



# CORRUPTION INTERNATIONALE : DE LA CONVENTION DE L'OCDE AUX LOIS DES ÉTATS

DANIEL DOMMEL\* ET PHILIPPE FONTANA\*\*

La convention contre la corruption d'agents publics étrangers a été analysée dans l'édition 1999 du *Rapport moral sur l'argent dans le monde*<sup>1</sup>. Précédée d'une longue négociation et de trois recommandations<sup>2</sup>, elle a été signée à Paris le 17 décembre 1997 par les 29 membres de l'OCDE, auxquels se sont joints 5 autres pays. Trois ans plus tard, il n'est pas trop tôt pour se demander si les premiers pas de sa mise en œuvre laissent ou non espérer qu'elle marquera un véritable tournant et fera notablement reculer la corruption dans les transactions internationales.

Les choses sont plutôt bien parties. La convention devait commencer à prendre effet, dans les pays l'ayant ratifiée, soixante jours après que cinq des dix plus gros exportateurs de l'OCDE aient déposé les instruments de ratification. Cette condition a été remplie le 15 février 1999. A la date où ces lignes sont écrites, elle est entrée en vigueur dans 21 États sur 34, avec une rapidité assez exceptionnelle<sup>3</sup>. Deux pays jouant un rôle majeur dans le commerce international, la France et l'Italie, étaient parmi les retardataires. Bien que ce ne fût pas juridiquement impératif

après que le Parlement eut autorisé la ratification le 27 mai 1999<sup>4</sup>, le gouvernement français a voulu, logiquement, attendre pour déposer les instruments de ratification, que fût adoptée la loi transposant la convention dans le Code pénal. Mais le projet de loi n'est arrivé qu'en janvier 1999 sur le bureau du Parlement, le texte n'a été voté et promulgué que fin juin 2000 et les instruments de ratification déposés le 31 juillet<sup>5</sup>.

Un rythme encourageant de ratifications ne suffit évidemment pas à garantir le succès de la convention. Celle-ci a prévu, dans son article 12, une procédure de suivi, qui en est une des dispositions essentielles. La première phase de ce suivi consiste à faire examiner, par le groupe de travail au sein duquel la négociation a été conduite, les lois de transposition en droit interne prises par chaque État. C'est chose faite pour les 21 États où la convention est en vigueur. La loi française doit être à son tour examinée à l'automne. Les travaux sont donc assez largement entamés pour autoriser un premier bilan, encore partiel - limité pour l'essentiel aux pays du G7 sauf l'Italie, dont la loi n'est pas encore connue - et sujet à révision.

\* Inspecteur général des finances honoraire, Président de Transparence-International (France).

\*\* Avocat à la Cour.

## LA PROBLÉMATIQUE

### L'objectif : « l'équivalence fonctionnelle »

Cette première étape d'application est d'autant plus importante que le traité n'a pu, et de loin, régler tous les problèmes qui se posaient. L'objectif poursuivi était de parvenir à placer sur un pied d'égalité les entreprises concurrentes des pays participants.

Or, on parlait de situations extrêmement différentes dans les divers pays signataires. Ceux-ci avaient en commun, à l'exception quasi unique des Etats-Unis, de ne pas s'être préoccupés jusqu'alors de la corruption pratiquée par leurs entreprises à l'étranger. Ils réprimaient tous en revanche la corruption intérieure, mais selon des modalités très variables. Cette répression s'exerçait en outre à partir de règles de procédure fort différentes.

Il était hors de question pour les négociateurs d'unifier en quelques mois des systèmes aussi disparates. La convention a donc souvent dû s'en tenir à définir des orientations générales.

S'agissant des règles de fond, elle s'est bornée à demander aux parties contractantes de prévoir des sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives » et de sanctionner la corruption hors des frontières comme la corruption intérieure, ce qui revient évidemment à se montrer plus exigeant envers les pays les plus rigoureux chez eux.

S'agissant de la procédure, il a fallu admettre que chaque Etat opérerait dans le cadre de son dispositif existant, tout en sachant que cela aussi pouvait induire de notables disparités dans la sévérité de la répression.

Faute de pouvoir arrêter, sur de nombreux points, des mesures communes, les négociateurs ont dû se contenter de poser, dans l'exposé des motifs, le principe

d'une « équivalence fonctionnelle », en comptant sur la « pression des pairs » pour amener les Etats les plus réticents à s'aligner progressivement sur leurs partenaires.

