Le paragraphe 1 de l'article définit la portée de l'obligation de coopérer et indique les mesures qui doivent constituer la base de la coopération.

Aux termes du paragraphe 2, les États parties doivent envisager de conclure des accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux afin de faciliter la coopération directe entre leurs services de répression en vue de donner effet à la Convention. En outre, ils disposent que la Convention peut être le fondement juridique de cette coopération s'il n'existe pas d'accords ou arrangements spécifiques à cet effet.

Le paragraphe 3, reconnaissant l'utilisation croissante qui est faite de l'informatique pour combattre nombre des infractions visées par la Convention, invite les États parties à coopérer étroitement pour s'attaquer aux actes de corruption commis en ayant recours aux technologies modernes.

## II. Difficultés pratiques et solutions

### II.1. *Éléments à prendre en considération*

La coopération, aussi bien informelle que formelle, entre les services de détection et de répression a été entravée par différents problèmes. C'est ainsi par exemple que, du fait de la diversité des approches suivies et des priorités établies, il peut être difficile pour les services de répression d'États différents de s'entendre sur les mesures à adopter pour s'attaquer à une forme spécifique de criminalité transfrontière. Ainsi, certains États exigent que la police ou le ministère public interrogent les témoins dans leur propre langue ou que les questions leur soient communiquées à l'avance. D'autres exigent d'être représentés lors de tous les interrogatoires menés par des agents de l'État requérant. D'autres encore peuvent refuser d'envoyer des membres de leurs services de police déposer devant des tribunaux étrangers. Enfin, la nécessité de protéger le secret des opérations de surveillance électronique et des opérations d'infiltration, surtout lorsque la confiance fait défaut, peut conduire les services de police à refuser de partager l'information dont ils disposent, que ce soit avec d'autres services nationaux ou avec des services étrangers.

La diversité qui caractérise les structures des services de détection et de répression des États parties peut également susciter une confusion quant aux services de police étrangers à contacter, entraîner le chevauchement d'efforts et même pouvoir faire naître une concurrence entre les divers services compétents, ce qui se traduit en définitive par un gaspillage de ressources limitées.

### II.2. *Domaines de coopération*

Pour parer aux difficultés susmentionnées, les États parties voudront peut-être envisager, dans leur intérêt mutuel, de coopérer dans les domaines suivants:

a) *Échange d'informations stratégiques et techniques.* Ces échanges devront être organisés dans les limites des compétences nationales respectives et conformément aux règles pertinentes concernant, par exemple, la confidentialité. Ils pourront être spontanés ou se faire sur demande. Les informations pourront être stockées dans une base de données partagée et pourront être utilisées pour étayer les analyses opérationnelles menées par les différents services concernés. Les informations stratégiques pourront comporter des renseignements sur les tendances de la criminalité, les structures opérationnelles des organisations criminelles et les personnes ayant fait naître des soupçons ainsi que sur les stratégies, *modus operandi* et méthodes utilisées. Elles pourront également comprendre des informations concernant le financement des actes de corruption et les méthodes les plus fréquemment utilisées pour disperser le produit du crime. Elles pourront enfin porter sur les techniques et approches visées à l'article 50 de la Convention.

b) *Coopération dans les domaines du renseignement et de l'appui technique.* Dans ce cas également, la coopération devra être organisée dans les limites des compétences nationales afin de garantir une coordination efficace des activités menées sur le plan international par les services compétents, en particulier en ce qui concerne l'évaluation des menaces et l'analyse des risques. La coopération pourra dans certains cas comporter également un partage d'outils et de matériels techniques spécifiques et tendre à identifier les schémas et les tendances de la corruption, comme l'utilisation de documents falsifiés et l'abus de raison sociale et d'identité personnelle.

c) *Formation professionnelle et groupes de travail.* Les États parties voudront peut-être resserrer leur coopération en organisant une formation conjointe et des groupes de travail, séminaires et ateliers, qui constitueront une occasion de diffuser plus largement les pratiques optimales et des informations sur les tendances naissantes et nouvelles techniques utilisées ainsi que de créer des réseaux de services anticorruption. Les États parties pourront peut-être aussi partager les compétences et les informations dont ils disposent par le biais de détachements et d'échanges de personnels. Ils devront aussi, à cet égard, veiller à éviter les gaspillages de ressources ou la fragmentation des efforts.

d) *L'utilisation de points de contact et de réseaux.* La désignation de points de contact chargés de promouvoir la coopération entre États parties au plan régional s'est avérée être un moyen efficace de faciliter la coopération. Les points de contact ainsi désignés devront se réunir selon que de besoin pour renforcer la confiance mutuelle ainsi que pour élaborer des stratégies communes, analyser les nouvelles tendances et régler les problèmes rencontrés dans la pratique.

e) *Participation des équipes d'enquête conjointe.* Il y a bien entendu d'innombrables exemples de coopération efficace entre les services de détection et de répression au plan national ainsi que de coopération entre États par le biais, par exemple, des mécanismes de partage du renseignement qu'offrent Europol et Interpol, des nombreux instruments régionaux visant à faciliter la coopération entre les services nationaux de police et d'organismes opérationnels comme l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) ou Europol (voir article 49).

### *II.3. Moyens de coopération*

Dans le cas des enquêtes visant à obtenir des éléments de preuve ou des renseignements qui se trouvent à l'étranger, les services de détection et de répression peuvent commencer par prendre contact officieusement avec leurs homologues dans d'autres pays, ce qui peut être une méthode plus rapide, moins chère et plus flexible que la méthode plus formelle de l'entraide judiciaire. Les arrangements à prendre dans le contexte de tels contacts informels peuvent néanmoins être soumis à des précautions et des protocoles appropriés allant de l'utilisation d'agents de liaison locaux à la suite de la conclusion de mémorandums d'accords ou de protocoles semblables à la conclusion d'arrangements régionaux.

Le paragraphe 1 e) de l'article 48 envisage également l'affectation d'agents de liaison et d'échanges de personnels. En raison des coûts que suppose l'affectation d'un agent de liaison dans un autre pays, il s'agit habituellement d'une pratique limitée aux États avec lesquels l'État de l'envoi entretient déjà une étroite collaboration. Pour réduire les coûts, un agent de liaison peut être chargé d'entretenir des rapports non seulement avec l'État d'accueil mais aussi avec un ou plusieurs autres États de la région. Une autre possibilité consiste à charger un agent de liaison de représenter plusieurs États.

L'on peut également envisager d'autres formes de coopération dans le cadre des structures internationales. L'on peut citer comme exemple, les activités d'Interpol, d'Europol, des États parties à l'Accord de Schengen et de l'Organisation de coopération régionale des chefs de services de police d'Afrique australe. Pour resserrer la coopération dans le cadre de telles structures internationales, il y a lieu de s'attacher à améliorer l'efficacité des systèmes de partage de l'information aux échelons régional et international.

L'efficacité de tout système d'information, comme le système d'avis d'Interpol et les bases de données Schengen, dépend de l'exactitude des renseignements fournis et de l'habileté avec laquelle ils sont communiqués. Simultanément, l'acquisition, le stockage, l'utilisation et le transfert international de données opérationnelles soulèvent des questions de légitimité, de transparence et de responsabilité. En l'absence de contrôles légaux et de supervisions judiciaires, il existe en effet des risques d'abus. Les mécanismes visant à rassembler, analyser et utiliser efficacement les données opérationnelles, doivent tenir compte de la nécessité d'assurer pleinement le respect des droits fondamentaux. Lorsqu'il est créé des bases de données pour faciliter l'action de la police, il faut veiller à ce que les législations nationales concernant la protection des données soient adéquates et s'appliquent à l'utilisation de ces bases de données aux échelons non seulement national mais aussi international.

### **III. Liste de contrôle**

- L'État partie a-t-il conclu des accords ou arrangements bilatéraux pour faciliter une coordination efficace entre les services de détection et de répression?
- L'État partie a-t-il désigné une ou plusieurs institutions spécifiquement chargées de s'occuper des demandes de coopération entre services de police?
- Cette institution est-elle autorisée à entreprendre pour le compte d'un État étranger des activités d'investigation concernant des infractions visées par la Convention?
- Cette institution est-elle autorisée à partager les informations dont elle dispose et à assumer la responsabilité des arrangements de coordination et de coopération avec les institutions d'autres États parties?

## **Article 49: Enquêtes conjointes**

Les États parties envisagent de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux en vertu desquels, pour les affaires qui font l'objet d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires dans un ou plusieurs États, les autorités compétentes concernées peuvent établir des instances d'enquête conjointes. En l'absence de tels accords ou arrangements, des enquêtes conjointes peuvent être décidées au cas par cas. Les États parties concernés veillent à ce que la souveraineté de l'État partie sur le territoire duquel l'enquête doit se dérouler soit pleinement respectée.

### **I. Contexte**

Cet article, qui n'a pas de caractère obligatoire, développe les règles énoncées à l'article 48 et a pour but de promouvoir des relations de travail plus étroites entre États parties. Ainsi, les États parties sont encouragés à envisager de conclure des arrangements en vue d'établir des instances d'enquêtes conjointes lorsque plusieurs États parties peuvent avoir compétence à l'égard des infractions en cause. En outre, l'article 49 permet aux États parties d'entreprendre des enquêtes conjointes au cas par cas lorsqu'il n'a pas été conclu d'accords ou arrangements à ce sujet.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

#### *II.1. Questions opérationnelles*

Les enquêtes conjointes constituent une forme de coopération internationale qui existe depuis de nombreuses années en matière de lutte contre la criminalité transfrontière et en particulier de lutte contre la criminalité organisée. Cependant, ces pratiques paraissent s'être développées presque exclusivement sur la base d'arrangements ponctuels.

L'expérience pratique a montré que ce type d'opérations soulève des questions concernant le statut juridique des agents opérant dans un pays étranger et les pouvoirs dont ils sont investis, la recevabilité des éléments de preuve obtenus dans ces autres pays par un agent d'un autre État partie, le témoignage à l'audience d'agents d'autres pays et le partage de l'information entre États parties avant et pendant l'enquête.

Il est apparu en outre que ces questions pratiques pouvaient être résolues en ayant recours à des méthodes de planification des enquêtes qui tendent d'emblée à les régler. Cependant, dans les affaires de criminalité transnationale et surtout de corruption transnationale, il faut que les modalités selon lesquelles les enquêtes sont menées et les informations sont échangées soient claires et cohérentes, ce qui permettra de garantir plus facilement, par exemple, que les éléments de preuve recueillis soient recevables devant les tribunaux, que les droits et les obligations des membres étrangers des équipes d'enquêtes conjointes

soient garantis et que la souveraineté sur le territoire duquel l'investigation est menée soit pleinement respectée, comme l'exige expressément l'article 49.

## *II.2. Élaboration d'un cadre*

Jusqu'à une date toute récente encore, il n'existait aucun cadre convenu au plan international concernant la création et le fonctionnement d'équipes d'enquêtes conjointes. Les États membres de l'Union européenne ont mis en place un tel cadre en juillet 2002 lorsque le Conseil européen a adopté la décision cadre relative à l'équipe d'enquêtes conjointes afin de faciliter l'application des articles 13, 15 et 16 de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale conclue en 2000 sous l'égide de l'Union européenne (l'article 13 concerne la création et le fonctionnement des équipes d'enquêtes conjointes et les articles 15 et 16 sur la responsabilité pénale et civile de leurs membres).

L'on trouve des dispositions semblables aux articles 20, 21 et 22 du deuxième Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe relative à l'entraide judiciaire en matière pénale et aux articles 3, 19 et 24 de la Convention de Naples II sur l'assistance mutuelle et la coopération entre administrations douanières des États membres.

L'approche adoptée par l'Union européenne en matière d'enquêtes conjointes vise principalement à créer de telles équipes en vue de faire enquête sur les infractions graves comportant des dimensions transnationales. Elle a également pour but de promouvoir la coordination et l'action concertées entre les États membres qui mènent des enquêtes sur les infractions qui justifient la création d'équipes conjointes.

La décision-cadre concernant l'Union européenne concernant les équipes d'enquêtes conjointes constitue un guide utile concernant les questions pratiques et les questions de procédures qui se posent dans le contexte d'enquêtes de ce type.

Les États membres de l'UE ont toujours eu pour intention de faire en sorte que la police consulte le ministère public dès le début même du processus d'enquête et que les équipes conjointes fournissent des avis sur des questions extrêmement diverses comme la compétence, la divulgation de l'information et la liaison avec les autres services européens. En fait, les chefs d'équipes des États parties participants sont généralement des magistrats ou des procureurs.

