

Les sources supranationales de la lutte contre la corruption

Myriam EL BAI

La corruption est une infraction symptomatique d'une démocratie gangrénée. – La prise de conscience de la nécessité de son éradication, sous toutes ses formes pour éviter les proliférations, remonte aux premières civilisations. Dès 181 av. J.-C., le droit romain traitait la corruption électorale par la mise à l'écart du corrompu de la vie politique¹ provoquant sa mort civile. De même, la corruption judiciaire était réprimée dès 450 av. J.-C., dans la table IX, troisième chapitre, des XII tables, qui condamnait, à la peine capitale, le juge ou l'arbitre qui « a reçu de l'argent pour son verdict »². Ne sont pas en reste les sociétés islamiques qui se fondent sur les prescriptions coraniques et dont l'un des versets prescrit « Ne donnez pas aux gens moins que leur dû ; et ne commettez pas de désordre et de corruption sur terre »³. La corruption apparaît alors comme l'un des péchés capitaux et la sanction pouvant aller jusqu'au bannissement concerne autant le corrupteur, le corrompu, que l'intermédiaire⁴. Donc, la répression de la corruption n'est pas chose nouvelle. Elle est commune aux civilisations occidentales et orientales.

1 C. ROSILLO LOPEZ, *La corruption à la fin de la République romaine (I^{er}-I^{er} s. av. J.-C.) : Aspects politiques et financiers*, Thèse de doctorat, Université de Neuchâtel, 2005, p. 50, <https://core.ac.uk/download/pdf/20639015.pdf>.

2 *Ibid.*, p. 216.

3 Coran, Sourate n° 26, As-Shuaraa, Les poètes, verset 183, traduction par S. MAZIGH.

4 <https://www.giz.de/de/downloads/giz2016-fr-argumentaire-islamique-contre-la-corruption.pdf>.

Pour autant, la lutte contre la corruption dans le monde des affaires internationales est récente. Il s'agit là d'une prise de position politique salutaire et révolutionnaire. En effet, il y a une trentaine d'années, la corruption était usuelle dans les transactions commerciales internationales. Négocier en proposant des pots-de-vin pour se voir attribuer un marché à l'étranger était licite et certains États l'interprétaient, aussi étonnamment que cela puisse paraître aujourd'hui, comme une dépense pouvant faire l'objet d'une déduction fiscale. C'est d'ailleurs, la raison pour laquelle l'Organisation de coopération et de développement économique (ci-après OCDE) a pris une recommandation, le 11 avril 1996, invitant instamment les États membres qui autorisaient la déductibilité fiscale à réviser leur législation dans le sens d'une interdiction⁵.

L'éthique des affaires est devenue un enjeu planétaire majeur, notamment, sous l'impulsion des États-Unis, qui appliquaient leur législation extraterritorialement⁶ pour poursuivre et sanctionner les ressortissants étrangers ayant commis des faits de nature corruptive à l'étranger que leur législation nationale ne réprimait pas, ou insuffisamment, voire les approuvait. Or, les sanctions financières mirobolantes prononcées par les États-Unis à l'encontre des opérateurs ont suscité un intérêt économique, au-delà des enjeux diplomatiques et politiques qu'elles soulevaient. Les États se sont progressivement saisis de l'opportunité de poursuivre et sanctionner la corruption, qui fausse le jeu de la concurrence internationale, et de faire obstacle à l'hégémonie américaine dans ce domaine.

Ceci dit, la corruption doit être définie avec précision, ses conséquences évoquées et son délai de prescription envisagé, ce qui fera l'objet de la première partie de cet exposé. Une seconde partie sera consacrée à l'examen de ses diverses formes et de la nécessaire coopération des États et entre États, le tout au regard des principales conventions internationales de lutte contre la corruption.

I. LES CONTOURS DE LA CORRUPTION, SA PRESCRIPTION ET SES CONSÉQUENCES

A. Définir de la corruption

Malgré l'universalité de la corruption, il n'existe pas de définition universelle. – Il n'en demeure pas moins que sa matérialité requiert des

⁵ Conseil de l'OCDE, Recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, 11 avril 1996, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=c\(96\)27/final](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=c(96)27/final).

⁶ Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>.

éléments propres, distinctifs et généralement reconnus. Il s'agit d'une infraction pénale qui porte atteinte à l'autorité ou à la confiance de l'État. En présence de faits corruptifs, l'État apparaît être la seule victime, et ce faisant, il est recevable à agir. En effet, la corruption se présente comme le faussaire de la politique publique aux fins d'un profit personnel. Si la victime directe est l'État, il est néanmoins loisible à toute personne qui s'estime lésée du fait d'un acte de corruption d'obtenir réparation du préjudice allégué par la voie de l'action civile⁷.

Il ressort de l'étude comparative de textes internationaux et de certaines législations francophones, ci-après détaillés, que l'infraction de corruption vise une relation binaire, entre un corrompu et un corrupteur, liés par un pacte de corruption par lequel le corrompu s'oblige à accomplir ou à s'abstenir de réaliser un acte inhérent à sa fonction, en échange d'une commission ou de tout autre avantage concédé par le corrupteur, pour satisfaire leurs intérêts personnels contraires aux intérêts de la collectivité et aux devoirs de fidélité et de probité du corrompu.