### Le moyen : la « pression des pairs »

Le groupe de travail, au sein duquel se retrouvent les représentants des parties, a fixé une méthode approfondie pour examiner les lois de transposition prises par chacun d'eux et pour apprécier la fidélité avec laquelle celles-ci reflètent les stipulations de l'accord. Le secrétariat de l'OCDE procède à une première analyse provisoire des textes et des réponses fournies par le pays concerné à un questionnaire qui lui a été adressé. Il recueille au passage l'avis de quelques organisations non gouvernementales, dont Transparency International. Puis interviennent les représentants de deux pays désignés comme examinateurs, dont les observations sont communiquées à l'Etat examiné. Ce dernier présente ensuite à l'ensemble du groupe les mesures qu'il a prises pour se conformer à la convention et les deux examinateurs font part de leur appréciation, avant que ne s'ouvre un débat général, qui se déroule à huis clos pour en favoriser la franchise. Les deux Etats examinateurs rédigent alors leur rapport, qui évalue les mesures prises et fait ressortir les questions pouvant appeler ultérieurement un nouvel examen. Ce rapport est bien entendu discuté avec l'Etat examiné, puis revu par le groupe de travail, avant d'être soumis à la session ministérielle de l'OCDE. Chaque législation est jugée sur ses mérites propres, dans le cadre de son régime juridique général. Le groupe de travail n'a pas formellement entrepris à ce stade d'analyse comparative.

Parmi les 21 pays déjà examinés, un seul, la Grande-Bretagne, a estimé n'avoir pas besoin d'adapter sa législation, considérant qu'une loi de 1906 et le droit coutumier contenaient une qualification



pénale suffisante pour incriminer la corruption d'un agent public étranger. Cette position n'a pas été jugée acceptable, d'autant moins qu'aucune condamnation, voire aucune poursuite n'est jamais intervenue sur ces bases pour corruption d'un agent public étranger. En termes fort diplomatiques, le groupe de travail a estimé, que « malgré le grand nombre d'informations fournies, [il] n'est pas en mesure de déterminer si les lois britanniques sont conformes aux normes établies par la convention. Le groupe de travail presse le Royaume-Uni de promulguer une législation appropriée et de le faire prioritairement »<sup>6</sup>. L'absence de qualification pénale conduit, entre autres conséquences, à ce qu'une condamnation pourrait s'avérer contraire à la convention européenne sur les droits de l'homme, qui stipule que « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ». Elle fait en outre obstacle à la mise en application d'autres obligations résultant de la convention de l'OCDE, puisque les lois britanniques relatives au blanchiment de capitaux, à l'entraide judiciaire et à l'extradition sont toutes liées à l'existence d'une infraction pénale. Le groupe de travail a également remarqué l'absence de dispositions permettant d'appliquer la convention aux dépendances de la Couronne et aux territoires d'outre-mer du Royaume-Uni, tels l'Ile de Man ou les Iles vierges. Dans un tel contexte, il a décidé de revenir sur la situation du Royaume-Uni dès la fin de l'année 2000 et prévoit de la réexaminer ultérieurement.

Dans l'ensemble, pourtant, le groupe de travail considère que la plupart des Etats signataires dont il a jusqu'ici passé en revue les lois d'adaptation ont assez correctement transposé la convention. C'est particulièrement le cas de l'Allemagne, du Canada et des Etats-Unis. Aucune législa-

tion n'apparaît pourtant sans défaut. La pression des pairs garde ample matière à s'exercer, si l'on veut parvenir dans un délai raisonnable à mettre toutes les parties sur un pied d'égalité approximative, tant sur les règles de fond que sur celles de compétence et de procédure.

## LES RÈGLES DE FOND

Les principales règles de fond qu'il s'agit d'harmoniser portent sur la définition de l'infraction et sur celle des sanctions.

### L'infraction

L'infraction que la convention, dans son article premier, invite les parties à incriminer est définie comme « le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Sauf en ce qui concerne cette dernière limitation, c'est une définition très proche de celle du Code pénal français (art. 433-1).

Tel est aussi le cas pour la notion d'agent public étranger, qui est, comme dans notre droit, entendue dans un sens fort large par la convention<sup>7</sup>. Elle ne semble pas avoir soulevé de difficulté majeure dans la plupart des pays signataires. C'est même une extension supplémentaire qu'auraient souhaité certains d'entre eux, en particulier les Etats-Unis, dont le *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* de 1977 couvre la corruption de partis politiques ou de leurs cadres et de candidats à des mandats publics.