## *II.3. Planification des opérations conjointes*

Pour planifier des enquêtes conjointes et identifier les questions à régler avant toute autre chose, il pourra être bon de prendre en considération les questions ci-après:

- Conditions dans lesquelles il peut être décidé de mener une enquête conjointe, la priorité étant accordée aux affaires faisant apparaître

clairement l'existence d'une grave corruption transnationale, le but étant en l'occurrence de veiller à ce que ces enquêtes soient proportionnées et tiennent dûment compte des droits fondamentaux du suspect;

- Critères applicables au choix du lieu où sera menée l'enquête conjointe (près de la frontière, près des principaux suspects, etc.);
- Utilisation d'un organe de coordination pour piloter l'enquête si celle-ci doit être menée dans plusieurs pays différents;
- La désignation d'un enquêteur principal chargé de diriger et de contrôler l'enquête;
- La conclusion d'accords concernant les buts collectifs et les résultats de l'opération conjointe, la contribution attendue de chaque institution participante et la relation entre celle-ci et les autres institutions du même État partie;
- Le règlement, le cas échéant, des différences de culture entre les divers pays;
- L'évaluation des conditions existant préalablement à l'enquête, un État partie hôte devant assurer l'organisation de l'infrastructure de l'équipe;
- La responsabilité des agents d'une institution étrangère qui travaillent dans le cadre d'une enquête conjointe;
- Le degré de contrôle exercé par les juges ou les enquêteurs;
- Le financement et la dotation en ressources des enquêtes conjointes. Ainsi, il pourra s'avérer nécessaire de conclure un accord afin de préciser les coûts devant être pris en charge directement par les États parties participants. Il conviendra, pour chaque État partie, de spécifier si les coûts seront facturés directement à l'institution ayant fourni le personnel ou s'il y aura un financement national ou international;
- L'identification des règles légales, règlements et procédures applicables, y compris en ce qui concerne la mise en commun, le stockage et le partage de l'information, la confidentialité des activités, l'intégrité et la recevabilité des éléments de preuve, les questions liées aux informations que la police doit divulguer à la défense (dans les pays de common law), l'utilisation d'informations infiltrées, les charges à opérer et la conservation des données pour l'usage éventuel des services de détection et de répression;
- Le remboursement des capacités, des compétences et de l'expérience des États parties en développement appelés à participer à des enquêtes conjointes.
- La conclusion d'accords ou arrangements souples et efficaces dans ce domaine dépend essentiellement de la volonté politique et de la détermination des États intéressés, comme le montre l'adoption de la décision-cadre de l'UE. Cependant, l'application de tels accords ou

arrangements est fréquemment subordonnée aux restrictions et règles prévues par les législations nationales. L'article 49 a pour objet d'indiquer le régime juridique permettant de surmonter de telles difficultés.

### III. Liste de contrôle

- Les autorités de l'État partie ont-elles participé à des enquêtes conjointes ou à des équipes d'enquêtes conjointes dans des affaires faisant intervenir plusieurs pays?
- Cette participation est-elle fondée sur des arrangements ponctuels ou existe-t-il un cadre établi qui l'autorise?
- Quelles ont été les difficultés de caractère juridique ou opérationnel aux problèmes de preuve rencontrés dans la réalisation d'enquêtes conjointes?

### Article 50: Techniques d'enquête spéciales

1. *Afin de combattre efficacement la corruption, chaque État partie, dans la mesure où les principes fondamentaux de son système juridique interne le permettent et conformément aux conditions prescrites par son droit interne, prend, dans la limite de ses moyens, les mesures nécessaires pour que ses autorités compétentes puissent recourir de façon appropriée, sur son territoire, à des livraisons surveillées et, lorsqu'il le juge opportun, à d'autres techniques d'enquête spéciales, telles que la surveillance électronique ou d'autres formes de surveillance et les opérations d'infiltration, et pour que les preuves recueillies au moyen de ces techniques soient admissibles devant ses tribunaux.*

2. *Aux fins des enquêtes sur les infractions visées par la présente Convention, les États parties sont encouragés à conclure, si nécessaire, des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux appropriés pour recourir aux techniques d'enquête spéciales dans le cadre de la coopération internationale. Ces accords ou arrangements sont conclus et appliqués dans le plein respect du principe de l'égalité souveraine des États et ils sont mis en œuvre dans le strict respect des dispositions qu'ils contiennent.*

3. *En l'absence d'accords ou d'arrangements visés au paragraphe 2 du présent article, les décisions de recourir à des techniques d'enquête spéciales au niveau international sont prises au cas par cas et peuvent, si nécessaire, tenir compte d'ententes et d'arrangements financiers quant à l'exercice de leur compétence par les États parties concernés.*

4. *Les livraisons surveillées auxquelles il est décidé de recourir au niveau international peuvent inclure, avec le consentement des États parties concernés, des méthodes telles que l'interception de marchandises ou de fonds et l'autorisation de la poursuite de leur acheminement, sans altération ou après soustraction ou remplacement de la totalité ou d'une partie de ces marchandises ou fonds.*

## I. Contexte

Aux termes de l'article 50, les États parties doivent adopter des mesures afin de pouvoir, lorsqu'il convient, avoir recours à des techniques d'enquête spéciales pour combattre la corruption.

Le paragraphe 1 préconise l'utilisation de livraisons contrôlées et, lorsqu'il y a lieu, de la surveillance électronique ou d'autres formes de surveillance et des opérations d'infiltration, ces techniques pouvant constituer pour les services de détection et de répression une arme puissante dans la lutte contre les activités criminelles sophistiquées liées à la corruption. Toutefois, de telles techniques doivent dans tous les cas être utilisées dans les limites prévues par les principes fondamentaux des systèmes juridiques nationaux et conformément aux conditions prescrites par le droit interne. Selon le paragraphe 1, les États parties sont également tenus d'adopter des mesures pour que les preuves recueillies au moyen de ces techniques soient recevables devant les tribunaux.

Le paragraphe 2 accorde la priorité à l'existence d'un cadre juridique approprié autorisant l'utilisation de techniques d'enquête spéciales et encourage par conséquent les États parties à conclure accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux pour resserrer leur coopération dans ce domaine, dans le plein respect des souverainetés nationales.

Le paragraphe 3 préconise une approche pragmatique en ce sens qu'il offre un format juridique pour l'utilisation de techniques d'enquête spéciales, au cas par cas, lorsqu'il n'a pas été conclu d'accords ou arrangements à ce sujet.

Le paragraphe 4 précise les méthodes de livraisons contrôlées pouvant être utilisées au plan international, et qu'elles 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. La méthode à employer pourra dépendre des circonstances de l'affaire et pourra être affectée également par les dispositions nationales concernant la collecte et la recevabilité des éléments de preuve.

## II. Difficultés pratiques et solutions

Les méthodes utilisées par les services de détection et de répression et la nature des enquêtes ont beaucoup changé ces dernières années, l'accent étant mis davantage sur des investigations proactives reposant sur le renseignement. En outre, il y a eu de grands progrès concernant les moyens technologiques qui doivent être utilisés par les enquêteurs pour rassembler des informations. Les États parties voudront peut-être néanmoins tenir compte du fait que le recours systématique à des techniques d'enquête spéciales doit être évalué soigneusement à la lumière de la protection des droits de l'homme et des règles concernant la recevabilité des preuves devant les tribunaux.

## *II.1. Mesures de sauvegarde*

Les États parties voudront peut-être étudier sérieusement les incidences, du point de vue du droit comme du point de vue des politiques générales, de l'utilisation de techniques d'enquête spéciales et par conséquent évaluer attentivement les systèmes de contrôle à mettre en œuvre pour garantir la protection des droits de l'homme. Il faudra aussi étudier soigneusement la question de savoir si le contrôle de l'utilisation faite des techniques d'enquête spéciales doit relever de la magistrature ou de l'exécutif.

## *II.2. Ressources/compétences technologiques*

Le professionnalisme et la compétence des services de détection et de répression appelés à avoir recours à des techniques d'enquête spéciales et leur degré de formation sont au nombre des questions pratiques qui devront être examinées soigneusement. En outre, pour renforcer au mieux la coopération internationale dans ce domaine, il pourra être bon que des officiers de police étrangers spécialement formés travaillent dans d'autres États parties en vue de perfectionner leur capacité et de veiller à ce que les éléments de preuve recueillis au moyen de ces techniques d'enquête soient recevables devant les tribunaux.

## *II.3. Recevabilité des éléments de preuve*

Il peut également surgir des questions concernant la légalité de l'utilisation de techniques d'enquête spéciales, ainsi que, par conséquent, la recevabilité de leurs résultats. Cela risque de poser un problème surtout dans le cadre d'une opération conjointe, de sorte qu'il faudra prendre soin lorsque les renseignements, l'information et les ressources sont partagées. Dans certains pays, l'utilisation de techniques d'enquête spéciales peut soulever des difficultés si les juges ne comprennent pas bien le processus et les technologies en cause. Cette difficulté peut être réglée en organisant une formation appropriée et même en ayant recours à des juges spécialisés.

## *II.4. Techniques*

Les États parties pourront aussi envisager plusieurs autres techniques d'enquête spéciales, mais les sections II.4.1 à II.4.7 résument certaines des plus largement utilisées. Il importe également de veiller à l'intégrité des éléments de preuve recueillis au moyen de ces techniques pour qu'ils puissent être utilisés devant les tribunaux des États parties.

### *II.4.1. Surveillance technique – interception des communications téléphoniques et tables d'écoute*

Cette méthode de surveillance intrusive constitue un outil formidable entre les mains des enquêteurs. Cependant, comme les tables d'écoute sont généralement conçues de manière intercepter des conversations de particuliers –

dont certains pouvant ne pas être impliqués dans l'enquête, il faudra veiller tout particulièrement à mettre en place des mesures de sauvegarde appropriées afin d'autoriser leur utilisation et de préciser en détail les conditions dans lesquelles cette méthode pourrait être employée. Les méthodes de surveillance électronique peuvent tendre à intercepter des conversations téléphoniques ou des courriels au moyen de tables d'écoute ou de programmes permettant de suivre les échanges de messages.

#### *II.4.2. Surveillance et observation physiques*

Cette technique est moins intrusive que la surveillance technique et consiste à mettre le suspect sous surveillance physique ou à le suivre et le filmer. Cependant, il pourra également être décidé de surveiller des mouvements de comptes bancaires ou même d'utiliser des méthodes perfectionnées de surveillance des opérations.

#### *II.4.3. Opérations d'infiltration et souricières*

Les opérations d'infiltration, même lorsqu'elles ne vont pas jusqu'à l'organisation de "souricières", sont extrêmement utiles lorsqu'il est difficile de découvrir par des moyens traditionnels les agissements d'un réseau de corruption. Ces opérations ont pour but de prendre contact avec les parties corrompues de sorte que les agents infiltrés puissent être les témoins des pratiques de corruption et les exposer au grand jour. Les éléments de preuve fournis par "un initié", qu'il s'agisse d'un agent de police infiltré ou même d'un complice, pourront beaucoup contribuer au succès des poursuites. En outre, l'existence de preuves aussi convaincantes suscitent fréquemment des offres de coopération de la part de suspects qui cherchent à bénéficier d'une peine moins sévère, ce qui peut éliminer la nécessité d'un procès à la fois et onéreux (voir également article 37).

Les opérations peuvent être simples, par exemple lorsqu'un agent infiltré offre des pots-de-vin à des agents de la circulation ou à des fonctionnaires subalternes, mais peuvent aussi revêtir la forme de plans rendus complexes et à plus long terme qui sont plus sophistiqués aussi bien par l'utilisation qui est faite de techniques d'enquête spéciales que par l'imagination des enquêteurs eux-mêmes (par exemple lorsqu'ils créent une entreprise d'import-export). Il peut néanmoins se poser dans certains États parties des problèmes quant à la légalité de l'utilisation d'agents infiltrés et de souricières, qui peuvent parfois être considérés comme des provocations policières ou qui peuvent amener les agents de police à commettre une infraction (par exemple un pot-de-vin) et quant aux ressources nécessaires, à la durée et au coût de ce type d'opération.

#### *II.4.4. Informateurs*

Beaucoup d'États parties utilisent ou recrutent des informateurs appartenant à des institutions publiques comme sources d'information. Les intéressés ne sont

pas des agents de police mais des agents publics. Ils peuvent offrir des services utiles en tant que sources d'information et de renseignement concernant des bureaux qui ne se prêtent à des opérations d'infiltration ou à une surveillance. D'un autre côté, l'utilisation d'informateurs peut soulever des questions concernant les paiements qui leur seront versés, la diffusion de l'information, la sécurité et les relations entre l'informateur et celui qui l'emploie. Un autre problème pratique qui peut surgir lorsque l'information ainsi recueillie suffit pour que l'affaire puisse être portée devant la justice tient au fait que ces informateurs doivent accepter de déposer comme témoins.

#### *II.4.5. Tests d'intégrité*

Les tests d'intégrité sont une méthode qui permet à la fois de prévenir la corruption et de la poursuivre et qui a apporté la preuve de son effet extrêmement dissuasif. Les tests d'intégrité sont habituellement utilisés lorsque, selon les renseignements disponibles, il semble qu'une personne ou un groupe de personnes, habituellement des agents publics, sont corrompus.