Certaines législations internes ont opté pour une classification dans l'incrimination de la relation binaire en distinguant la corruption dite « active » de celle dite « passive ». Cette classification n'a pas été exprimée dans les conventions internationales, à savoir, l'ONUUDC⁸ ni même la Convention de l'OCDE⁹. Il ne faut pas se méprendre sur les adjectifs. Le caractère « actif » de la corruption ne vise pas celui qui a pris l'initiative du pacte de corruption. Ce caractère vise une qualité, et en l'occurrence celle du corrupteur, autrement dit, celui qui va bénéficier de l'exercice anormal de la fonction du corrompu, peu importe qu'il ait été ou non à l'initiative de l'infraction. À l'inverse, la corruption dite passive vise le corrompu, c'est-à-dire, celui qui va accomplir ou s'abstenir de réaliser l'acte, objet du pacte de corruption. Cette dissociation a le mérite d'envisager les poursuites contre l'un indépendamment de l'autre.

Pour renforcer la dissuasion, la Convention des Nations Unies contre la corruption préconise, sans aucune obligation, de prévoir la répression de sa tentative¹⁰. – Certains États ont adopté dans leur législation la répression de tentative de corruption. Tel est le cas de la Tunisie¹¹. Ceci implique que la corruption ne saurait être caractérisée sans constater le résultat escompté. Le résultat s'analyse dans la conclusion du pacte corruptif, c'est-à-dire, par

⁷ Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 35.

⁸ Conv. des Nations unies contre la corruption, 2003.

⁹ Conv. sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, OCDE, 1997.

¹⁰ Conv. des Nations unies contre la corruption, art. 27.

¹¹ C. pén. tunisien, art. 91, <https://www.jurisetunisie.com/tunisie/codes/cp/cp1065.htm>.

l'accord du corrompu et du corrupteur dans leurs actions respectives. En d'autres termes, le résultat s'analyse dans l'engagement et non l'exécution du pacte corruptif. D'autres États n'ont pas suivi la préconisation, par exemple, la France ou encore le Maroc. Ils sont allés encore plus loin et ont envisagé la corruption en tant qu'infraction « formelle » susceptible d'être caractérisée même en l'absence de résultat dont elle se désintéresse. Cela implique que la corruption emporte ses effets à la simple promesse unilatérale faite. En d'autres termes, même si l'autorité poursuivante ne démontre pas l'existence d'un résultat, c'est-à-dire un accord de volonté, l'infraction demeure caractérisable. Le choix des États d'avoir opté pour le désintérêt du résultat est plus sévère.

En effet, il s'agit de réprimer en amont de l'*iter criminis* au stade du commencement d'exécution de la conclusion du pacte corruptif. Concrètement, cela implique que le désistement de celui qui aura initié le processus corruptif serait sans effet. Donc, le résultat recherché par la corruption n'est pas un élément universellement reconnu pour emporter sa caractérisation.

Il convient enfin de noter que la corruption n'épargne ni le secteur public ni le secteur privé. – Il découle de l'analyse de la Convention des Nations unies contre la corruption¹² une *summa divisio* distinguant le secteur public et le secteur privé. La distinction dépend de la qualité du corrompu. Si le corrompu est un agent public alors la corruption est publique.

Pour tenter de délimiter les contours de la corruption, une définition négative par exclusion est nécessaire. La corruption ne doit pas être confondue avec les infractions satellites telles que (i) la concussion (ii) la subornation de témoin, et (iii) le trafic d'influence qui peuvent entrer en concours. En vertu du principe *non bis in idem*¹³, le délit de corruption devrait être écarté pour retenir l'infraction satellite caractérisée. Le cumul des infractions apparaît compromis en ce qu'elles protègent une valeur sociale commune : l'autorité de l'État. Ceci étant dit, il est toutefois évident que leur cumul demeure possible dans une même déclaration de culpabilité si l'infacteur est poursuivi pour des faits distincts.

- (i) La corruption n'est pas la concussion. La différence fondamentale réside en ce que la concussion ne renvoie pas à une relation binaire et horizontale. La recherche d'une entente n'existe pas dans la concussion. Cette infraction vise à sanctionner l'agent public pour avoir indûment perçu ou pour avoir exigé ou ordonné «le versement illégitime d'une somme à titre de droits, contributions, impôts, taxes publiques,

¹² Conv. des Nations Unies contre la corruption, art. 15 et 21.

¹³ Art. 14 § 7, Pacte relatif aux droits civils et politiques, New York, 1966.

traitements ou salaires. Par ailleurs, à l'inverse de la corruption, dans l'hypothèse d'une concussion, celui qui s'est acquitté illégalement des fonds a été, à tout le moins, induit en erreur ou contraint. De nombreuses législations dissocient clairement la corruption de la concussion. Il en est ainsi du Niger¹⁴, du Maroc¹⁵, du Mali,¹⁶ *etc.* De cette distinction, quelques critères propres à la corruption sont dégagés. La corruption renvoie à une relation binaire et horizontale où le corrompu cherche à s'associer au corrupteur, dans une volonté commune, de commettre le délit ;