A été en revanche reprise du FCPA

l'exception qui fait échapper à toute poursuite les petits paiements dits « de facilitation », faits pour inciter des agents, généralement subalternes, à exécuter leurs fonctions avec diligence<sup>8</sup>. On peut s'interroger sur l'opportunité de cette disposition. Ce que vise la convention, c'est, bien sûr, la grande corruption. Il est manifeste que les paiements de facilitation ne sont pas faits « en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu ». Mais une pratique explicitement exemptée est vite considérée comme admise. Et certains professionnels se demandent si elle n'offre pas une excuse commode à des concurrents peu scrupuleux, qui joueront sur le flou de la frontière entre petite et grande corruption. La loi canadienne reprend cette exception en excluant du champ de l'infraction les « dépenses raisonnables engagées de bonne foi » et les paiements visant à garantir l'exécution d'un « acte de nature courante »<sup>9</sup>. La loi de transposition française ne la reprend pas et s'en remet sagement sur ce point au bon sens des magistrats.

La convention demande d'autre part aux pays, qui font de la corruption de leurs propres agents publics un délit principal au regard du blanchiment, de traiter de même la corruption d'agents publics étrangers. En faisant de celle-ci un délit, la loi de transposition française satisfait d'emblée cette condition. La loi du 13 mai 1996 dispose en effet que le blanchiment est le fait de faciliter la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit<sup>10</sup>. Parmi nos principaux partenaires, l'Allemagne, les Etats-Unis, le Canada, le Japon, notamment, remplissent la condition de l'article 7.

### Les sanctions<sup>11</sup>

Les pénalités frappant la corruption nationale dans les divers pays participant à

l'accord étaient au départ totalement hétérogènes. Avec dix ans de prison et un million de francs d'amende, la peine maximale du Code pénal français (art. 433-1) est une des plus sévères. A l'autre extrémité du spectre, celle de la loi norvégienne n'est que d'un an, mais elle devrait être portée à six ans.

Les mesures prises pour se conformer à la convention sont inégales. L'Allemagne respecte le principe d'assimilation de la corruption d'agents publics nationaux et étrangers mais les peines sont plus faibles qu'en France (trois mois à cinq ans, sauf cas particulièrement graves). Il en va de même en Belgique (six mois à cinq ans). Au Canada, le plafond est également de cinq ans et réduit de moitié si la promesse de pot-de-vin n'est pas suivie d'effet. Au Japon le plafond n'est que de trois ans. Les peines d'amende sont, elles aussi, variables.

Les Etats-Unis se sont, quant à eux, attiré une remarque du groupe de travail pour avoir fixé une peine maximale de prison très différente selon que la corruption vise des agents publics nationaux (15 ans) ou étrangers (5 ans). Les peines d'amende sont en revanche semblables. Mais la législation américaine ne prévoit pas la confiscation du produit de la corruption, ce qui peut avoir, selon le groupe de travail, des conséquences pour les demandes d'entraide judiciaire.

Le débat parlementaire sur la loi de transposition française a eu lieu à un moment où étaient connues les positions prises par les pays précités et il en a été tenu compte. Poussé par les milieux d'affaires, le Sénat a tenté d'atténuer les peines prévues par le projet du gouvernement, qui respectait pleinement le principe d'assimilation de la corruption étrangère à la corruption nationale. L'Assemblée nationale ne l'a pas suivi.

Il en a été de même pour les sanctions applicables aux personnes morales. Certains Etats signataires ne reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes mo-



rales. C'est le cas de l'Allemagne, aussi longtemps du moins qu'un projet à l'étude n'aura pas abouti. D'autres, comme le Japon, l'admettent mais prévoient des amendes que le groupe de travail juge peu dissuasives pour nombre de grandes sociétés japonaises. En s'appuyant sur ces cas, le Sénat a voulu supprimer dans la loi de transposition certaines des pénalités prévues par le Code pénal pour les personnes morales. Là encore, l'Assemblée nationale a rétabli l'assimilation à la corruption intérieure. Plusieurs des peines en cause sont au demeurant celles que recommande la convention à titre de sanctions civiles ou administratives dans les pays où les personnes morales ne sont pas pénalement responsables (exclusion des marchés publics, interdiction d'exercer une activité commerciale)<sup>12</sup>.

tions, mais au contraire par durcissement des plus laxistes sous la pression des pairs.