Ainsi, l'on crée une situation dans laquelle, par exemple, un fonctionnaire est placé dans un cas type de tous les jours où il est appelé à décider de son propre gré s'il se livrera ou non à un acte criminel ou à quelque autre comportement inapproprié. Un agent infiltré pourra proposer au fonctionnaire un pot-de-vin, ou il lui sera donné l'occasion d'en demander un, par exemple pour qu'il abuse de ses fonctions (voir art. 19). Cependant, un tel test ne peut pas être utilisé de manière généralisée mais doit être fondé sur des renseignements portant à penser que le fonctionnaire en question est peut-être corrompu. De plus, il faut tenir compte des dispositions existantes visant à éliminer les "provocations policières": ainsi, un agent infiltré est autorisé à créer une possibilité au suspect de commettre une infraction mais n'a pas le droit de l'encourager effectivement à le faire.

#### *II.4.6. Surveillance des opérations financières*

Les mouvements de fonds illicites qui transitent par les institutions financières et les informations qui sont communiquées aux services de renseignements financiers des États parties donnent aux enquêteurs des informations concernant non seulement les mouvements de fonds mais aussi les relations entre des personnes en cause. Aux fins de l'article 50, les États parties doivent veiller à ce que le régime de déclaration des transactions financières permette, sous réserve de contrôles et d'une supervision appropriés, le suivi des opérations afin de localiser le produit financier de la corruption et de suivre l'utilisation qu'il en est faite.

### **II.5 Conventions pertinentes**

Plusieurs États parties ont sans doute déjà mis en place les mécanismes prévus à l'article 50, particulièrement en ce qui concerne des infractions comme

le trafic de drogues ou la criminalité organisée, pour être devenues parties à des instruments comme la Convention des Nations Unies de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (voir article 11 concernant les livraisons contrôlées) et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (voir article 20). Cependant, les décisions concernant l'utilisation qui sera faite de ces techniques dépendront des dispositions du droit interne ainsi que des ressources dont disposent les États parties intéressés.

### **III. Liste de contrôle**

- Les autorités compétentes de l'État sont-elles habilitées à utiliser des méthodes de surveillance techniques et d'autres techniques d'enquête spéciales?
- Des directives claires ont-elles été élaborées pour réglementer l'utilisation de ces techniques?
- Les éléments de preuve collectés au moyen de techniques d'enquête spéciales sont-ils recevables devant les tribunaux nationaux?
- L'État partie a-t-il conclu des accords ou arrangements bilatéraux ou adhéré à des instruments multilatéraux en vue de promouvoir la coopération internationale dans l'utilisation de techniques d'enquête spéciales?



**RECOUVREMENT D'AVOIRS**  
**(Chapitre V, articles 51 à 59)**



## **Article 51: Disposition générale**

*La restitution d'avoirs en application du présent chapitre est un principe fondamental de la présente Convention, et les États parties s'accordent mutuellement la coopération et l'assistance la plus étendue à cet égard.*

### **Restitution d'avoirs en tant que principe fondamental**

La restitution du produit de la corruption à son pays d'origine est l'un des objectifs fondamentaux de la Convention (art. 1 b)). L'article 51 précise que la restitution du produit de la corruption est un "principe fondamental" de la Convention.

Le Chapitre V spécifie comment la coopération et l'assistance doivent être fournies, comment le produit de la corruption doit être restitué à l'État partie qui en fait la demande et comment les intérêts des autres victimes ou des propriétaires légitimes doivent être pris en considération. Bien qu'une note interprétative de la Convention indique que l'expression "principe fondamental" n'a pas de conséquence juridique sur les autres dispositions du Chapitre V de la Convention (A/58/422/Add1, par. 48), l'article 51 est une déclaration d'intention dont il ressort qu'en cas de doute concernant l'interprétation des dispositions relatives au recouvrement d'avoirs, la préférence doit aller au recouvrement, en tant qu'objectif fondamental de la coopération internationale prévue par la Convention.

Le Chapitre V relatif au recouvrement d'avoirs, pourra être lu en même temps que plusieurs dispositions figurant aux chapitres II à IV de la Convention, en particulier l'article 14 concernant la prévention du blanchiment d'argent, l'article 31 concernant la mise en place d'un régime autorisant le gel et la confiscation du produit de la corruption en tant que préalable de la coopération internationale et de la restitution d'avoirs et l'article 39 concernant la coopération entre les autorités nationales et le secteur privé, les articles 43 et 46 concernant la coopération internationale et l'entraide judiciaire. L'article 52 est important aussi dans la mesure où il fait aux États parties l'obligation d'adopter des mesures nécessaires pour déterminer l'identité des ayants droit économiques des fonds déposés sur de gros comptes ainsi que de soumettre à une surveillance accrue les comptes que les personnes qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques importantes et des membres de la famille et leur proche entourage cherchent à ouvrir ou font détenir par un intermédiaire.

### **Article 52: Prévention et détection des transferts du produit du crime**

*1. Sans préjudice de l'article 14 de la présente Convention, chaque État partie prend, conformément à son droit interne, les mesures nécessaires pour que les institutions financières relevant de sa juridiction soient tenues de vérifier l'identité des clients et de prendre des mesures raisonnables pour déterminer*

*l'identité des ayants droit économiques des fonds déposés sur de gros comptes, ainsi que de soumettre à une surveillance accrue les comptes que des personnes qui exercent, ou ont exercé, des fonctions publiques importantes et des membres de leur famille et de leur proche entourage cherchent à ouvrir ou détiennent directement ou cherchent à faire ouvrir ou font détenir par un intermédiaire. Cette surveillance est raisonnablement conçue de façon à détecter les opérations suspectes afin de les signaler aux autorités compétentes et ne devrait pas être interprétée comme un moyen de décourager les institutions financières – ou de leur interdire – d'entretenir des relations d'affaires avec des clients légitimes.*

*2. Afin de faciliter l'application des mesures prévues au paragraphe 1 du présent article, chaque État partie, conformément à son droit interne et en s'inspirant des initiatives pertinentes prises par les organisations régionales, interrégionales et multilatérales pour lutter contre le blanchiment d'argent:*

*a) Publie des lignes directrices concernant les types de personne physique ou morale sur les comptes desquels les institutions financières relevant de sa juridiction devront exercer une surveillance accrue, les types de compte et d'opération auxquels elles devront prêter une attention particulière, ainsi que les mesures à prendre concernant l'ouverture de tels comptes, leur tenue et l'enregistrement des opérations; et*

*b) S'il y a lieu, notifie aux institutions financières relevant de sa juridiction, à la demande d'un autre État partie ou de sa propre initiative, l'identité des personnes physiques ou morales dont elles devront surveiller plus strictement les comptes, en sus des personnes que les institutions financières pourront par ailleurs identifier.*

*3. Dans le contexte de l'alinéa a) du paragraphe 2 du présent article, chaque État partie applique des mesures afin que ses institutions financières tiennent des états adéquats, pendant une durée appropriée, des comptes et opérations impliquant les personnes mentionnées au paragraphe 1 du présent article, lesquels états devraient contenir, au minimum, des renseignements sur l'identité du client ainsi que, dans la mesure du possible, de l'ayant droit économique.*

*4. Dans le but de prévenir et de détecter les transferts du produit d'infractions établies conformément à la présente Convention, chaque État partie applique des mesures appropriées et efficaces pour empêcher, avec l'aide de ses organismes de réglementation et de contrôle, l'établissement de banques qui n'ont pas de présence physique et qui ne sont pas affiliées à un groupe financier réglementé. En outre, les États parties peuvent envisager d'exiger de leurs institutions financières qu'elles refusent d'établir ou de poursuivre des relations de banque correspondante avec de telles institutions et se gardent d'établir des relations avec des institutions financières étrangères permettant que leurs comptes soient utilisés par des banques qui n'ont pas de présence physique et qui ne sont pas affiliées à un groupe financier réglementé.*

*5. Chaque État partie envisage d'établir, conformément à son droit interne, pour les agents publics appropriés, des systèmes efficaces de divulgation de l'information financière et prévoit des sanctions adéquates en cas de*

*non-respect. Chaque État partie envisage également de prendre les mesures nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes de partager cette information avec les autorités compétentes d'autres États parties lorsque celles-ci en ont besoin pour enquêter sur le produit d'infractions établies conformément à la présente Convention, le réclamer et le recouvrer.*

*6. Chaque État partie envisage de prendre, conformément à son droit interne, les mesures nécessaires pour que ses agents publics appropriés ayant un droit ou une délégation de signature ou tout autre pouvoir sur un compte financier domicilié dans un pays étranger soient tenus de le signaler aux autorités compétentes et de conserver des états appropriés concernant ces comptes. Il prévoit également des sanctions appropriées en cas de non-respect de cette obligation.*

## **I. Contexte**

Si l'article 14 pose les principes opérationnels fondamentaux de tous les systèmes de prévention du blanchiment d'argent, l'article 52 fait aux États parties l'obligation de veiller à ce que leurs institutions financières vérifient l'identité de leurs clients, tiennent des états et des systèmes comptables adéquats, adoptent les mesures nécessaires pour déterminer l'identité de l'ayant-droit économique de gros comptes et surveiller de plus près les comptes tenus par des personnes dites politiquement exposées (définies sous le paragraphe 1 b) comme étant les personnes qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques importantes ainsi que les membres de leur famille et leur proche entourage). Ce faisant, les États parties doivent établir à l'intention de leurs institutions financières des lignes directrices concernant les mesures à adopter à cette fin. Ces lignes directrices auront normalement un caractère formel et obligatoire, bien que les modalités détaillées de leur application puissent être laissées à l'appréciation des différentes institutions, et pouvant être promulguées par les organes de réglementation du système bancaire ou financier, le ministère des finances, les groupes de renseignements financiers ou toute autre institution désignée. En outre, l'article 52 recommande d'éviter les relations de banques correspondantes avec des institutions qui n'ont pas de présence physique afin de décourager leur utilisation pour le transfert, le détournement ou la conversion de fonds d'origine illicite.

Les États parties voudront peut-être tout d'abord prendre une décision concernant l'autorité qui aura compétence pour publier de tels avis. Comme les méthodes utilisées pour le blanchiment d'argent évoluent constamment, des avis pourront être publiés sur la base des *modus operandi* qui auront été identifiés grâce aux rapports sur les transactions suspectes ainsi qu'aux avis exprimés par les experts des institutions gardiennes. Cela étant, et compte tenu des recommandations figurant dans la Convention, le Service de renseignement financier ou l'institution chargée de combattre le blanchiment d'argent devra publier ces avis, lesquels devront porter sur les questions relevant des trois règles obligatoires du paragraphe 1 ainsi que des règles énoncées aux paragraphes 2 b)

et 3. L'article 58 décrit la structure et les rôles des services de renseignement financier.

Aux termes de cet article, les institutions financières doivent surveiller de près la situation de leurs clients, surtout de ceux qui exercent des fonctions publiques importantes et des membres de leur entourage, ce qui vient compléter les dispositions de l'article 8 selon lequel les agents publics appropriés doivent présenter des déclarations de situation financière, et notamment déclarer les comptes qu'ils peuvent posséder à l'étranger. Également l'article 52 empêchera que le produit de la corruption quitte l'État partie d'origine, tout au moins appellera l'attention des autorités sur les transactions correspondantes. Lorsque les institutions de l'État partie d'origine ne sont pas en mesure de prévenir ce transfert, celles de l'État partie de destination pourront soit le refuser, soit le déclarer.

## **II. Difficultés pratiques et solutions**

### *II.1. Vérification de l'identité du client*

La première règle à laquelle sont tenues les institutions intéressées – elles doivent, vérifier l'identité de leurs clients – va au-delà d'une spécification de pure forme. Il n'est pas rare que les règles "connaissez votre client" soient conçues ou interprétées de manière purement formelle ou que les institutions se bornent à obtenir une copie de la carte d'identité ou de quelque autre pièce d'identité d'un client. Pour éviter qu'un client n'utilise de fausses pièces d'identité pour ouvrir un compte auprès d'une institution financière, le paragraphe 1 stipule que les institutions financières doivent non seulement "identifier" leurs clients mais aussi "vérifier" les pièces d'identité fournies. Différentes procédures d'identification devront être prévues pour les différents types de clients.

Dans le cas d'une relation directe avec un client potentiel, il pourra suffire d'examiner deux pièces d'identité comportant une photographie (passeport, carte d'identité, permis de conduire ou autres documents semblables) et d'en faire une photocopie pour autant que l'institution fasse le nécessaire pour vérifier l'authenticité des pièces produites. Lorsque le rapport avec le client n'est pas direct, mais s'établit par correspondance ou par Internet, les institutions financières pourront vérifier l'identité du client potentiel en obtenant une copie certifiée conforme d'une pièce d'identité officielle (habituellement établie par un notaire ou une autre institution financière) et confirmation de l'adresse indiquée, ce qui pourra généralement être fait au moyen d'un échange de correspondance par des moyens de vérification internes, externes ou indépendants.

Dans le cas de personnes morales, aussi bien nationales qu'étrangères, les institutions financières pourront être tenues de vérifier leur "identité" soit en obtenant une copie à jour de l'acte constitutif déposé au registre de la société ou, lorsqu'elles apparaissent dans des publications officielles ou des sites web, en

vérifiant – en en obtenant la copie – les renseignements figurant dans l’acte constitutif en consultant le registre des sociétés ou les journaux officiels.