- (ii) La corruption n'est pas la subornation de témoin. La distinction se situe dans la qualité de celui qui perçoit l'avantage indu. La subornation de témoin est une infraction spéciale qui se contextualise dans le cadre d'une demande ou défense en justice pour obtenir ou éviter la déposition d'un témoin. Or, la corruption suppose nécessairement que le corrompu soit un agent public lorsqu'il s'agit d'une corruption publique, ou, d'un salarié ou mandataire social lorsqu'il s'agit d'une corruption privée. En d'autres termes, à défaut de relever la qualité spéciale du corrompu, la corruption ne saurait s'appliquer. Donc, il se dégage un nouveau critère applicable à la corruption, celui de la qualité d'agent public pour le corrompu public ou de la qualité de salarié ou mandataire social pour le corrompu privé. De même, de nombreuses législations francophones en font la distinction, pour ne citer que l'Algérie¹⁷ ou encore la Mauritanie¹⁸ ;
- (iii) La corruption n'est pas le trafic d'influence. Le trafic d'influence est une infraction autonome. À la différence de la corruption qui est binaire, le trafic d'influence renvoie à une relation tripartite dans laquelle une partie abuse de son influence, vraie ou supposée, pour «détourner un agent public de l'exercice normal de sa fonction au profit d'un bénéficiaire. Cette dissociation existe dans la Convention des Nations Unies contre la corruption¹⁹ et a été transposée dans les législations internes de manière générale.

¹⁴ C. pén. nigérien, art. 124, [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/3e747f82e6028e32c1257084002f7245/\\$FILE/Niger%20-%20Criminal%20Code%202008%20fr.pdf](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/3e747f82e6028e32c1257084002f7245/$FILE/Niger%20-%20Criminal%20Code%202008%20fr.pdf).

¹⁵ C. pén. marocain, art. 373, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/69975/69182/F1186528577/MAR-69975.pdf>.

¹⁶ C. Pén. malien, art. 108, <https://www.droit-afrique.com/uploads/Mali-Code-2001-penal-MAJ-2016.pdf>.

¹⁷ C. pén. algérien, art. 236, <https://www.joradp.dz/trv/fpenal.pdf>.

¹⁸ C. pén. mauritanien, art. 345 <https://www.refworld.org/pdfid/491c1ffc2.pdf>.

¹⁹ Conv. des Nations Unies contre la corruption, art. 18.

L'incrimination de la corruption ne signifie pas non plus l'interdiction de libéralités aux fins de la promotion des affaires. – Cette difficulté existait déjà depuis le II^e siècle av. J.-C. Les Romains s'attachaient à opérer une distinction entre les pots-de-vin et les règles d'usage, de politesse et d'habitude diplomatiques quand les sénateurs offraient des cadeaux aux ambassadeurs²⁰.

Il faut pouvoir déterminer la frontière entre l'offre de cadeaux et les invitations dans une stratégie de promotion des affaires, d'une part, et la corruption, d'autre part. La limite se trouve dans l'absence de contrepartie et l'absence d'intention frauduleuse dans le premier cas. Donc, pour obtenir une condamnation, en principe, l'autorité poursuivante doit être en mesure de démontrer le lien de causalité entre la fourniture de l'avantage et la prestation rendue ou recherchée, même si, souvent, ce dernier révélé par la volonté d'influencer la conduite de l'agent découle de la matérialité des faits²¹.

S'il n'existe pas de présomption de culpabilité, il revient tout de même au prévenu de justifier de sa bonne foi et de s'expliquer sur la suspicion qui pèse sur lui. Factuellement, le prévenu est chargé d'apporter une preuve quasi impossible. C'est la raison pour laquelle toute entreprise doit mettre en place des procédures de conformité pour s'assurer de la légalité des libéralités commerciales lorsqu'elles existent.

B. La prescription de l'infraction de corruption

La corruption, aussi néfaste soit-elle, ne saurait être poursuivie *ad vitam aeternam*. – En application de l'article 29 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, les États doivent prévoir un délai de prescription. La Convention confie aux États le soin de définir les modalités de sa fixation. Pour autant, elle pose une exigence, celle de prévoir un délai suffisamment « *long* ». Cette exigence peut être également retrouvée dans la Convention de l'OCDE²² pour s'assurer de l'effectivité des enquêtes et poursuites.

Étant donné que la corruption vise une relation binaire à l'initiative de l'un et sous réserve d'acceptation de l'autre, le point de départ de la prescription n'est pas simultané pour le corrupteur et le corrompu. En effet, la prescription commence à courir à compter des simples promesses formulées par celui qui a initié le processus corruptif, tandis que pour l'autre, la prescription devrait commencer à compter de son acquiescement au pacte illicite.

²⁰ C. ROSILLO LOPEZ, *op. cit.* (n. 1), p. 175.

²¹ Conv. des Nations Unies contre la corruption, art. 28.

²² Conv. sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, OCDE, art. 6.

En cas de remises plures dans l'hypothèse d'un paiement fractionné par exemple, le point de départ du délai de prescription ne devrait courir qu'au jour du dernier agissement. De même, si le pacte corruptif a été exécuté à plusieurs reprises, le point de départ du délai de prescription ne devrait commencer qu'à compter de la dernière exécution puisque le pacte se renouvelle, successivement, à chaque acte d'exécution. Cette interprétation est conforme aux exigences internationales allant dans le sens d'une prescription « longue ».