La France est, comme l'Allemagne, de ceux qui permettent à leurs tribunaux de poursuivre leurs nationaux délinquants à l'étranger. Les États-Unis, sans y être astreints par la convention, ont modifié sur ce point le FCPA. Auparavant la compétence s'exerçait uniquement sur une base territoriale, avec, il faut le dire, une acception très large du lien territorial : un voyage, un courrier, un fax suffisaient à l'établir. La loi de transposition du 21 octobre 1998 a ajouté un nouveau chef de compétence, fondé sur la nationalité, pour les actes commis à l'étranger par des ressortissants et entreprises américains. Elle a en même temps élargi le chef de compétence territorial, aux actes de corruption commis sur le territoire des États-Unis par des ressortissants et entreprises étrangers.

D'autres États demeurent plus en retrait. Le Canada, par exemple, n'affirme que très rarement sa compétence extra-territoriale et il ne l'a pas élargie dans sa loi de transposition. Le groupe de travail compte revenir sur cette question avec plusieurs autres États, tels que la Belgique et la Corée.

Le Japon n'a pas non plus établi sa compétence sur le fondement de la nationalité à raison de la corruption d'un agent public, tant national qu'étranger. Mais la principale préoccupation du groupe de travail tient ici à une autre disposition de la loi japonaise. L'article 10<sup>bis</sup> de la loi sur la prévention de la concurrence déloyale, amendée pour respecter la convention, dispose que l'infraction n'est pas constituée si « le principal établissement » de l'auteur de la corruption est situé dans le même pays que celui dans lequel l'agent public étranger assure un service public. Le groupe de travail craint que cet article ne crée une faille majeure dans l'application de la convention par le Japon, avec cette conséquence qu'une partie significative des affaires relevant de la conven-

## RÈGLES DE COMPÉTENCE ET DE PROCÉDURE

### Territorialité et nationalité

L'article 4-1 de la convention prévoit que « chaque partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire ».

L'article 4.2 ajoute que « chaque partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes ». Une fois de plus, pour ne pas bouleverser les systèmes juridiques en vigueur, la convention en demande davantage à certaines parties qu'à d'autres, de telle sorte que l'harmonisation ne se fasse pas par régression des plus avancés, comme y auraient conduit les amendements de Sénat en matière de sanc-

tion ne serait pas poursuivie<sup>13</sup>. Il recommande fortement au Japon de le supprimer et compte réexaminer cette question lors de la seconde phase du processus d'évaluation.

### Initiative des poursuites

Aussi importantes que les règles de compétence sont les conditions dans lesquelles est mise en mouvement l'action publique.

Avec de notables variantes, le ministère public dispose d'un important pouvoir d'appréciation chez nos principaux partenaires, qu'il s'agisse du Japon<sup>14</sup>, de l'Allemagne<sup>15</sup>, du Canada<sup>16</sup> ; ou à tout le moins d'un pouvoir très concentré entre les mains de l'attorney général, comme en Grande-Bretagne ou aux Etats-Unis. Dans ce dernier pays, la mise en œuvre du FCPA obéit à la politique générale applicable aux poursuites fédérales dans le cadre des lois pénales<sup>17</sup>. Quelles que soient les directives qui encadrent les décisions du ministère public, le fait qu'elles relèvent d'une autorité unique, de surcroît politique, laisse toujours planer un doute sur le fait qu'elles ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national », comme le prescrit l'article 5 de la convention.

Le régime français est lui-même celui de l'opportunité des poursuites, mais il comporte une procédure originale, la plainte avec constitution de partie civile, qui permet à la victime de déclencher l'action publique. Une entreprise étrangère évincée d'un marché aurait-elle pu s'en prévaloir contre un concurrent français ? On peut en douter. D'abord parce qu'elle aurait dû justifier d'un préjudice « personnel et direct » et que la jurisprudence est assez exigeante à cet égard. Ensuite parce que la poursuite d'un délit commis par un Français hors du territoire national ne peut être exercée qu'à la requête du ministère

public<sup>18</sup>. Mais pour écarter tout risque sur ce point, la loi de transposition française reprend explicitement cette dernière disposition. Elle donne en outre au parquet et au Tribunal correctionnel de Paris une compétence nationale, non exclusive, sur les actes incriminés par la convention. La procédure de plainte avec constitution de partie civile aurait donné plus de force à la convention, mais il était chimérique d'imaginer en faire la règle commune. L'alignement s'est ici fait par le bas.