Toutes ces procédures peuvent prendre un certain temps et, pour ne pas faire obstruction aux relations d’affaires, les États parties peuvent envisager d’autoriser les institutions financières à ouvrir des comptes à titre provisoire en attendant l’achèvement des formalités requises. Toutefois, tous les documents requis devront être produits et toutes les vérifications nécessaires devront être faites avant d’autoriser des transactions d’un montant supérieur à un niveau raisonnable ou des transferts à destination ou en provenance de pays étrangers. En outre, il pourra être stipulé que le compte soit clos si les formalités ne sont pas achevées avant l’expiration d’un délai déterminé.

## *II.2. Identification des ayants droit économiques des gros comptes*

La deuxième règle, selon laquelle les institutions financières doivent prendre les mesures nécessaires pour déterminer l’identité des ayants droit économiques des fonds déposés sur de nouveaux comptes, a pour but d’empêcher que des tiers détiennent le produit du crime pour le compte de personnes corrompues. Les institutions financières doivent mettre en place à cette fin des procédures spécifiques qui doivent s’appliquer dès lors qu’il surgit un doute sur le point de savoir si le titulaire du compte est effectivement l’ayant droit économique des fonds qui y sont déposés. Ces procédures comportent essentiellement quatre éléments.

Premièrement, pour définir ce qu’il faut entendre par “ayant droit économique”, les États parties voudront peut-être envisager d’interdire aux institutions financières d’ouvrir un compte au nom d’une société ou d’une personne morale dont il ne peut pas être établi qu’elle est effectivement l’ayant droit économique des fonds.

Deuxièmement, il faut déterminer quels sont les instruments financiers qui doivent être considérés comme de “gros comptes” (par. 2 a)). En dépit de la référence qui est faite aux montants *de minimis*, les États parties qui publieront des dispositions à ce sujet pourront envisager de les rendre applicables non seulement aux comptes bancaires, mais aussi, par exemple, aux comptes ouverts auprès d’agents de change, aux accords de gestion de dépôts effectués par des tiers, aux transactions portant sur des devises ou des métaux précieux et aux autres transactions présentant des risques. Une attention particulière doit être accordée à quatre aspects spécifiques: les instruments financiers, les sociétés offshore, les fiducies discrétionnaires et les personnes couvertes par le secret professionnel.

Les instruments financiers qui devront retenir l’attention sont ceux dans le cas desquels, du fait de leur nature même, le client et l’ayant droit économique ne coïncident pas nécessairement: tel sera le cas par exemple des comptes conjoints auprès de banques ou d’agents de change, des sociétés d’investissement et des autres placements collectifs. En pareils cas, les détenteurs de ces instruments pourront être tenus de communiquer aux

institutions financières, en la mettant à jour périodiquement, une liste complète des bénéficiaires effectifs comportant toutes les informations requises concernant les clients. Dans plusieurs pays, des exceptions sont prévues pour les sociétés cotées en bourse.

Les sociétés offshore sont les institutions, sociétés, formations, fiducies ou autres véhicules qui soit ne mènent aucune activité commerciale dans l'État partie où se trouve leur siège, soit n'ont pas de locaux ou de personnel propres ou soit encore, lorsqu'ils ont un personnel propre, leur personnel s'occupe uniquement de tâches administratives. Dans le cas des avoirs détenus par de telles sociétés, les États parties doivent demander à leur institution financière d'exiger, indépendamment d'une copie certifiée conforme de l'acte constitutif afin de vérifier leur identité, une déclaration écrite indiquant quels sont les bénéficiaires effectifs des avoirs détenus. Dans ce cas également, les États parties pourront ne pas autoriser les institutions financières à accepter comme clients des sociétés qui sont les propriétaires effectifs d'autres sociétés.

Dans le cas des clients qui détiennent des avoirs sans bénéficiaires effectifs (par exemple les fiducies discrétionnaires), les institutions financières pourront exiger des clients qu'ils fournissent une déclaration écrite contenant des informations au sujet des personnes qui exercent un contrôle sur les fonds (personne procédant effectivement au règlement des opérations, tout donneur d'ordres ou autres agents autorisés, personnes pouvant devenir bénéficiaires effectifs, administrateurs, etc.).

Dans leurs avis, les États parties devront indiquer les situations dans lesquelles des clients tenus par le secret professionnel, comme avocats ou notaires, pourront être tenus de divulguer l'identité du bénéficiaire effectif des comptes qu'ils détiennent. Les situations les plus communes à prévoir sont par exemple: avances sur frais de justice, paiements effectués à des parties à un différend ou reçus de ces dernières, distribution imminente d'un héritage et séparation imminente des biens en cas de divorce.

Troisièmement, bien que les États parties puissent considérer que les institutions financières soient les mieux placées pour déterminer les conditions dans lesquelles devront être appliquées les règles relatives à la divulgation de l'identité des ayants droit économiques des fonds, ils pourront établir une liste de situations, de cas et d'exemples dans lesquels les institutions financières devront obligatoirement les appliquer. Même si les institutions financières sont les plus à même de déterminer si le client et le bénéficiaire effectif sont la même personne, une liste non exhaustive pourra constituer un point de référence utile. L'on peut citer comme exemple de telles situations les circonstances dans lesquelles le montant de la transaction est disproportionné par rapport à la situation financière de la personne qui cherche à la réaliser, ou dans le cas de l'octroi d'une procuration à une personne qui n'a manifestement pas de liens suffisamment étroits avec le titulaire du compte.

Quatrièmement, les États parties pourront indiquer aux institutions financières quelles sont les situations dans lesquelles elles devront mettre fin à

leurs relations d'affaires, si les critères de vérification ne sont pas réunis, si elles ont des motifs de douter de ce que leur client est le véritable propriétaire des fonds. Tel pourra être notamment le cas dans les situations suivantes:

- La banque a des raisons de douter de l'exactitude des informations données au sujet de l'identité du titulaire du compte;
- L'exactitude de la déclaration concernant l'identité du bénéficiaire effectif est douteuse;
- Il y a des raisons de croire que d'importants changements n'ont pas été déclarés;
- Il y a des raisons de penser que la banque a été trompée lorsqu'elle a vérifié l'identité du titulaire du compte;
- Il a délibérément été donné à la banque des informations erronées concernant le bénéficiaire effectif;
- Des doutes persistent concernant la déclaration faite par le titulaire du compte lors de l'accomplissement des formalités.

### *II.3. Contrôle renforcé des comptes détenus par des personnes politiquement exposées*

Indépendamment des mesures qu'ils doivent adopter, comme indiqué aux sections II.1 et II.2 ci-dessus, les États parties sont tenus d'exercer une surveillance accrue, afin de détecter les transactions suspectes, des comptes que des personnes qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques importantes et les membres de leur famille et de leur proche entourage cherchent à ouvrir, détiennent directement ou font détenir par un intermédiaire (ces personnes étant collectivement appelées personnes politiquement exposées). Lorsqu'ils établiront les principes directeurs à suivre en ce qui concerne les personnes politiquement exposées, comme l'exige cet article, les États devront prendre plusieurs aspects en considération.

Premièrement, les États parties doivent définir ces personnes avec précision. Étant donné les dispositions des paragraphes 5 et 6 et comme les États parties doivent adopter une attitude proactive et offrir l'assistance la plus large possible aux autres États parties, ils pourront envisager d'inclure dans cette définition les personnalités politiques non seulement nationales mais aussi étrangères ainsi que les membres de leur famille et de leur proche entourage. Si, habituellement, l'inclusion des membres de la famille ne suscite pas de problème – une décision peut être prise sur le degré de parenté par le sang ou par le mariage – une question plus épineuse surgit généralement lorsqu'il s'agit de définir les membres du "proche entourage". La réponse dépend habituellement des informations dont disposent les institutions gardiennes dans les pays dont il s'agit. Par exemple, si les organes de réglementation peuvent aisément avoir accès au cadastre, au registre d'immatriculation des véhicules et au registre des

sociétés, ils pourront être appelés à examiner la situation de proches qui semblent partager la propriété des avoirs enregistrés ou avoir constitué des associations de personnes ou d'autres types d'associations commerciales. Dans d'autres pays, ils pourront être appelés à se référer à l'"information du domaine public" et à suivre régulièrement les nouvelles parues dans les médias pour découvrir qui sont, le cas échéant, les membres du "proche entourage".

Deuxièmement, les États parties devront définir le concept de "surveillance accrue". Ces dernières années, beaucoup de pays ont commencé à exiger de leurs institutions financières qu'elles établissent un "profil du client" pour déterminer dans quelles circonstances une transaction ne correspond pas au profil établi et peut faire naître des soupçons devant être déclarés aux autorités. Pour établir un tel profil du client, les institutions financières doivent bien comprendre quelle est l'origine de la richesse des intéressés, les produits nationaux financiers qui seront sans doute utilisés, le montant et le schéma des transactions à l'arrivée et au départ et le climat des affaires sur un marché donné. Dans d'autres pays, les institutions financières sont tenues de suivre des procédures déterminées lorsqu'elles prennent pour clients des personnes politiquement exposées, les formalités minimums étant généralement les suivantes:

- Un processus standard de demande visant à identifier les personnes politiquement exposées parmi les clients étrangers potentiels;
- Si le client ou l'ayant droit économique est une personne politiquement exposée, il y a lieu d'identifier la source de ses fonds en contrôlant les sources de revenus vérifiables et les raisons plausibles pouvant expliquer le désir d'ouvrir un compte dans le pays ainsi que de contrôler les virements de fonds provenant, par exemple, d'organismes gouvernementaux ou d'entreprises commerciales d'autres pays;
- Si cette investigation ne fait naître aucun soupçon et si une relation d'affaires est effectivement établie, la banque peut en tout état de cause suivre les procédures normale de due diligence concernant le client et ses transactions;
- Lorsque l'investigation réalisée suscite des doutes, ceux-ci doivent être immédiatement communiqués aux autorités;
- Tous les rapports d'affaires avec des personnes politiques exposées doivent être revus périodiquement par la direction générale de l'institution financière;
- Il conviendra de revoir périodiquement aussi bien les comptes existants ainsi que la possibilité qu'un client établi soit devenu une personne politiquement exposée après avoir noué des relations d'affaires avec la banque.

#### *II.4. Avis appelant une surveillance accrue de la part des institutions financières nationales*

Compte tenu des difficultés qu'il y a à identifier les personnes politiquement exposées, surtout du fait que ce concept englobe les membres de leurs familles et de leur proche entourage, l'article 52 contient une disposition novatrice aux termes de laquelle tout État partie peut notifier à un autre État partie l'identité des personnes politiquement exposées de sorte que ses propres institutions financières puissent exercer une diligence accrue concernant des clients spécifiques. En application de cette disposition, les États parties pourront parvenir à la conclusion que cette coopération et cette assistance méritent qu'il soit mis en place une procédure systématique afin de rassembler les informations à transmettre aux autorités étrangères reconnues, sous réserve de mesures appropriées visant à garantir l'intégrité, la confidentialité et l'usage pouvant être fait de cette information (voir également la section II.8 ci-dessous). Dans le cas de pays vers lesquels paraît être régulièrement transféré le produit de la corruption, cela constituera un outil précieux. L'article 56 encourage également les États parties à prendre l'initiative d'alerter les autres États parties lorsque les transactions des personnes politiquement exposées relevant de leur juridiction éveillent des soupçons.

#### *II.5. Tenue d'états adéquats*

Aux termes du paragraphe 3 de l'article 52, les lignes directrices établies conformément au paragraphe 2 a) doivent spécifier les états particuliers qui doivent être tenus au sujet des clients à haut risque et des personnes politiquement exposées. Si les États parties sont déjà tenus d'imposer à leurs institutions financières l'obligation de tenir des états en vertu du paragraphe 1 de l'article 14, le paragraphe 3 de l'article 52 envisage l'application d'une procédure additionnelle ou renforcée dans le cas des personnes politiquement exposées.

Dans le contexte de cette disposition, les États parties pourront prendre en considération différentes variables pour déterminer réalistement pendant combien de temps les états devront être conservés, et ce pour différentes raisons, qui pourront être notamment le laps de temps qui s'est écoulé entre l'infraction et le début d'une enquête, les difficultés inhérentes à la localisation du produit d'une infraction commise par un agent public puissant ou encore en fonction (lorsqu'il jouit de l'immunité ou pour influencer sur l'enquête), la complexité de la procédure à suivre pour retrouver le produit d'une infraction transféré à l'étranger et les décisions de principe adoptées dans le contexte de l'article 29 concernant le délai de prescription applicable aux infractions établies conformément à la Convention. Dans beaucoup de pays, les organes de réglementation doivent fixer la période pendant laquelle les états doivent être conservés, par exemple pendant cinq ans à compter du début de cette transaction. Parfois, l'original de tous les documents doit être conservé. Les États parties voudront peut-être aussi s'interroger sur la question de savoir si la surveillance

accrue dont doit faire l'objet les personnes politiquement exposées doit également comporter une période plus longue de conservation des états comptables étant donné que, fréquemment, une procédure de recouvrement des avoirs ne pourra être entreprise que lorsque les personnes concernées auront cessé leurs fonctions.