En cas de dissimulation des faits de corruption ou de soustraction de l'auteur à la justice, la Convention des Nations Unies contre la corruption exige que le délai de prescription soit « plus long » ou de prévoir, à la discrétion de l'État, une suspension de la prescription. Cette Convention ne s'oppose pas à ce que le délai de prescription ne court qu'à compter du jour où leur révélation est devenue possible. Cela étant, pour éviter toute imprescriptibilité factuelle, un délai butoir devrait être fixé à compter du jour où l'infraction a été commise et devra être respecté, rendant impossibles toutes poursuites après son expiration.

C. Les conséquences de la corruption

La corruption est un phénomène global par ses multifacettes, qui touche tous les espaces, tous les secteurs et tous les acteurs.

Il nous semble que le plus grand danger de la corruption réside dans sa banalisation. Dès lors que la corruption devient une pratique courante, il est d'autant plus difficile de l'endiguer et de l'éradiquer. C'est pourquoi une prise de conscience s'avère des plus urgentes.

La difficulté est encore renforcée par mimétisme des opérateurs économiques. Dans certains États, la corruption en deviendrait presque un automatisme. Les acteurs tendent à exciper la corruption par la pratique du concurrent ou du prédécesseur. D'apparence bénigne puisque tout le monde semble y concourir, la corruption se transforme en une norme et se cristallise en une culture²³ voire une tradition. Or, une fois établie, elle se renforce par ses alliances qui en deviennent tentaculaires et inarrêtables. À ce stade, il n'est quasiment plus possible d'intervenir. La situation devient inextricable. C'est la raison pour laquelle la prévention s'avère utile et nécessaire.

Le caractère néfaste de la corruption peut se résumer par le triptyque suivant : non seulement, la corruption vicie (i) les principes

23 T. DOUMBIA, « Corruption, culture et pauvreté dans le secteur du transport en Côte d'Ivoire », *Sociologies*, 2010, <https://journals.openedition.org/sociologies/3133?lang=en#tocto2n2>.

démocratiques (ii), est susceptible d'engendrer des risques pour la santé publique, mais encore (iii) renforce une criminalité généralisée.

- (i) Lorsque la corruption atteint les processus électoraux, elle délégitime le processus démocratique. « *De manière générale, la corruption mine l'État de droit et représente un obstacle à la réalisation des droits humains* »²⁴. Un État corrompu est un État qui ne fonctionne plus. La présentation de la corruption comme un virus endémique²⁵ n'est pas éloignée de la réalité. Elle participe à l'affaiblissement de la légitimité des autorités publiques. Elle est perçue comme une entrave au bon fonctionnement des institutions démocratiques. Un service public corrompu méconnaît le principe d'égalité et participe à la méfiance des citoyens envers les institutions et les représentants de l'État ; La corruption participe au fantasme du complotisme²⁶ et du soulèvement de la population qui s'estime opprimée par un pouvoir politique arbitraire.
- (ii) Aussi, la corruption peut engendrer des risques pour la santé publique portant atteinte à la qualité de vie et à la sécurité des consommateurs. Il a été relevé que « *les pactes de corruption sont le plus souvent à l'origine du non-respect des cahiers des charges qui entraîne des défauts de qualité ou de sécurité des produits ou ouvrages livrés au préjudice des consommateurs* »²⁷ ;
- (iii) Enfin, la corruption « *favorise le développement de la criminalité, notamment la criminalité organisée, voire du terrorisme et des groupes armés lorsque les fonds détournés viennent alimenter leurs réseaux ou lorsque ces acteurs emploient la corruption pour poursuivre leurs objectifs. Elle est un facteur de crise et de fragilité et possède un impact négatif sur la sécurité et à la stabilité aux niveaux national, régional et international* »²⁸. En ce sens et pour illustration, l'OCCRP²⁹ a récemment publié un rapport

²⁴ <https://www.afd.fr/fr/actualites/la-strategie-anticorruption-de-la-france-dans-son-action-de-cooperation>.

²⁵ C. BERNARD, « La corruption, virus endémique affectant l'intégrité des élus », *Cahiers Jean Moulin*, 2016, <https://journals.openedition.org/cjm/142?lang=en>.

²⁶ P. WAGNER-EGGER, « Les causes psychologiques et sociales du complotisme », *The inquisitive Mind*, 2021, <https://fr.in-mind.org/fr/article/les-causes-psychologiques-et-sociales-du-complotisme>.

²⁷ M.-E. BOURSIER, *Droit pénal des affaires internationales*, Éd. Joly, coll. « Les Précis Joly », 2016.

²⁸ <https://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/la-nouvelle-strategie-anti-corruption-de-la-france-33948.html>.

²⁹ Organized Crime and Corruption Reporting project.

concernant des mercenaires russes qui exploiteraient l'or soudanais par le biais d'alliances avec des dirigeants corrompus³⁰.

Il ressort de ce qui précède que la corruption est multiforme. Les poursuites nécessitent un engagement coopératif des États.

II. UNE MULTIFORMITÉ DE LA CORRUPTION NÉCESSITANT LA COOPÉRATION ENTRE ÉTATS

Les conventions internationales et les législations internes s'accordent sur le caractère multiforme de la corruption (A). Sa mutabilité matérielle et spatiale rend difficiles les poursuites. Sans la coopération et la solidarité des États face à ce fléau, la lutte serait compromise pour ne pas dire impossible (B).