### Prescription

Comme en matière de sanctions, les règles de prescription varient grandement d'un pays à l'autre et la convention se borne à poser un principe : celui de ménager un délai suffisant. Le délai le plus courant est de cinq ans, comme en Allemagne, en Belgique, aux Etats-Unis (avec possibilité de prorogation de trois ans), en Corée... Il n'est que de trois ans au Japon et de deux ans en Norvège, mais ce dernier pays compte le porter à dix ans en même temps qu'il allongera la peine maximale de prison<sup>19</sup>. A l'inverse, certains pays ne connaissent pas la prescription, comme le Canada ou le Royaume-Uni<sup>20</sup>.

Avec trois ans - prescription de droit commun pour les délits - la France dispose d'un délai ressenti comme très court en ce qui concerne la corruption, qui est occulte par essence et n'est souvent découverte que trop tard pour être sanctionnée comme telle. Les juges se rabattent alors sur la qualification d'abus de biens sociaux, délit pour lequel la jurisprudence admet, comme pour l'abus de confiance dont il est une forme, que la prescription ne court que du jour où l'infraction peut être constatée dans des conditions permettant de la poursuivre. On peut s'étonner que cette interprétation, justifiée par le caractère secret du délit, n'ait jamais été, pour la même raison, étendue à la corruption.



Le sujet de la prescription ne manquera pas d'être repris ultérieurement par le groupe de travail.

### Preuve

Sans doute devra-t-il aussi aborder un jour le sujet de la preuve, sur lequel la convention est muette et dont, par conséquent, les lois de transposition ne parlent pas non plus... sauf la loi française. Autant que la prescription, c'est la difficulté de prouver l'existence d'un pacte de corruption, toujours clandestin par définition, qui conduit fréquemment les tribunaux à sanctionner la corruption par le biais de l'abus de biens sociaux. Conscients de cette difficulté, les députés ont ajouté trois mots à la définition de la corruption donnée par l'article 433-1 du Code pénal : « le fait de proposer, sans droit, *à tout moment*, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, sa mission ou son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ».

On s'est interrogé sur la portée de ce changement. Selon le ministère de la Justice « cette modification de la loi consacre la jurisprudence de la Cour de cassation, qui juge d'une part qu'il importe peu que les dons, présents ou avantages quelconques aient été acceptés postérieurement à l'accomplissement de l'acte de la fonction, dès lors qu'ils ont été versés en exécution d'un accord antérieur, et d'autre part que, dans l'hypothèse de relations s'échelonnant dans le temps entre le corrompu et le corrupteur, la preuve de cette antériorité résulte suffisamment de la réitération des avantages reçus ou de leur caractère régulier et permanent »<sup>21</sup>.

Si tel est bien le sens de cette adjonction, qui se retrouve dans les nouveaux articles 435-3 et 435-4 résultant de la loi de transposition, la difficulté de prouver la corruption ne sera que légèrement atténuée. Il n'en serait autrement que si le délit était suffisamment établi lorsque serait démontrée à la fois l'existence d'un avantage consenti par une entreprise à un fonctionnaire et celle d'une décision du fonctionnaire en faveur de l'entreprise (à moins que les intéressés ne puissent justifier cette coïncidence), sans qu'il soit besoin de prouver en outre l'existence du pacte antérieur ayant lié l'avantage et la faveur. Ce problème n'est pas sans lien avec celui de l'application de la loi dans le temps.

### Portée de la loi *ratione temporis*

Sur ce point encore, la convention est muette et il n'en a pas été question jusqu'à ce que, sur la demande de certains milieux d'affaires, une clause ait été introduite dans le projet de loi de transposition français, selon laquelle les nouveaux articles du Code pénal incriminant la corruption d'agents publics étrangers ne s'appliqueraient pas aux faits commis à l'occasion de contrats signés antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention.

Une telle clause, à laquelle le patronat était très attaché, n'était pas jugée indispensable par la Chancellerie, qui estimait que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère n'avait pas besoin d'être réaffirmé. Tous les pays retiennent ce principe. Mais au cas particulier, ils n'en tirent pas tous la même conséquence. Pour certains d'entre eux le versement d'un pot-de-vin est un délit. Pour d'autres, dont la France, c'est le pacte de corruption qui est constitutif de l'infraction, qu'il ait ensuite été exécuté ou non (sous réserve des conséquences que la jurisprudence tirera désormais de l'introduction des mots « à

tout moment »). Les pots-de-vin versés après l'entrée en vigueur de la loi de transposition en vertu d'un pacte antérieur peuvent alors être considérés comme échappant à toute poursuite.