## *II.6. Prévention de l'établissement de relations d'affaires et de relations de banques correspondantes avec les banques actives*

L'un des véhicules financiers les plus fréquemment utilisés pour dissimuler des avoirs dans le cadre du système financier international est ce qu'il est convenu d'appeler la "banque fictive". Une définition internationalement acceptée des banques fictives est qu'il s'agit de "banques qui n'ont pas de présence physique (c'est-à-dire de direction et de gestion réelles) dans le pays où elles sont constituées et sont autorisées à opérer et qui ne sont affiliées à aucun groupe de services financiers qui soit soumis à une supervision globale efficace" (Comité de Bâle, 2003; voir également les Principes anti-blanchiment de Wolfsberg pour les banques correspondantes).

Les banques fictives ont fréquemment été utilisées pour faire sortir du pays le produit d'activités criminelles et ont été très utilisées aussi dans d'importantes affaires de corruption. Aussi le paragraphe 4 fait-il aux États parties l'obligation d'adopter des mesures afin d'empêcher que des banques fictives ne soient créées dans leurs pays.

Pour une institution financière, ne pas avoir de présence physique ne signifie pas seulement qu'elle n'a pas de bureaux. Habituellement, les banques fictives ont effectivement un bureau administré par un agent local ou par du personnel très subalterne qui donne l'adresse requise aux fins d'enregistrement dans le pays. Pour une institution financière, l'on entend généralement par présence physique le lieu où se trouvent la direction et la gestion de l'institution de sorte que l'organe de réglementation puisse exercer le contrôle voulu. Dans le cas des banques fictives, la direction et la gestion de l'établissement se trouvent dans un pays différent et peuvent être assurées à partir des bureaux d'une entité associée ou même d'un domicile privé. La gestion étant assurée dans un autre pays, l'organe de réglementation compétent dans le pays où la banque a été constituée ne peut pas exercer le contrôle voulu.

L'autre élément de la définition d'une banque fictive est qu'elle n'est pas affiliée à un groupe de services financiers soumis à un contrôle.

Les clients des banques fictives les utilisent essentiellement pour préserver leur anonymat, pour déguiser l'origine de leurs fonds et pour les virer à d'autres institutions financières. Autrement dit, il est rare que l'argent reste déposé longtemps dans une banque fictive. Par conséquent, les États parties doivent également adopter des mesures pour interdire à leurs institutions financières de nouer des relations de banques correspondantes avec des banques fictives.

Une banque correspondante est un mécanisme qui fournit des services à un autre établissement bancaire. La banque correspondante constitue un maillon important du secteur bancaire car elle permet aux banques situées dans un État de mener des opérations et de fournir des services à leurs clients dans d'autres pays où elles n'ont pas de présence physique. En ouvrant un compte correspondant, la banque étrangère peut recevoir nombre des services offerts par la banque correspondante, voire tous, sans devoir encourir les coûts liés à l'enregistrement ou à l'établissement d'une présence physique dans le pays. Aujourd'hui, nombre des grandes banques internationales situées sur les principales places financières mondiales jouent un rôle de correspondant pour des milliers d'autres banques.

Les banques correspondantes sont inévitablement vulnérables car elles peuvent ne pas être en mesure de s'enquérir régulièrement de la mesure dans laquelle les banques étrangères qui sont leurs clients permettent à l'autre banque étrangère d'utiliser leurs comptes, ou quelle est l'identité des ayants droit économiques (voir les sections II.1 et II.2 ci-dessus) des fonds qui passent par le compte correspondant. Comme leurs clients sont également des banques, les banques correspondantes doivent s'en remettre à leurs clients pour ce qui est de l'application des règlements visant à prévenir le blanchiment d'argent, la raison étant qu'il est coûteux, et souvent impossible, d'obtenir des clients étrangers qui respectent une réglementation applicable. De plus, comme le titulaire du compte correspondant est la banque étrangère, les sommes qui passent par ce compte peuvent appartenir à un grand nombre des clients de cette dernière.

Pour mettre en œuvre les mesures recommandées, les États parties voudront peut-être envisager:

- D'exiger de leurs institutions financières qu'elles procèdent à une évaluation des risques ou appliquent une procédure de due diligence concernant la gestion, les résultats financiers, les activités et la réputation de la banque correspondante ainsi que les contrôles et les procédures opérationnelles appliquées.
- D'interdire à leurs institutions financières de nouer des relations de banques correspondantes avec des banques étrangères s'il y a des raisons de penser que des banques fictives peuvent également y avoir accès.
- D'exiger de leurs institutions financières qu'elles obtiennent le texte des règlements, politiques et procédures applicables aux banques correspondantes en matière de prévention du blanchiment d'argent.
- D'exiger de leurs institutions financières qu'elles déclarent aux organes de réglementation toutes les banques avec lesquelles elles entretiennent des relations de banques correspondantes.
- De mettre en place des mécanismes d'échange d'information avec les organismes de réglementation et services de renseignement financier étrangers pour aider leurs institutions financières à contrôler des institutions ou des cas spécifiques.

## *II.7. Systèmes de déclaration de situation financière applicables aux agents publics appropriés*

Aux termes des paragraphes 5 et 6, il est recommandé aux États parties d'établir pour les agents publics appropriés des systèmes efficaces de divulgation de l'information financière, notamment en ce qui concerne les comptes étrangers qu'ils peuvent détenir. Ces systèmes ont également été discutés dans le contexte de l'article 8.

Les États parties désireux de mettre en œuvre cette recommandation sont encouragés à avoir à l'esprit les différentes questions soulevées dans le contexte de l'article 8. Ils devront tout d'abord déterminer quelle sera l'institution habilitée à administrer et à gérer le système de déclaration de situation financière et de vérification (ainsi qu'à faire enquête sur les violations éventuelles et à appliquer des sanctions). Quelques États parties ont eu recours aux organes mentionnés aux articles 6 et 36 de la Convention; dans d'autres, les systèmes de déclaration de situation financière sont gérés et administrés soit par le fisc, soit par les organes désignés à cet effet (par exemple une commission parlementaire). Certains de ces organes ont un rôle consultatif, tandis que d'autres sont investis de pouvoir d'exécution. Étant donné la diversité des approches suivies, le nombre d'agents publics en cause, les informations devant être déclarées, les procédures de vérification et autres à appliquer et les sanctions à introduire, les États parties voudront peut-être examiner attentivement la nécessité d'adopter une approche institutionnelle inclusive permettant d'avoir effectivement accès à l'information pertinente, de mettre en place des procédures de vérification robustes et de prévoir des moyens de nature à assurer le respect de la réglementation.

Deuxièmement, en ce qui concerne les personnes devant être rangées dans la catégorie des "agents publics appropriés", les États parties voudront peut-être envisager de les sélectionner non seulement en fonction de leur rang mais aussi en fonction de leur vulnérabilité ou de l'importance de leurs fonctions (voir l'article 7). Ainsi, si la plupart des États rangent dans cette catégorie des agents publics élus ou nommés (comme ministres, secrétaires d'État et sous-secrétaires d'État), les hauts fonctionnaires de carrière, les magistrats et parfois les officiers supérieurs, l'on peut envisager aussi d'englober dans cette définition tous les agents publics habilités à procéder à des achats et à engager des dépenses au nom de l'État, comme les membres du personnel des services de passation des marchés publics ou les responsables d'entreprises étatiques, ou encore les agents publics travaillant dans des secteurs stratégiques comme la fabrication d'armes, les services financiers, etc. Par ailleurs, beaucoup d'États parties exigent aussi de leurs agents publics qu'ils déclarent les intérêts financiers des membres de leur famille pour éviter que ceux-ci soient utilisés pour dissimuler le produit d'actes de corruption.

Troisièmement, les États parties voudront peut-être déterminer la nature et le degré de détail de l'information devant être fournie dans la déclaration et la fréquence avec laquelle cette information devra être fournie. Il est extrêmement

souhaitable que non seulement le système exige une déclaration aussi complète que possible mais aussi permette de déclarer des informations qui ne seraient pas requises (les agents publics ne devraient pas pouvoir maintenir des intérêts pouvant donner lieu à un conflit d'intérêts pour prétendre ensuite qu'ils n'avaient pas l'obligation de le déclarer).

Quatrièmement, les États parties sont priés d'envisager d'adopter les mesures pouvant être nécessaires pour permettre à leurs autorités compétentes d'échanger les informations obtenues au moyen du système de déclaration de situation financière avec les autorités compétentes d'autres États parties afin de permettre à celles-ci d'enquêter sur le produit d'infractions établies conformément à la Convention, le réclamer et le recouvrer.

Bien que la communication d'informations sensibles à des autorités étrangères dépende de considérations plus générales liées au droit international et à la politique étrangère, le système global d'échanges administratifs d'information, comme le système mis en place entre services de renseignement financier, s'est avéré être rapide et efficace. Ce qu'il faut, c'est concilier la nécessité de préserver le caractère confidentiel de l'information lorsque cela est nécessaire et celle d'appliquer des sanctions en cas de violation. Les accords ou mémorandums d'accord bilatéraux concernant l'échange d'informations entre organes anticorruption (ou entre services de renseignement financier ou entre les organes désignés en application des articles 6 et 36) devront être conformes aux lois relatives à la protection de la vie privée ou, s'il s'agit d'informations bancaires ou fiscales, aux lois concernant le secret bancaire et le caractère confidentiel des informations fiscales. Aussi conviendra-t-il de prévoir dans de tels accords des dispositions instituant des voies formelles pour la communication d'informations non seulement sur demande mais aussi spontanément (voir l'article 56), mesure de nature à faciliter beaucoup les échanges d'informations. Les États parties devront examiner la question de savoir comment le processus devra être coordonné si plusieurs institutions nationales doivent intervenir.

### *II.8. Agents publics et comptes à l'étranger*

Une autre proposition concernant les informations spécifiques à divulguer concerne, premièrement, les cas dans lesquels un agent public a un compte privé à l'étranger et, deuxièmement, les cas où un agent public est titulaire d'une procuration, d'une délégation de signature ou d'autres types de pouvoirs l'autorisant à représenter les intérêts financiers de l'État dans un autre pays, comme les comptes étrangers d'entreprises publiques, les comptes commerciaux ou comptes de formation, les comptes des ambassades et les représentations diplomatiques, etc.

Dans le premier cas, les règles applicables sont les mêmes que celles qui régissent le système prévu au paragraphe 5. La question de l'échange d'informations financières avec les autorités étrangères devra retenir particulièrement l'attention. Dans le deuxième cas, le paragraphe 6 offre un

puissant moyen de prévention de la fraude et de détournement de fonds publics ainsi que d'abus de confiance et d'abus de pouvoir. Lorsqu'ils appliqueront ces dispositions, les États parties voudront peut-être examiner le rôle que pourront jouer les services nationaux d'audit dans la vérification de ces comptes. Ils devront également déterminer si l'institution chargée d'administrer le système de déclaration de situation financière adopté conformément au paragraphe 5 aura également compétence pour passer en revue les informations communiquées ainsi que les utilisations qui doivent en être faites.

Comme dans le cas de tous les aspects des sanctions applicables en cas d'inobservation des règles de déclaration, les États parties voudront peut-être envisager de définir les sanctions dont serait passible l'inobservation des dispositions instituées conformément au paragraphe 6. Les sanctions devront être proportionnelles à la violation. Ainsi, des sanctions comme l'imposition d'une amende pourront avoir un effet de dissuasion suffisant pour certains agents publics et pour certaines situations.

Enfin, même si la violation des règles concernant les conflits d'intérêts ou les déclarations de situation financière peuvent être érigées en infractions pénales, les États parties voudront peut-être tenir compte aussi du fait que certains "agents publics appropriés" jouiront fréquemment de l'immunité d'arrestation. En pareils cas, des poursuites pourront être intentées seulement s'il a été découvert que l'agent public en cause a délibérément menti, fait une fausse déclaration ou gonflé sa déclaration pour éviter d'avoir à expliquer par la suite une augmentation de son patrimoine (voir les articles 15 et 30 concernant les questions des immunités).