A. Les formes de corruption

Dans la présente section, les conventions régionales telles que les conventions africaines et européennes seront exclues de l'analyse. Seules les conventions internationales seront étudiées parmi lesquelles seront évoquées : (i) la Convention de l'OCDE³¹ (ii) la Convention dite de Palerme³² et (iii) la Convention dite de Mérida³³. Cette dernière sera le guide de l'analyse qui suivra. À la différence des deux premières, la Convention de Mérida distingue la corruption publique (1) et la corruption privée (2).

1. La corruption publique

La corruption publique est automatiquement envisagée lorsque le corrompu est un agent public. La Convention de Mérida, à l'instar de la Convention de Palerme, distingue la corruption d'agents publics nationaux (a) de la corruption d'agents publics étrangers (b).

³⁰ <https://www.occrp.org/en/investigations/documents-reveal-wagners-golden-ties-to-sudanese-military-companies>.

³¹ Conv. sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, OCDE, 1997.

³² Conv. des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et protocoles s'y rapportant, 2000.

³³ Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003.

a. La corruption d'agents publics nationaux

La convention de l'OCDE se désintéresse complètement de l'hypothèse de la corruption intraétatique. De sorte que son étude sera exclue du présent développement.

La première convention internationale qui s'est intéressée à la question de la corruption nationale fut la Convention de Palerme qui, dans son article 8, a envisagé isolément les cas du corrupteur et du corrompu. Cette approche a été reprise par la Convention de Mérida en son article 15.

- (i) La convention de Mérida définit le corrupteur national comme étant celui qui a promis, offert ou accordé « *à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles* » ;
- (ii) À l'inverse, le corrompu national, en sa qualité d'agent public, est présenté comme étant celui qui a sollicité ou accepté, « *directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles* ».

Ces incriminations ont pour point commun de requérir « l'implication d'un agent public. La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par « agent public ». Contrairement à la Convention de Palerme qui ne définit pas « l'agent public » confiant aux États Parties le soin de le définir, la Convention de Mérida développe une définition en son article 2. Par « *agent public* », il faut entendre « *(i) toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un État Partie, qu'elle ait été nommée ou élue, à titre permanent ou temporaire, qu'elle soit rémunérée ou non rémunérée, et, quel que soit son niveau hiérarchique ; (ii) toute autre personne qui exerce une fonction publique, y compris pour un organisme public ou entreprise publique, ou qui fournit un service public, tel que ces termes sont définis dans le droit interne de l'État Partie et appliqués dans la branche pertinente du droit de cet État ; (iii) toute autre personne définie comme 'agent public' dans le droit interne d'un État Partie* ».

La définition de l'agent public est extrêmement large, puisqu'au-delà de la définition proposée avec un périmètre extensif, la Convention de Mérida opère par renvoi au droit interne, ménageant ainsi une souplesse, par l'intégration d'autres personnes susceptibles de revêtir la qualification « d'agent public » qui ne rentreraient pas dans le champ définitionnel proposé par cette convention. Donc, celle-ci aménage aussi, à l'instar de la Convention de Palerme, une forme de liberté dans l'approche de ce qu'est un « agent

public ». Certains auteurs ont néanmoins critiqué une telle approche en relevant des difficultés pratiques³⁴.

Certains États ont préféré dissocier la corruption d'agent public et du personnel judiciaire par des incriminations autonomes. Si la Convention de Mérida subsume le personnel judiciaire dans la catégorie d'agent public, des États ont artificiellement isolé les deux. Tel est le cas par exemple de la France³⁵ ou encore du Maroc³⁶.

Une interprétation stricte de la stipulation suggèrerait que l'avantage indu ait été nécessairement promis ou remis **avant** la réalisation de l'acte par le corrompu. En effet, l'avantage doit avoir été promis ou remis « *afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte* ». Une telle rédaction ne prévoit donc pas expressément la possibilité que l'avantage puisse avoir été promis ou remis *a posteriori*. Pour contourner toute difficulté, certains États ont prévu dans leur législation que l'avantage promis ou remis à l'agent public s'entend « *pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'il a accompli ou s'est abstenu d'accomplir un acte de sa fonction* ». Tel est le cas par exemple de la France³⁷ pour lever toute ambiguïté.

b. La corruption d'agents publics étrangers

La question de la corruption d'agents publics étrangers a été partiellement traitée dans la Convention de l'OCDE. En effet, celle-ci n'a envisagé la corruption d'agents publics étrangers que sous un seul et unique aspect, en son article 1^{er}, celui du corrupteur d'agent public étranger. Elle le définit comme toute personne qui a offert, promis ou octroyé « *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 ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international* ».

Pour compléter, et dans la suite logique, la Convention de Palerme, en son article 8, a invité les États à prévoir dans leur législation la corruption internationale, prise dans ses deux configurations, le corrupteur **et** le corrompu.

Finalement, c'est la Convention de Mérida qui a proposé une définition internationale du corrompu et du corrupteur. En son article 16, la Convention de Mérida définit le corrupteur comme quiconque a promis, offert ou accordé « *à un agent public étranger ou à un fonctionnaire d'une organisation internationale publique, directement ou indirectement, un avantage indu,*

³⁴ P. FITZGERALD, *Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers*, Thèse de doctorat, Université de Toulon, 2012, p. 75.