La clause en question a soulevé de vives protestations chez certains de nos partenaires et un débat animé en France. Du côté des milieux d'affaires, on invoquait le souci de « respecter la parole donnée ». En sens inverse, on rappelait que la Cour de cassation avait jugé que le délit de corruption « se renouvelle à chaque versement »<sup>22</sup>. On notait aussi ce qu'avait de choquant l'alinéa litigieux : il revenait à admettre qu'une turpitude condamnée par la loi pouvait être impunément accomplie parce qu'on avait promis de la commettre avant la promulgation de cette loi. Il pouvait de surcroît aboutir à des résultats aberrants : *quid*, par exemple, d'une société pétrolière qui, pour obtenir un permis de recherche, aurait promis à un chef d'Etat africain de lui verser pendant dix ans une certaine somme sur un compte à l'étranger ? Les députés ont souligné les risques de fraude consistant à présenter les pots-de-vin nouveaux comme rattachés à des contrats anciens. Mais les défauts les plus graves de l'alinéa en cause étaient probablement d'ordre politique. La France qui, depuis 1997, avait été en pointe pour réclamer puis pour saluer la convention et qui insistait à présent pour son application générale et rigoureuse, portait atteinte à son crédit en paraissant vouloir ménager des échappatoires à ses propres entreprises. Elle risquait surtout de briser l'élan donné par cette convention, qui devait marquer une profonde novation dans les transactions internationales et qu'on aurait vu se lézarder avant même qu'elle ait eu le temps d'être ratifiée par toutes les parties.

L'alinéa controversé a été finalement abandonné lors du débat en seconde lecture à l'Assemblée nationale. Reste à savoir comment les tribunaux interpréteront le principe de non-rétroactivité dans le

silence de la loi. La même question se pose du reste dans tous les pays signataires, puisque ce point n'a pas été évoqué au cours des négociations. On peut toutefois se demander si le texte de la convention ne donne pas une réponse implicite à cette question. Tandis que pour la loi française, la corruption consiste à « proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou avantages quelconques... », pour la convention, c'est le fait « d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu... ». Faut-il en conclure que la convention inclut dans la notion de corruption, au-delà du pacte, le don lui-même remis en contrepartie de la faveur reçue ?

## LES CHANTIERS COMPLÉMENTAIRES

La mise en oeuvre de la convention implique encore d'autres adaptations des législations nationales. Les unes découlent du texte même du traité, les autres en sont le prolongement logique.

### Applications de la convention

L'article 8 demande aux parties de prendre certaines dispositions comptables de nature à assurer la transparence des opérations et à faire obstacle aux commissions occultes. Malgré les précisions apportées par les commentaires officiels, il ne s'agit que de directives assez générales, qui doivent être précisées. Transparency International a apporté au printemps dernier une contribution importante à l'étude de cette question<sup>23</sup>. Mais celle-ci n'a pas encore été discutée par les représentants des gouvernements.

L'article 9 invite les Etats à s'accorder mutuellement une entraide judiciaire « autant que le permettent ses lois et ses





instruments internationaux pertinents ». Là, tout est à faire et les textes nationaux ne pourront intervenir qu'à la suite d'une nouvelle négociation, sans doute longue et sûrement délicate. C'est vraisemblablement dans le cadre de l'Union européenne que l'on peut espérer les premières avancées. Même là, le chemin à parcourir reste long. Mais l'idée d'espace judiciaire européen progresse et celle d'un parquet européen paraît déjà moins utopique que lorsqu'elle a été lancée il y a trois ans<sup>24</sup>.

### Implications de la convention

Sans être imposés par un article de la convention, d'autres textes sont attendus des Etats participants, si l'on veut que soit atteint l'objectif primordial poursuivi, à savoir la disparition des commissions de complaisance à l'exportation.

L'une de ces mesures, couverte par les recommandations de l'OCDE de mai 1996 et mai 1997, est la suppression de la faculté de déduire du bénéfice imposable, comme une charge d'exploitation, les pots-de-vin versés à l'étranger, faculté jusqu'alors admise dans de nombreux pays, dont le nôtre.

La France avait mis fin à cette faculté dès décembre 1997, au moment même où était signée la convention, mais seulement « pour les contrats conclus au cours d'exercices ouverts à compter de l'entrée en vigueur de cette convention ». On ne prévoyait pas alors que la ratification française ne serait parachevée qu'en 2000. Pour éviter de différer jusqu'en 2001 l'application de cette mesure, la loi de transposition la rend applicable dès l'entrée en vigueur de la convention sur le territoire national.