## **Article 53: Mesures pour le recouvrement direct de biens**

*Chaque État partie, conformément à son droit interne:*

*a) Prend les mesures nécessaires pour permettre à un autre État partie d'engager devant ses tribunaux une action civile en vue de voir reconnaître l'existence d'un droit de propriété sur des biens acquis au moyen d'une infraction établie conformément à la présente Convention;*

*b) Prend les mesures nécessaires pour permettre à ses tribunaux d'ordonner aux auteurs d'infractions établies conformément à la présente Convention de verser une réparation ou des dommages-intérêts à un autre État partie ayant subi un préjudice du fait de telles infractions; et*

*c) Prend les mesures nécessaires pour permettre à ses tribunaux ou autorités compétentes, lorsqu'ils doivent décider d'une confiscation, de reconnaître le droit de propriété légitime revendiqué par un autre État partie sur des biens acquis au moyen d'une infraction établie conformément à la présente Convention.*

## I. Contexte

L'article 53 a pour but de faire en sorte que les États parties fassent en sorte que d'autres États parties aient sur leur territoire qualité pour agir s'agissant de réclamer des biens acquis au moyen d'une infraction, engager une action civile et invoquer d'autres recours directs pour recouvrer des biens illégalement obtenus et détournés. Une propriété antérieure, la réparation du préjudice subi et une indemnisation sont les différents moyens juridiques que peut invoquer l'État partie victime devant les tribunaux de l'État partie vers lequel les biens en question ont été détournés, et les États parties victimes doivent se voir reconnaître qualité pour agir comme plaignant dans une action civile, comme partie tendant à obtenir réparation du préjudice causé par une infraction pénale ou comme tierce partie revendiquant des droits de propriété dans le cadre d'une procédure de confiscation civile ou pénale.

## II. Difficultés pratiques et solutions

### *II.1. Qualité pour agir*

Les États parties sont tenus de permettre à un autre État partie d'engager devant ses tribunaux une action civile en vue de voir reconnaître l'existence d'un droit de propriété sur des biens acquis directement ou indirectement au moyen d'une infraction établie conformément à la Convention. Dans l'application de cette disposition, les États parties peuvent envisager deux démarches.

Premièrement, les États parties voudront peut-être revoir les dispositions en vigueur concernant les conditions conférant qualité pour agir devant leurs juridictions civiles et pénales à la lumière de l'objectif énoncé à l'alinéa a) de l'article 53 afin de déterminer s'il y a lieu de les réviser. Dans certains pays, il faudra faire en sorte que les États parties et leurs représentants légaux se voient reconnaître le même statut que les autres personnes physiques et morales étrangères. Dans les pays où la qualité pour agir et l'accès aux tribunaux sont fondés sur des règles restrictives – pouvant exiger par exemple la preuve d'un préjudice ou d'une perte et un lien de causalité directe entre la perte ou le préjudice et l'acte qui l'aurait causé – il faudra pour mettre en œuvre cet article évaluer les conséquences de ces restrictions. Lorsqu'une perte ou un dommage de caractère indirect et un lien indirect de causalité sont admis comme ouvrant droit à agir, les États parties pourront permettre à un autre État partie de réclamer devant leurs tribunaux la propriété de biens acquis non seulement à la suite d'un détournement de fonds, cas dans lequel il existe une relation directe, mais aussi à la suite d'une corruption (cas dans lequel la relation avec l'État partie victime est moins directe) ou par la commission de toute autre infraction devant être criminalisée conformément à la Convention.

Deuxièmement, les États parties devront revoir les conditions dans lesquelles une action peut être engagée devant les tribunaux lorsque le demandeur est un autre État partie. Dans de nombreux pays, le fait d'avoir un État partie comme plaignant dans une action civile peut susciter des questions de

compétence et de procédure. S'agissant des questions de compétence, certains pays considèrent les États étrangers comme une "catégorie spéciale" de plaignants et leur permettent de saisir directement une juridiction d'un niveau plus élevé qu'un tribunal de première instance. Les États parties voudront peut-être déterminer si ces conditions n'ont pas pour effet de compromettre des droits de procédure comme les droits d'appel. S'agissant des questions de procédure, la nécessité de retenir les services d'un conseil local peut poser un problème, surtout pour les pays les moins avancés et les pays en développement, étant donné que les services juridiques fournis dans ces domaines spécialisés sont généralement fort onéreux, surtout si l'on considère que la procédure peut être fort longue.

## *II.2. Versement d'une réparation ou des dommages-intérêts à raison d'actes de corruption*

Les États parties sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour permettre à leurs tribunaux d'ordonner aux auteurs d'infractions établies conformément à la Convention de verser une réparation ou des dommages-intérêts à un autre État partie ayant subi un préjudice du fait de telles infractions (voir également les articles 34 et 35). Cette disposition novatrice s'écarte du principe selon lequel le produit de la corruption ne peut être recouvré qu'à la suite d'une confiscation et fait aux États parties l'obligation de permettre à leurs tribunaux de reconnaître le droit des États parties victimes d'obtenir le versement d'une indemnisation ou de dommages-intérêts.

Dans le contexte de l'application de cette disposition, les États parties voudront sans doute prendre en considération plusieurs aspects. Le premier se rapporte à la nécessité de décider quelle sera la procédure applicable. D'une manière générale, deux options peuvent être envisagées:

a) Les États parties peuvent exiger de l'État partie victime qu'elle engage une action en réparation ou en dommages-intérêts conformément au droit des quasi délits ou à d'autres principes du droit civil.

b) Les États parties peuvent autoriser la juridiction pénale ayant condamné le délinquant à ajouter le versement d'une indemnisation en tant que sanction accessoire. Pour les États parties qui appliquent un système de confiscation "basé sur la valeur", cette option pourra être la plus attrayante.

Plusieurs États parties, par exemple ceux qui sont parties à la Convention civile sur la corruption adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe, ont déjà établi le droit des personnes physiques et morales à obtenir réparation du préjudice résultant d'actes de corruption. Il pourra leur suffire de reconnaître aux autres États parties qualité pour engager une telle procédure. Dans les États parties où le versement de dommages-intérêts à la suite d'actes de corruption n'est pas une procédure établie, cependant, il pourra être nécessaire de prévoir une procédure spécifique définissant les droits de l'État partie victime, la norme de preuve applicable et les droits de la défense.

Du point de vue de la procédure, une action civile peut être fondée soit sur le droit de propriété, soit sur le droit des quasi délits, selon l'origine des biens revendiqués. Dans le cas de fraude et de malversation de fonds publics, l'État demandeur fait valoir son droit de propriété légitime des biens en cause au nom de sa population et du Trésor. En cas de corruption et de trafic d'influence et dans les autres cas où les biens revendiqués ont une origine privée, la demande pourra être fondée sur le préjudice causé par l'accusé ou sur le droit de l'État partie d'exiger la restitution de tout avantage légalement tiré de l'abus d'une fonction publique ou des pouvoirs dont celle-ci est investie.

En ce qui concerne les types de dommages dont réparation peut être demandée, les États parties devront déterminer s'ils devront autoriser la réparation non seulement d'un préjudice matériel mais aussi d'un manque à gagner et d'une perte non pécuniaire. Ils pourront être autorisés à réclamer l'indemnisation d'un manque à gagner lorsqu'il est établi, par exemple, que le marché corrompu dont il s'agit a affecté les recettes ou les gains de l'État. Les dommages autres que matériels ou les pertes non pécuniaires sont liés aux dommages institutionnels causés par la corruption. L'une des principales conséquences de la corruption est qu'elle compromet gravement la légitimité du système institutionnel. Toutefois, comme il est difficile de quantifier de tels dommages, l'indemnisation pourrait également revêtir la forme d'une contribution à des programmes institutionnels, au renforcement des capacités de lutte contre la corruption, etc. De plus, la corruption peut également entraîner des préjudices indirects, comme un dommage à l'environnement, par exemple lorsque la réalisation d'ouvrages d'infrastructure est autorisée sans qu'il soit réalisé d'études d'impact environnemental appropriées, lorsque des ressources naturelles sont polluées, lorsque le dépôt de déchets toxiques affecte la santé de la population, etc.

### *II.3. Reconnaissance du droit de propriété dans une procédure de confiscation étrangère*

Aux termes de cet article, les États parties sont tenus de permettre à leurs tribunaux, lorsqu'ils doivent décider d'une confiscation, de reconnaître le droit de propriété légitime revendiqué par un autre État partie sur des biens acquis au moyen d'une infraction établie conformément à la Convention. Il se peut évidemment que l'État partie concerné n'ait pas connaissance de la procédure, par exemple lorsqu'une société est accusée d'avoir corrompu un agent public étranger dans le pays de celui-ci. Les États parties devront toujours faire preuve de vigilance pour veiller à ce que les autres États parties soient opportunément informés de la procédure, comme doit l'être toute autre victime. Les États parties devront par conséquent envisager de notifier à l'État partie concerné son droit de comparaître et de faire valoir ses droits, conformément également à l'article 56.

## **Article 54: Mécanismes de recouvrement de biens par la coopération internationale aux fins de confiscation**

1. Afin d'assurer l'entraide judiciaire prévue à l'article 55 de la présente Convention concernant les biens acquis au moyen d'une infraction établie conformément à la présente Convention ou utilisés pour une telle infraction, chaque État partie, conformément à son droit interne:

a) Prend les mesures nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes de donner effet à une décision de confiscation d'un tribunal d'un autre État partie;

b) Prend les mesures nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes, lorsqu'elles ont compétence en l'espèce, d'ordonner la confiscation de tels biens d'origine étrangère, en se prononçant sur une infraction de blanchiment d'argent ou une autre infraction relevant de sa compétence, ou par d'autres procédures autorisées par son droit interne; et

c) Envisage de prendre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tels 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.

2. Afin d'accorder l'entraide judiciaire qui lui est demandée en application du paragraphe 2 de l'article 55, chaque État partie, conformément à son droit interne:

a) Prend les mesures nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes de geler ou de saisir des biens, sur décision d'un tribunal ou d'une autorité compétente d'un État partie requérant ordonnant le gel ou la saisie, qui donne à l'État partie requis un motif raisonnable de croire qu'il existe des raisons suffisantes de prendre de telles mesures et que les biens feront ultérieurement l'objet d'une ordonnance de confiscation aux fins de l'alinéa a du paragraphe 1 du présent article;

b) Prend les mesures nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes de geler ou de saisir des biens sur la base d'une demande donnant à l'État partie un motif raisonnable de croire qu'il existe des raisons suffisantes de prendre de telles mesures et que les biens feront ultérieurement l'objet d'une ordonnance de confiscation aux fins de l'alinéa a du paragraphe 1 du présent article; et

c) Envisage de prendre des mesures supplémentaires pour permettre à ses autorités compétentes de préserver les biens en vue de leur confiscation, par exemple sur la base d'une arrestation ou d'une inculpation intervenue à l'étranger en relation avec leur acquisition.

## I. Contexte

L'article 54 est une autre des mesures novatrices prévues par la Convention pour aider les États à mettre en place un robuste système de recouvrement des biens. Aux termes de cet article, qui a pour but de surmonter les obstacles qui pourraient entraver le recouvrement du produit de la corruption, les États parties sont tenus d'établir des procédures afin d'assurer la confiscation du produit de la corruption en provenance d'un autre État partie ainsi que d'adopter des mesures conservatoires pour faciliter les procédures de confiscation ou de prendre l'initiative d'adopter des mesures de cette nature en prévision de telles demandes. Comme les États parties peuvent avoir des systèmes juridiques différents, l'article 54 énonce la procédure à suivre pour faciliter la coopération entre États parties ayant des traditions juridiques différentes.

## II. Difficultés pratiques et solutions

### *II.1. Caractère exécutoire d'une ordonnance de confiscation étrangère*

Aux termes du paragraphe 1 a) de l'article 54, les États parties sont tenus d'adopter des procédures pour permettre à leurs autorités compétentes d'exécuter une ordonnance de confiscation rendue par un tribunal étranger. Traditionnellement, ces procédures peuvent revêtir deux formes différentes. Les autorités compétentes de l'État partie requis peuvent soit reconnaître et exécuter l'ordonnance de confiscation étrangère, soit instituer une nouvelle procédure conformément à leur droit interne et rendre une ordonnance de gel ou de confiscation conformément à leur législation nationale pour le compte d'un État partie.

Dans l'application du paragraphe 1 de l'article 54, les États parties pourront considérer que cette disposition englobe également les biens utilisés pour la commission d'une infraction établie conformément à la Convention et pas seulement les biens acquis au moyen de cette infraction, ce qui aura pour effet d'élargir la portée de leur coopération. En outre, le paragraphe 1 a) de l'article 54, reconnaissant que, dans la plupart des États parties, une décision de justice sera nécessaire pour exécuter une ordonnance de confiscation étrangère, se réfère aux "autorités compétentes", laissant ainsi les États parties libres de mettre en place les procédures administratives les mieux appropriées pour exécuter une décision judiciaire étrangère.

Il ne faut pas perdre de vue, à ce propos, qu'il est extrêmement probable que l'État partie requis exigera que la décision judiciaire rendue dans l'État partie requérant ait un caractère définitif. Aussi bien la sécurité juridique que les droits de la défense veulent que la décision ait le statut de chose jugée et ne puisse plus faire l'objet d'un appel.

Si l'exécution de jugements étrangers est habituellement préférable à l'ouverture d'une nouvelle procédure de confiscation – forme de transfert de la procédure pénale – instituer une nouvelle procédure peut dans certains cas être

nécessaire conformément au droit interne de l'État partie requis. Ainsi, il arrive fréquemment que lorsqu'un État partie demande l'exécution d'une ordonnance de confiscation à l'encontre d'une personne morale d'un État partie où la responsabilité pénale d'une personne morale n'est pas reconnue, il faudra entamer une nouvelle procédure afin de déterminer quelles seront les personnes physiques à l'encontre desquelles l'ordonnance sera exécutée.