³⁵ C. pén. français, art. 434-9.

³⁶ C. pén. marocain, art. 248.

³⁷ C. pén. français, art. 433-1.

pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international ».

Trois différences notables doivent être relevées entre les Conventions de l'OCDE et de Mérida dans la définition du corrupteur d'agent public étranger :

- (i) D'abord, les deux conventions requièrent, au titre de l'élément moral de l'infraction, la caractérisation d'un dol spécial. La différence réside en ce que la définition de ce dol spécial est plus restrictive dans la Convention de l'OCDE. En effet, si l'article 1^{er} de la Convention de l'OCDE se borne à devoir relever la volonté « *d'obtenir un marché ou un autre avantage dans le commerce international* », la Convention de Mérida propose une hypothèse nouvelle, celle de la volonté du corrupteur « *d'obtenir ou de conserver un autre avantage en liaison avec des activités de commerce international* ». Donc, l'incrimination ne se borne plus aux activités de commerce international *stricto sensu*. L'article 16 de la Convention de Mérida prévoit une ouverture à des activités connexes au commerce international. Si la Convention de Mérida est plus sévère que la Convention de l'OCDE, les États peuvent faire le choix d'une loi encore plus sévère en prenant le parti de ne pas transposer ce dol spécial³⁸ ;
- (ii) Ensuite, il est intéressant de relever qu'aux termes de la Convention de Mérida, l'incrimination existe, peu importe que l'avantage ait été remis à une « *personne* » ou à une « *entité* ». La Convention de l'OCDE, quant à elle, requiert de s'assurer que l'avantage ait été remis à l'agent public lui-même ou à un « *tiers* ». Or, un « *tiers* » vise nécessairement une « *personne* ». La Convention de l'OCDE voulait-elle exclure les « *entités* » de son champ d'application ? C'est sans doute la raison pour laquelle la Convention de Mérida a préféré abandonner la qualification de « *tiers* » au profit d'« *une autre personne ou entité* » pour éviter toute confusion ou ambiguïté ;
- (iii) Enfin, la Convention de l'OCDE évoque l'octroi d'un avantage direct ou « *par des intermédiaires* » au corrompu. Cette expression n'a pas été reprise par la Convention de Mérida qui a préféré suggérer la remise directe ou indirecte d'un avantage. Ce choix doit-il interpeler ? Il ressort du guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption une confusion. Le guide emploie indifféremment le caractère « *indirect* » ou « *par des intermédiaires* ». Les notions recouvrent la même chose.

³⁸ Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 65 § 2.

S'il faut relever une autre caractéristique de la Convention de Mérida, il s'agirait du fait que son article 16 définit pour la première fois le corrompu étranger. En sa qualité d'agent public étranger ou fonctionnaire d'une organisation internationale publique, le corrompu est celui qui a sollicité ou accepté, « *directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles* ».

L'article 16 précise que l'acte du corrompu doit avoir été réalisé dans le cadre de « *ses fonctions officielles* ». Cela sous-entend deux choses. D'une part, que l'agent public devait avoir réalisé son acte en exercice. Cette analyse exclut donc du champ d'application les agents publics qui ont agi en dehors de leur fonction et donc dans le cadre d'une autre activité qu'ils mèneraient en parallèle. D'autre part, que l'agent public appartient à une autorité légitime et reconnue. En effet, l'article qualifie les fonctions de l'agent public d'« *officielles* ». Cette précision exclut nécessairement les organisations de nature terroriste. Or, l'actualité³⁹ a évoqué des faits de corruption de membres d'une organisation terroriste, en l'occurrence, l'État islamique. Parler de corruption apparaît dans ce contexte chose malaisée puisque lesdits membres ne sont pas des agents publics au sens strict du terme.

2. La corruption privée

Seule la Convention de Mérida prévoit l'existence de la corruption privée en son article 21. Elle dissocie le corrupteur privé du corrompu privé.

L'article 21 de la Convention commence par définir le cadre de la corruption privée. Celle-ci est située dans le cadre « *d'activités économiques, financières ou commerciales* ». Si de prime abord, le champ d'application apparaît large, un certain nombre d'hypothèses en demeurent exclues. Les organisations sociales ne semblent pas être envisagées tout comme les organisations de nature terroriste. La « corruption » de membres d'une organisation terroriste apparaît donc impossible sauf à ce que l'État réprime pareille situation de manière claire pour lever toute ambiguïté. En tout état de cause, la Convention n'en prévoit pas la répression compte tenu du cadre défini, mais rien n'empêche les États d'envisager une répression plus large.

Par corrupteur privé, la Convention des Nations Unies vise quiconque commet intentionnellement l'acte « *de promettre, d'offrir ou d'accorder, directement ou indirectement, un avantage indu à toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que*

³⁹ https://www.lemonde.fr/international/article/2022/02/16/le-groupe-suedois-ericsson-reconnait-des-faits-de-corruption-qui-pourraient-avoir-beneficie-a-l-etat-islamique-en-irak_6113923_3210.html.

ce soit, pour elle-même ou pour une autre personne, afin que, en violation de ses droits, elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte ».