Ailleurs la déductibilité fiscale des commissions occultes est en train de disparaître. Mais il faut y regarder de près. Les termes dans lesquels elle est écartée ne sont pas toujours absolument explicites (Espagne, Corée).

Des ambiguïtés peuvent subsister, tenant à ce que les textes fiscaux ou leurs circulaires d'application ne sont pas en parfaite concordance avec d'autres lois (Belgique) ou à ce qu'ils comportent des exceptions (Japon) ou des contraintes de procédure (Royaume-Uni, où les services fiscaux ne sont pas habilités à communiquer aux autorités judiciaires leurs informations sur des dessous-de-table). Le groupe de travail a ainsi été amené à émettre des réserves ou des recommandations qui donneront lieu à un nouvel examen.

En matière d'assurance-crédit, dont ni la convention ni la recommandation de 1997 ne font état, la déclaration préalable des pots-de-vin à la COFACE, pour solliciter leur couverture par la garantie, a été supprimée depuis 1996, comme elle l'avait été dès 1993 auprès de l'administration fiscale. Mais les Etats signataires de la convention ne se sont pas, à ce jour, mis d'accord pour disqualifier les contrats comportant des pots-de-vin, ni pour adopter un dispositif harmonisant leur pratique afin d'y parvenir, comme ils l'ont fait il y a déjà longtemps pour définir les conditions d'octroi de la garantie. Transparency International a présenté des suggestions à ce sujet.

La convention passe à côté de plusieurs autres questions qui, si elles ne sont pas traitées, ouvriront autant de brèches permettant de la tourner. C'est le cas du trafic d'influence, où le corrupteur ne soudoie pas l'agent public lui-même mais un tiers, qui lui fera prendre la décision favorable attendue.

Au lieu d'être versé au ministre, le pot-de-vin le sera, par exemple, au trésorier du parti au pouvoir. Alors que le Code pénal français assimile totalement, dans un même article, corruption et trafic d'influence, la convention ignore la seconde. Si elle la couvrait, le problème du transit par les partis politiques, qui préoccupe particulièrement les Américains, se serait trouvé résolu.

Autre lacune : la corruption pratiquée par l'entremise d'une filiale étrangère pour le compte de la maison-mère n'engage pas la responsabilité de cette dernière, sauf à prouver sa complicité. C'est une voie d'évasion facile, moyennant quelques précautions. Une extension de la convention sur ce point ne pourrait bien entendu viser que les filiales sous contrôle, qu'il faudrait alors définir. Cela n'a rien d'insurmontable.

Enfin la faiblesse la plus grave du dispositif prévu tient à l'existence de nombreux centres financiers *offshore*, qui offrent un moyen, d'un accès très facile, pour s'affranchir des contraintes instaurées par la convention.

Le groupe de travail a commencé à s'en préoccuper et il n'est pas seul à le faire. Depuis que le sujet a été évoqué par le Chef de l'Etat français au sommet du G7 de Birmingham, les travaux se sont accélérés sur ce sujet. En témoigne la publication presque simultanée au printemps 2000 de trois listes de paradis réglementaires et fiscaux, qui se recourent largement, par le GAFI, le forum de stabilité financière du G7 et le comité des affaires fiscales de l'OCDE, tandis qu'une mission parlementaire française publiait ses premiers rapports, consacrés au Liechtenstein et à Monaco. Mais aucun résultat tangible ne sera atteint tant qu'un accord international n'aura pas été conclu, qui devra à son tour se traduire dans les lois et règlements nationaux.

Les textes sont une condition nécessaire et non suffisante. Lorsque les lacunes de la convention auront été comblées et que les textes internes qui doivent suivre auront paru, il restera à assurer la mise en oeuvre sur le terrain.

Cette seconde phase du suivi de la convention a fait, elle aussi, l'objet d'une pré-

paration minutieuse. On peut d'ailleurs souhaiter qu'elle soit entamée sans que soit achevée la première, qui s'étire au-delà des dates initialement prévues.

Mais si des procédures de contrôle sur place ont été élaborées, associant à nouveau des représentants de deux Etats examineurs et du secrétariat de l'OCDE, les moyens humains et matériels nécessaires pour mener à bien la tâche dans des délais raisonnables sont loin d'être rassemblés et certaines conditions du succès ont besoin d'être confirmées, par exemple la liberté des enquêteurs de rencontrer qui ils veulent et de poser les questions qu'ils jugent bon, ou encore le caractère public de leurs conclusions, au-delà de la confidentialité nécessaire du dialogue sur place.