Plusieurs États ont établi des procédures de confiscation indépendantes des procédures prévues pour l'appréciation de la culpabilité de l'infraction sous-jacente. Ces procédures de confiscation distinctes peuvent avoir différents objectifs, qu'il s'agisse de laisser au Ministère public le temps de faire enquête sur l'origine du produit du crime ou d'appliquer une norme de preuve moins élevée touchant l'origine des biens à confisquer.

### *II.2. Confiscation du produit d'actes de corruption à l'étranger sur la base de la législation réprimant le blanchiment d'argent ou des infractions connexes*

Au cours des dix dernières années, l'on a réussi à recouvrer le produit de plusieurs grosses affaires de corruption en poursuivant les coupables pour blanchiment d'argent dans les pays où le produit de ces infractions avait été transféré.

La Convention fait une large place à l'utilisation des mécanismes anti-blanchiment d'argent pour prévenir, localiser, geler, saisir et confisquer le produit d'actes de corruption (voir les articles 14, 23 et 52). Aux termes des articles 14 et 52, les institutions financières doivent signaler les transactions dont elles soupçonnent qu'elles portent sur le produit d'activités criminelles. En outre, le paragraphe 2 c) de l'article 23 fait aux États parties l'obligation de permettre l'ouverture dans le pays même de poursuites concernant des cas de blanchiment d'argent sans égard à la question de savoir où a été commise l'infraction sous-jacente. En l'occurrence, le paragraphe 1 b) de l'article 54 clos le cercle en stipulant que les États parties doivent mettre en place des procédures appropriées pour pouvoir confisquer, par le biais de poursuites pour blanchiment d'argent, le produit d'infractions sous-jacentes commises à l'étranger.

### *II.3. Confiscation en l'absence de condamnation pénale*

Le paragraphe 1 c) de l'article 54 recommande aux États parties d'adopter des mesures pour permettre la confiscation du produit d'actes de corruption commis à l'étranger qui aurait été transféré sur leur territoire même lorsque le délinquant n'a été condamné au pénal ni dans l'État partie où l'infraction principale a été ou aurait été commise ni dans l'État partie où se trouvent les biens à confisquer.

La façon dont cette recommandation sera appliquée dépend du concept de châtement ou de justice réparatrice que chaque État partie associe à la notion de confiscation. Si plusieurs États considèrent la confiscation du produit du crime

comme étant exclusivement une sanction punitive, beaucoup d'autres envisagent également la confiscation comme un recours relevant de la justice réparatrice qui peut dans certaines circonstances s'appliquer aussi autrement qu'en matière pénale.

La Convention recommande que les États parties adoptent tout au moins les mesures requises pour les cas où une condamnation pénale ne peut pas être obtenue en raison du décès, de la fuite ou de l'absence du coupable. En cas de décès, le principe établi étant qu'une sanction pénale n'est pas transmissible aux héritiers, les États parties peuvent présenter la confiscation comme une mesure relevant de la justice réparatrice, l'idée étant que le transfert ou la conversion d'un bien illégalement acquis ne saurait altérer son caractère illicite, pas plus que le droit de l'État partie victime de le recouvrer.

La Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, a défini les critères en fonction desquels une confiscation apparaît comme une sanction ou comme un recours civil (Commission européenne des droits de l'homme, n° 12386/1986 et Cour européenne des droits de l'homme, *Phillips c. Royaume-Uni*, n° 41087/1998). À la différence de la confiscation à l'issue d'une procédure pénale, les lois relatives à la saisie en matière civile n'exigent pas de prouver l'origine illicite du bien dont il s'agit "au-delà de tout doute raisonnable", la preuve étant évaluée à la lumière de l'ensemble des probabilités, ou bien une forte présomption d'illégalité, jointe à l'incapacité de l'intéressé de prouver le contraire, suffisant en l'occurrence.

#### *II.4. Mesures conservatoires en prévision de la confiscation de biens*

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 54, les États parties sont tenus de permettre à leurs autorités compétentes d'adopter des mesures conservatoires, à la demande d'un autre État partie, en prévision de l'exécution d'une ordonnance de gel ou de confiscation. Le paragraphe 2 a) de l'article reconnaît que des ordonnances étrangères de gel ou de confiscation peuvent être rendues par des autorités compétentes autres que des tribunaux. Cependant, les États parties n'ont pas l'obligation d'exécuter ou de reconnaître une ordonnance de gel ou de confiscation rendue par une autorité qui n'a pas compétence en matière pénale (voir, à titre de comparaison, la Note interprétative concernant le paragraphe 2 a) de l'article 54 au paragraphe 61 du document A/58/422/Add.1).

Si le paragraphe 2 a) et b) de l'article 54 porte principalement sur le gel et la saisie en tant que mesures conservatoires, le paragraphe 2 c) recommande vivement aux États parties de prendre des mesures supplémentaires pour permettre à leurs autorités compétentes de préserver les biens en vue de leur confiscation, par exemple sur la base d'une arrestation ou d'une inculpation intervenue à l'étranger en relation avec leur acquisition et pouvant déboucher sur une confiscation. Toutes les procédures pénales, par exemple, prévoient des mesures autres que le gel et la confiscation, comme la mise sous séquestre, des injonctions ou l'administration judiciaire d'entreprises ou de comptes qui permettent de restreindre temporairement l'aliénation, l'utilisation et la

jouissance des biens en cause. Les États parties désireux de mettre en œuvre cette recommandation pourront envisager d'élargir l'application de ces mesures aux premières étapes de la procédure, lorsqu'ils ont connaissance d'une arrestation ou de l'inculpation intervenue à l'étranger en relation avec l'acquisition des biens en question (voir l'article 56).



Pour de plus amples informations, et pour une analyse du contenu, de la structure et des règles de l'article 55 de la Convention, voir le chapitre pertinent du Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption

## **Article 56: Coopération spéciale**

*Sans préjudice de son droit interne, chaque État partie s'efforce de prendre des mesures lui permettant, sans préjudice de ses propres enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires, de communiquer, sans demande préalable, à un autre État partie des informations sur le produit d'infractions établies conformément à la présente Convention lorsqu'il considère que la divulgation de ces informations pourrait aider ledit État partie à engager ou mener une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire ou pourrait déboucher sur la présentation par cet État partie d'une demande en vertu du présent chapitre de la Convention.*

### **I. Contexte**

L'article 56 marque un pas de plus en matière de coopération internationale, domaine qui a traditionnellement été fondé sur le principe selon lequel des informations et une assistance n'étaient fournies qu'à la demande d'un autre État. La Convention introduit ainsi le concept de coopération spontanée et encourage les États parties à adopter une approche proactive qui paraît spécialement prometteuse, surtout dans le contexte des transactions financières contemporaines, qui s'effectuent à une très grande rapidité. Aux termes de l'article 56, les États parties sont encouragés à prendre l'initiative d'informer les autres États parties concernés lorsqu'ils ont des raisons de croire que les informations en question peuvent leur être utiles pour engager ou mener une enquête, des poursuites ou une procédure judiciaire.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

Pour mettre en œuvre l'article 56, les États parties voudront peut-être envisager d'incorporer à leur législation nationale des dispositions visant à encourager une coopération proactive et autorisant leurs autorités compétentes à communiquer à d'autres États parties les informations considérées comme pouvant intéresser leurs autorités. Il appartiendra néanmoins aux États de déterminer comment ces informations pourraient être échangées. Néanmoins, pour que les dispositions en question puissent être appliquées aussi facilement que possible, il semblerait utile d'opter pour des voies de communication directes permettant aux autorités compétentes de communiquer les informations potentiellement utiles directement à leurs homologues étrangers. Ces informations pourront porter en particulier sur les transactions suspectes, les activités des personnes politiquement exposées, les cas dans lesquels un agent public peut, en vertu d'une procuration, d'une délégation de signature ou d'une autre délégation de pouvoir, représenter les intérêts financiers de l'État sur le territoire d'un État partie ou des paiements inhabituels par des personnes morales.

Les États parties voudront peut-être utiliser à cet effet les mécanismes d'échange d'informations qui existent déjà. Un exemple de ces mécanismes de

communication est le Groupe Egmont, qui s'emploie à promouvoir le développement des services de renseignement financier et les échanges d'informations. Les services de renseignement financier échangent des informations avec leurs homologues sur la base de la réciprocité ou d'un accord mutuel et conformément aux procédures établies. Ces échanges, qu'ils se fassent sur demande ou spontanément, permettent d'obtenir des informations pouvant être utiles à des fins d'analyse d'opérations financières ou d'enquêtes sur ces opérations ainsi que d'autres données concernant les transactions dont il s'agit et les personnes ou entreprises qui y participent. Les services de renseignement financier échangent ces informations aussi bien formelles et rapides que possible et sans guère de formalisme, tout en garantissant la protection de la vie privée des intéressés et la confidentialité des données échangées. Les échanges d'informations entre services de renseignement financier sont sécurisés et, à cette fin, les services de renseignement financier membres utilisent, s'il y a lieu, le réseau sécurisé Egmont Secure Web (ESW).

Pour de plus amples informations, et pour une analyse du contenu, de la structure et des règles de l'article 57 de la Convention, voir le chapitre pertinent du Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption

## **Article 58: Service de renseignement financier**

*Les États parties coopèrent dans le but de prévenir et de combattre le transfert du produit des infractions établies conformément à la présente Convention, ainsi que de promouvoir les moyens de recouvrer ledit produit et, à cette fin, envisagent d'établir un service de renseignement financier qui sera chargé de recevoir, d'analyser et de communiquer aux autorités compétentes des déclarations d'opérations financières suspectes.*

### **I. Contexte**

L'article 58 encourage les États parties à créer des services de renseignement financier afin d'améliorer l'efficacité de la coopération en matière de recouvrement d'avoirs.

Depuis les années 90, plus de 110 pays ont créé pour prévenir et combattre le blanchiment d'argent des services de renseignement financier constituant les autorités nationales centrales chargées de recevoir (et, lorsque cela est autorisé, de demander), de partager, d'analyser et de communiquer aux autorités compétentes les renseignements financiers concernant les fonds soupçonnés d'être le produit du crime ou d'être destinés au financement du terrorisme ainsi que les informations prévues par la législation ou la réglementation nationale en vue de faciliter la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le Groupe Egmont est une organisation informelle constituée pour faciliter le travail des services de renseignement financier qui s'attache en priorité, entre autres, à stimuler les échanges d'informations et à éliminer les obstacles qui entravent le partage de l'information à travers les frontières.

### **II. Difficultés pratiques et solutions**

#### *II.1. Rôles des services de renseignement financier*

Les services de renseignement financier ont normalement un triple rôle. Premièrement, ils centralisent l'information concernant le blanchiment d'argent provenant, le plus souvent, des institutions financières et des autres intermédiaires, en exerçant un contrôle opérationnel étroit concernant l'utilisation qui est faite de cette information et sa diffusion. Deuxièmement, ils jouent un rôle d'analyse qui consiste à traiter l'information qu'ils reçoivent et à y ajouter les données connexes concernant la transaction signalée. Ces informations proviennent généralement des données dont disposent les services de renseignement financier eux-mêmes, d'autres bases de données gouvernementales auxquelles ont accès ces services, de sources du domaine public, des autres informations communiquées par les entités qui lui font rapport et de services de renseignement financier étrangers. Dans le cadre de cette fonction d'analyse, ils peuvent également mener des activités de recherche et des analyses stratégiques et/ou statistiques devant être communiquées à d'autres services de détection et de répression, par exemple en ce qui concerne

l'apparition de tendances ou de typologie nouvelle en matière de blanchiment d'argent, la localisation des activités financières menées par les groupes de criminels sur de vastes régions géographiques et l'identification de liens internationaux qui n'apparaissent pas de prime abord lors de l'enquête. Troisièmement, les services de renseignement financier sont un moyen de faciliter – de leur propre initiative ou sur demande – l'échange d'informations concernant les transactions financières inhabituelles ou suspectes entre services de renseignement financier étrangers ou services de détection, organes de réglementation ou autorités judiciaires nationaux.

Dans certains cas, les services de renseignement financier peuvent être investis de certains autres pouvoirs de supervision soit des institutions financières, soit d'entités et de professions non financières, soit des deux. En pareils cas, ces services peuvent également être autorisés à imposer des sanctions aux entités ou personnes qui manquent à leurs obligations en matière de rapports ou de tenue de registres (par exemple amendes ou suspensions ou retraits de permis). Certains services de renseignement financier peuvent également être autorisés à promulguer directement l'application des lois réprimant le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Selon le modèle choisi par les États parties (voir ci-dessous), les services de renseignement financier peuvent être chargés de certaines investigations préliminaires concernant le blanchiment d'argent ou de coopérer avec les autorités judiciaires pour identifier les avoirs pouvant être gelés, saisis ou confisqués ou poursuivre les activités financières du suspect ou de ses complices. Dans certains cas, les services de renseignement financier peuvent geler des avoirs, à titre de mesures conservatoires, pendant que l'enquête se poursuit.