Par corrompu privé, la Convention renvoie à « *toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour elle-même ou pour une autre personne, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte en violation de ses devoirs* ». Ceci étant entendu « *lorsque les actes ont été commis intentionnellement* ». Le caractère particulier de cette forme de corruption réside en ce que le corrompu doit avoir la qualité de mandataire social ou de salarié pour emporter la qualification de corrompu privé.

À titre de conclusion sur cette question, il sera relevé qu'aucune des conventions précitées, peu importe la forme de corruption envisagée, ne précise à qui doit bénéficier l'acte accompli par le corrompu. Ce défaut de précision donne à penser qu'il peut tant bénéficier au corrupteur qu'à toute autre personne ou entité. En d'autres termes, la corruption ne suppose pas que l'acte accompli par le corrompu doive nécessairement avoir été pris dans l'intérêt direct et exclusif du corrupteur. Une telle approche est bienvenue lorsque l'État n'incrimine pas le trafic d'influence. En revanche, si l'État a prévu dans sa législation le trafic d'influence, alors la corruption doit être envisagée pour le compte unique du corrupteur pour ne pas risquer un conflit de qualifications.

B. La coopération des États

L'efficacité de la lutte contre la corruption transfrontière dépend de la coopération interétatique (1) et de la volonté de chaque État de mettre en place des initiatives internes pour promouvoir des dispositifs éducatifs et préventifs (2).

1. La coopération interétatique en matière de lutte contre la corruption

La coopération interétatique est fondamentale dans la lutte contre la corruption transnationale. Elle suggère la coopération de l'État dans lequel l'infraction a été commise ou dans lequel l'auteur est localisé. En effet, le principe de souveraineté étatique empêche de prendre des mesures coercitives en violation de l'intégrité territoriale d'un État tiers.

L'article 4 de la Convention de Mérida rappelle le postulat de la souveraineté étatique. Il réaffirme que les lois de compétence des autorités étatiques ne sauraient être appliquées extraterritorialement en vertu d'une disposition de la Convention. La souveraineté des États leur confère l'exclusivité de la

compétence d'exécution sur leur territoire interdisant ainsi toute intrusion d'agents d'une puissance étrangère sur le territoire national⁴⁰.

Il résulte de ce qui précède que les lois pénales de forme relatives à la compétence des autorités ne peuvent pas être appliquées extraterritorialement. Toutefois, cette impossibilité ne saurait être étendue aux lois pénales de fond qui peuvent parfaitement faire l'objet d'une application extraterritoriale.

En ce sens, l'article 42 de la Convention de Mérida distingue plusieurs fondements de compétence d'un État pour poursuivre des faits de corruption commis à l'étranger. La Convention envisage quatre chefs de compétence :

- (i) la compétence territoriale ;
- (ii) la compétence personnelle passive en tenant compte de la nationalité de la victime ;
- (iii) la compétence personnelle active en tenant compte de la nationalité de l'auteur ; et
- (iv) la compétence réelle lorsque l'infraction est commise à l'encontre de la personne de l'État.

Ces quatre chefs de compétence ne sont pas exhaustifs puisque la Convention n'interdit pas l'exercice d'une autre compétence prévue dans le droit interne.

Si l'application extraterritoriale de la loi pénale de fond est autorisée, et ne soulève aucune difficulté, il n'en demeure pas moins que l'efficacité des poursuites est subordonnée à la coopération interétatique. C'est en ce sens que la Convention de Mérida a multiplié les initiatives pour la promouvoir.

D'abord, elle écarte un premier obstacle tenant à la condition de réciprocité de l'infraction. En effet, certains États requièrent dans leur législation interne la condition de réciprocité de l'infraction avant de consentir à toute coopération avec un État tiers. C'est dans ces conditions que la Convention de Mérida pose, en son article 43, une présomption de réciprocité pour faciliter la coopération.

Ensuite, la Convention de Mérida définit la coopération sous plusieurs formes. Il peut s'agir d'une extradition aux fins de poursuites (art. 44), d'une extradition aux fins d'exécution (art. 45) ou encore d'une entraide judiciaire aux fins d'enquête, poursuites et procédures judiciaires (art. 46).

À défaut de convention bilatérale, la Convention de Palerme⁴¹ et la Convention de Mérida⁴² organisent les modalités concrètes de l'entraide judiciaire. La demande doit être formalisée par écrit et contenir des renseignements précis. En principe l'entraide judiciaire est acceptée. Le refus est envisagé subsidiairement et de manière exceptionnelle. L'État requis, avant

⁴⁰ D. REBUT, *Précis de Droit pénal international*, Dalloz, 3^e éd., 2019, p. 149.

⁴¹ Conv. des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, art. 18 § 9 à § 29.

⁴² Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 46 § 9 à § 29.

de refuser, doit avoir étudié la possibilité d'accorder l'entraide sous réserve de conditions qu'il juge nécessaires. Ce n'est qu'à défaut d'y être parvenu que le refus peut être envisagé. Le refus devant être motivé par l'un des motifs limitativement énumérés dans les conventions précitées⁴³.

Enfin, les conventions sont favorables aux dénonciations de la part des autorités compétentes d'un État Partie en communiquant « *des informations concernant des affaires pénales à une autorité compétente d'un autre État Partie, si elles pensent que ces informations pourraient l'aider à entreprendre ou à conclure des enquêtes et des poursuites pénales, ou amener ce dernier État Partie à formuler une demande en vertu de la présente Convention* ». Pour promouvoir les démarches en ce sens, les conventions se veulent rassurantes et précisent que cette dénonciation ne préjudicie en rien à la poursuite de l'enquête effectuée par l'État dénonciateur⁴⁴.