L'attention ne devra pas du reste se limiter à ce qui se passera dans les pays signataires. Une enquête de Transparency International menée en 1999 dans quatorze grands pays émergents a révélé que, parmi des professionnels directement concernés, moins de 20 % des personnes interrogées connaissaient « bien ou un peu » la convention et que, parmi ces dernières, encore une fois moins de 20 % déclaraient qu'un examen des pratiques suivies avait été ou allait être organisé dans l'organisme auquel elles appartenaient<sup>25</sup>.

Il est probable que cette méconnaissance de la convention par ceux-là mêmes qui sont appelés à l'appliquer dans les pays émergents se retrouve, encore aggravée, chez les ministres et fonctionnaires de ces pays, qui ont pris l'habitude de réclamer des dessous-de-table.

Une campagne soutenue d'information s'impose donc, de la part des entreprises auprès des premiers et aussi de la part de l'OCDE auprès des seconds, si l'on ne veut pas laisser les entreprises affronter seules l'extorsion dont elles sont trop souvent l'objet.



## NOTES

1. La lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, par Thierry Francq et Alain Damais.
  2. La dernière, adoptée par le Conseil de l'OCDE le 23 mai 1997, révisé et complète les précédentes et couvre des questions qui ne sont pas visées dans la convention.
  3. Dans l'ordre chronologique de ratification : Islande, Japon, Allemagne, Hongrie, Etats-Unis, Finlande, Royaume-Uni, Canada, Norvège, Bulgarie, Corée, Grèce, Autriche, Mexique, Suède, Belgique, République slovaque, Australie, Espagne, République tchèque, Suisse.
  4. Selon l'art. 55 de la constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». La Cour de cassation réaffirme, depuis vingt-cinq ans, la suprématie du traité sur la loi (Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975 : D. 1975, p. 497, concl. Touffait).
  5. Loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption. JO du 1<sup>er</sup> juillet 2000.
  6. Rapport du CIME (Comité des investissements et des entreprises multinationales de l'OCDE) : C/MIN (2000) 8/ADD du 23 juin 2000, p. 455.
  7. Art. 1-4 a de la convention : « agent public étranger désigne toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue, toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme public et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique ».
- Dans sa convention anti-corruption du 26 mai 1997, l'Union européenne a choisi d'interpréter la notion de « fonctionnaire national » par référence à sa définition dans le droit national de l'Etat membre où la personne en question présente cette qualité. La convention de l'OCDE écarte une telle solution, qu'il eût été déraisonnable de prétendre appliquer au monde entier. Elle a donc adopté une définition unique.
8. Commentaires officiels de la convention, § 9.
  9. Alinéa 3(3)b et paragraphe 3(4) de la « Loi concernant la corruption d'agents publics étrangers », qui a reçu la sanction royale le 10 décembre 1998 et est entrée en vigueur le 14 février 1999.
  10. Art. 324-1 du Code pénal.
  11. Art. 3 de la convention.
  12. Commentaires officiels de la convention, § 24.
  13. Rapport du CIME : C/MIN(2000)8/ADD du 23 juin 2000, p. 334.
  14. Art. 248 du Code de procédure pénale japonais.
  15. Sous-section 153c(2) du Code de procédure pénale allemand.
  16. Document de l'OCDE : C/MIN(2000)8ADD, p.135.
  17. Manuel de l'Attorney des Etats-Unis, § 9-27, 230.
  18. Art. 113-8 du Code pénal.
  19. Rapport du CIME : C/MIN(2000)8/ADD du 23 juin 2000, p. 374.
  20. Les délais de prescription ne sont édictés dans une loi écrite que lorsqu'ils ne sont pas indéfinis.
  21. Note d'information du 21 juin 2000.
  22. Il a été dit, au cours du débat parlementaire, que cette décision visait la prescription, qui recommence à courir à partir de chaque versement. C'est vrai de l'arrêt de la Chambre criminelle du 27 octobre 1997, mais non, semble-t-il, d'un arrêt antérieur de cette juridiction du 9 novembre 1995, dans lequel l'avocat du prévenu invoquait un changement introduit par le nouveau Code pénal par rapport à l'ancien.
  23. Documents OCDE : DAFE/IME/BR/WD52000°23/PART2 et PART3, avril 2000.
  24. Corpus Juris, sous la direction de Mireille Delmas-Marty, Ed. Economica 1997.
  25. *La Lettre de Transparence* N° 4, janvier 2000.