Ces services peuvent également fournir des avis et une formation au personnel des institutions financières et des sociétés ou professions non financières concernant le règlement applicable à la lutte contre le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme aux échelons national, régional et international.

Les États parties peuvent envisager différents modèles pour créer des services de renseignement financier, selon leurs cadres juridiques et leurs caractéristiques économiques, par exemple:

- Le modèle administratif, le service étant alors soit rattaché à un organisme de réglementation ou de supervision comme la banque centrale ou le Ministère des finances, soit un organe administratif indépendant;
- Le modèle de répression;
- Le modèle judiciaire ou inquisitoire, le service de renseignement financier étant alors affilié à une autorité judiciaire ou au Ministère public; ou
- Le modèle hybride, qui combine divers éléments des modèles susmentionnés.

Dans tous les cas, toutefois, un élément fondamental est l'indépendance du service, lequel peut être garanti de différentes façons. L'on peut parfois y parvenir en créant le service de renseignement financier en tant qu'institution distincte dotée d'un budget garanti et d'un personnel qualifié suffisant ou en faisant en sorte que ses ressources et ses activités ne dépendent pas d'une autre institution qui puisse affecter son efficacité ou exploiter indument ses fonctions et ses informations. Cette indépendance doit cependant aller de pair avec les mécanismes de supervision et de responsabilisation appropriés pour pouvoir, par exemple, superviser l'utilisation faite par le service de renseignement financier des données dont il dispose ou des pouvoirs intrusifs dont il est investi, et par des mesures comme l'obligation de présenter des rapports au Parlement, des audits et/ou un contrôle judiciaire.

## *II.2. Modèles de services de renseignement financier: modèle administratif*

Les services de renseignement financier de type administratif peuvent être des organismes publics ou privés (bien que dotés d'attributions définies par la loi) opérant en tant qu'institution distincte sous la supervision d'un ministère ou d'un organe administratif ou en tant qu'institution indépendante ou soumise à une telle supervision. En faisant d'une autorité administrative un "tampon" entre le secteur des institutions financières et les autres secteurs qui doivent soumettre des déclarations, d'une part, et le secteur des services de détection et de répression, de l'autre, les autorités peuvent plus facilement mobiliser le concours des institutions financières, qui craignent souvent les inconvénients que présente à l'égard de leurs clients le fait d'entretenir des liens institutionnels directs avec les services de détection et de répression. Les avantages du modèle administratif sont que le service de renseignement financier joue fréquemment un rôle d'interface entre le secteur financier et les autres secteurs soumis aux obligations de déclaration, d'une part, et les services de détection et de répression, de l'autre, ce qui évite de créer des liens institutionnels directs entre les deux tout en garantissant que les affaires devant être déclarées seront portées à l'attention des services de détection ou de répression. Ainsi, les institutions financières et autres répugneront moins à communiquer des informations s'ils savent que celles-ci ne seront diffusées que s'il surgit des cas de blanchiment d'argent, de corruption ou de financement du terrorisme à la lumière de l'analyse menée par le service de renseignement financier lui-même plutôt que les informations limitées dont elles disposent. Un service de renseignement financier du type administratif est habituellement considéré comme un interlocuteur "neutre", technique et spécialisé par les institutions financières; s'il est rattaché à un organe de réglementation, il constitue leur interlocuteur naturel. Un service de renseignement financier de caractère administratif peut facilement échanger des informations avec des services de renseignement financier de tous types.

D'une part, comme le service de renseignement financier ne fait pas partie des structures des services de détection et de répression, il peut y avoir des retards dans l'application de mesures comme le gel d'une opération suspecte ou

l'arrestation d'un suspect à la suite des rapports présentés par les institutions financières. Habituellement, le service de renseignement financier ne jouit pas des mêmes pouvoirs que ceux que la loi accorde aux services de détection et aux autorités judiciaires pour obtenir des éléments de preuve, par exemple s'agissant de délivrer des mandats de perquisition, d'intercepter des communications ou d'obliger des témoins à comparaître. Dans certains cas, cependant, le service de renseignement financier a le pouvoir d'imposer des sanctions en cas de manquement à la réglementation applicable ainsi que d'autres types de sanctions, mais il est parfois habilité à demander à d'autres entités du secteur public ou privé de produire des pièces documentaires. Les services de renseignement financier de type administratif peuvent être soumis à un contrôle plus direct des autorités politiques.

### *II.3. Modèles de services de renseignement financier: modèle de répression*

Dans certains États parties, l'accent mis sur l'aspect répression du service de renseignement financier a conduit à créer ce service en tant qu'organisme public indépendant ou en tant qu'élément d'un service de détection et de répression, ce qui est apparu comme le moyen le plus facile de mettre en place un organe doté de pouvoirs de répression appropriés sans devoir concevoir les nouvelles entités à l'intérieur d'un nouveau cadre juridique et administratif. Selon cet arrangement, le service de renseignement financier opère en étroite association avec d'autres services de répression, comme les services d'autres institutions chargés de la répression de la délinquance financière, et bénéficient de leurs compétences et de leurs sources d'information. Inversement, les services de détection et de répression peuvent avoir accès plus facilement aux informations reçues par le service de renseignement financier et peuvent ainsi les utiliser pour leurs enquêtes. Les échanges d'informations peuvent également être accélérés en ayant recours aux réseaux d'échange d'informations criminelles qui existent aux échelons national et international.

Les avantages que le modèle de répression présente pour le service de renseignement financier sont les suivants:

- Le service est créé dans le cadre d'une infrastructure existante, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de mettre sur pied une nouvelle institution.
- Les services de détection et de répression doivent utiliser au mieux les informations provenant des déclarations d'opérations financières.
- Les services de détection et de répression peuvent intervenir rapidement dès lors qu'apparaissent des indices de blanchiment d'argent et d'autres informations.
- Les informations peuvent être échangées au niveau du vaste réseau d'échange d'informations criminelles qui existe aux échelons nations, régional et international.

- Ayant reçu la même formation, les membres du personnel des services de détection et de répression peuvent être détachés, échangés ou regroupés en équipes.
- Il est relativement aisé d’avoir accès aux informations criminelles et aux services de renseignement en général.

Un service de renseignement financier conçu sur le modèle de répression sera normalement doté de tous les pouvoirs dont sont investis les services de répression en général, sans qu’il soit nécessaire de les définir par une loi spécifique. Ces pouvoirs englobent celui d’avoir accès aux comptes, de surveiller les opérations et de saisir des biens (avec le même degré de supervision judiciaire que celui auquel sont soumis les autres services de répression de l’État).

Ces inconvénients sont les suivants:

- Les services de renseignement financier de ce type tendent à s’intéresser davantage aux enquêtes qu’aux analyses ou aux mesures de prévention.
- Les services de détection et de répression ne sont pas un interlocuteur naturel pour les institutions financières; il doit être créé un climat de confiance mutuelle, ce qui peut prendre un certain temps, et il arrive que les services de répression n’aient pas les connaissances financières requises pour entretenir un tel dialogue ou ne sont pas conscients de la valeur d’une interaction régulière avec les institutions financières.
- Pour avoir accès aux données des institutions financières (autres que les informations concernant les opérations déclarées), il faut habituellement qu’il ait été lancé une enquête formelle ou que cela ait été autorisé par le juge.
- Il se peut que les institutions tenues par l’obligation de déclaration répugnent à communiquer des informations aux services de répression si elles savent que ces informations pourront être utilisées pour n’importe quelle enquête criminelle (et pas seulement pour les enquêtes concernant le blanchiment d’argent ou la corruption).
- Les institutions tenues par l’obligation de déclaration peuvent hésiter à communiquer des informations aux services de répression au sujet d’opérations qui sont simplement “suspectes”.

#### *II.4. Modèles de services de renseignement financier: modèle judiciaire ou inquisitoire*

Les services de renseignement financier de ce type sont généralement créés dans le cadre de la branche judiciaire et le plus souvent du Ministère public. C’est le type que l’on rencontre habituellement dans les États parties de tradition romaniste, où le Ministère public fait partie de la magistrature et couvre les organes et services d’enquête.

Les services de renseignement financier créés sur le modèle judiciaire ou inquisitoire peuvent donner de bons résultats dans les États parties où les lois relatives au secret bancaire sont si rigoureuses que des liens directs avec les tribunaux ou le Ministère public sont nécessaires pour obtenir la coopération des institutions financières.

Les avantages d'un service de renseignement financier inspiré d'un modèle judiciaire ou inquisitoire sont les suivants:

- Ils sont habituellement très indépendants.
- Les informations communiquées sont transmises directement à l'institution autorisée à ouvrir des enquêtes ou à entamer des poursuites concernant l'infraction.
- Les pouvoirs et les compétences des magistrats ou des procureurs (par exemple en ce qui concerne la saisie de fonds, le gel de comptes, les interrogatoires, les arrestations, les perquisitions) peuvent être immédiatement exploités.
- Leurs inconvénients sont généralement les mêmes que ceux des services de renseignement financier de type répression, sauf pour ce qui est de la divulgation d'informations concernant les opérations simplement "suspectes".

#### *II.5. Modèles de services de renseignement financier: modèle hybride*

Cette dernière catégorie englobe les services de renseignement financier qui combinent à des degrés divers les caractéristiques décrites dans le contexte des trois autres modèles. Ce type hybride est une tentative de tirer parti des avantages des différents types de services de renseignement financier en les rassemblant en une même institution. Certains services combinent les caractéristiques des services de type administratif et de type répression, tandis que d'autres conjuguent les pouvoirs d'un service des douanes et ceux de la police. Il y a lieu de noter que, dans le cas de certains services de renseignement financier, des agents des divers organes de réglementation et services de répression travaillent côte à côte, tout en continuant d'exercer les pouvoirs dont sont investis leurs propres institutions, pour faciliter le partage de l'information et maximiser les effets de synergie.

### **Article 59: Accords et arrangements bilatéraux et multilatéraux**

*Les États parties envisagent de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux afin de renforcer l'efficacité de la coopération internationale instaurée en application du présent chapitre de la Convention.*

## I. Contexte

L'article 59 encourage vivement les États parties à conclure des traités bilatéraux ou multilatéraux, en ayant à l'esprit le principe général énoncé à l'article 51, en vue de faciliter le recouvrement de biens provenant d'infractions établies conformément à la Convention.

## II. Difficultés pratiques et solutions

Les États parties qui ont déjà promulgué des lois nationales pour mettre en œuvre des accords multilatéraux ou autres accords régionaux contenant des dispositions relatives au recouvrement d'avoirs pourront les revoir et les modifier de manière à les aligner sur le Chapitre V de la Convention. Ils pourront faire de même en ce qui concerne les accords bilatéraux, auxquels les États parties signataires pourront envisager d'ajouter un protocole. Cet examen devra porter en priorité sur les traités conclus avec des États parties avec qui il y aura vraisemblablement lieu de nouer des relations d'entraide judiciaire en matière de recouvrement d'avoirs et ceux dont les systèmes juridiques soulèvent en matière de coopération des obstacles techniques pouvant être surmontés au moyen d'un traité bilatéral.

Ces accords pourront concerner par exemple les dispositions que les États parties s'engagent à adopter pour mettre en œuvre le Chapitre V ou, au-delà des obligations qui leur incombent en vertu de ce chapitre, pour introduire d'autres mécanismes de coopération sur la base de la réciprocité. Les États parties pourront également fixer certaines limites concernant l'utilisation pouvant être faite des informations échangées, par exemple sur la base des principes de confidentialité et de spécialité dans le contexte de l'application de l'article 56 relatif à la coopération spéciale ou de l'article 58 relatif à la coopération entre services de renseignement financier. Lorsque l'utilisation qui doit être faite des informations échangées est limitée par le principe de spécialité, les États parties qui communiquent les informations en question pourront envisager d'autoriser leur utilisation à d'autres fins, sur la demande de l'État partie les ayant reçues.

Les autres dispositions que les États parties pourront envisager d'inclure dans leurs traités bilatéraux ou multilatéraux, selon leurs principes juridiques internes, sont celles qui tendent à établir des procédures formelles et informelles concernant les échanges d'informations ou la suite à donner aux demandes d'entraide en matière judiciaire, l'utilisation des moyens de communication modernes, sous réserve de garanties adéquates concernant l'origine et le contenu des informations, et l'envoi de notifications préalables simultanées aux autorités judiciaires ou aux autres institutions autorisées investies de responsabilités spécifiques concernant la question visée par la demande d'entraide judiciaire, même lorsque des communications formelles doivent être adressées à une autorité centrale par la voie diplomatique.

Pour faire mieux connaître la teneur spécifique des accords bilatéraux et multilatéraux conclus et des lois d'application promulguées au plan national, les organisations régionales ou internationales et les États parties pourront envisager de publier les dispositions en question par le biais d'un site web convivial auquel aient accès tous les citoyens. En tout état de cause, aux termes de l'article 55, tous les États parties sont tenus de communiquer à l'Organisation des Nations Unies copie de tous les traités et accords pertinents.





# UNODC

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](http://www.unodc.org)