2. La promotion de pratiques et de dispositifs anticorruption

La Convention de Mérida alerte les États Parties sur la nécessité de mettre en place et de promouvoir des pratiques efficaces visant à prévenir la corruption⁴⁵. La convention internationale insiste sur l'éducation de la société civile qui passe par sa participation à la politique de lutte contre la corruption pour que celle-ci se sente concernée et sensibilisée à l'action⁴⁶.

Pour promouvoir l'action de transparence, la Convention de Mérida envisage deux principaux moyens :

- (i) D'une part, elle souligne la nécessité d'encourager ses ressortissants et résidents à signaler aux autorités compétentes des faits de corruption dont ils auraient connaissance⁴⁷. Or, pour mettre en confiance les dénonciateurs dans leurs actions souvent risquées, la Convention rappelle l'obligation faite aux États de mettre en place des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié d'un lanceur d'alerte⁴⁸. Une protection suffisante et rassurante facilite la liberté d'expression et les dénonciations favorisant l'éradication de ce fléau ;

⁴³ Conv. des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, art. 18 § 21 ; Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 46 § 21.

⁴⁴ Conv. des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 nov. 2000, art. 18 § 4 ; Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 46 § 4.

⁴⁵ Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 5.

⁴⁶ Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 13.

⁴⁷ Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 39.

⁴⁸ Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 33.

- (ii) D'autre part, elle suggère la possibilité pour chaque État Partie de prendre des mesures appropriées pour encourager tout auteur ou complice de corruption qui a dénoncé ou apporté une aide substantielle dans la résolution de l'enquête⁴⁹. La Convention ouvre la possibilité du prononcé à son encontre d'une peine allégée ou encore la possibilité de lui accorder l'immunité de poursuites.

Enfin, pour s'assurer de l'efficacité des poursuites et de la répression de la corruption, les conventions internationales rappellent la nécessité d'encadrer les moyens de défense du prévenu et les faits justificatifs susceptibles d'être allégués.

Par principe, la Convention de Mérida renvoie au droit interne des États parties le soin de délimiter les moyens de défense susceptibles d'être argués par le prévenu⁵⁰. Toutefois, pour la corruption d'agents publics étrangers, la liberté des États est restreinte :

La Convention de l'OCDE⁵¹ restreint les moyens de défense :

- (i) aux paiements dits de facilitation ; et
- (ii) à la permission par la loi du pays de l'agent public étranger.

La Convention de Mérida se montre encore plus sévère dans l'admission des moyens de défense du prévenu puisqu'elle interdit les paiements de facilitation. Les paiements de facilitation se définissent par des paiements non-officiels d'un montant modeste permettant d'obtenir un produit ou d'accélérer l'exécution d'un service que le payeur pouvait légitimement obtenir. Tel est le cas par exemple du paiement de taxes non-officielles accordé aux fonctionnaires pour effectuer ou accélérer leur travail dans le cadre d'une démarche administrative. Cette interdiction a pour objectif de faire obstacle à la banalisation de la corruption qui est le plus grand danger.

Donc, pour délimiter les moyens de défense du prévenu, il convient de faire une application complexe et superposée des conventions internationales. En l'occurrence, dans l'exemple du cas de corruption d'agents publics étrangers, si la Convention de l'OCDE admet les paiements de facilitation, la Convention de Mérida les interdit.

⁴⁹ Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 37.

⁵⁰ Conv. des Nations Unies contre la corruption, 2003, art. 30 § 9.

⁵¹ Commentaires relatifs à la Convention de l'OCDE, §. 8 et 9.

ANNEXE

Corruption publique nationale	Convention de l'OCDE	Convention de Palerme Article 8	Convention de Merida Article 15
Corrupteur	Pas de définition	<p><i>Lorsque les actes ont été commis intentionnellement : au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles.</i></p>	
Corrompu	Pas de définition		

Corruption publique internationale	Convention de l'OCDE Article 1 ^{er}	Convention de Palerme article 8	Convention de Merida article 16
Corrupteur	<p><i>Le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu 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.</i></p>	<p>Pas de définition, mais renvoi au droit interne</p>	<p><i>Les actes ont été commis intentionnellement, au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public étranger ou à un fonctionnaire d'une organisation internationale publique, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international.</i></p>
Corrompu	<p>Pas de définition</p>	<p>Pas de définition, mais renvoi au droit interne</p>	<p><i>Les actes ont été commis intentionnellement, au fait, pour un agent public étranger ou un fonctionnaire d'une organisation internationale publique, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles.</i></p>

Corruption privée	Convention de l'OCDE	Convention de Palerme	Convention de Merida article 21
Corrupteur	Pas de définition	Pas de définition	<i>Lorsque les actes ont été commis intentionnellement dans le cadre d'activités économiques, financières ou commerciales : au fait de promettre, d'offrir ou d'accorder, directement ou indirectement, un avantage indu à toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, pour elle-même ou pour une autre personne, afin que, en violation de ses devoirs, elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte</i>
Corrompu	Pas de définition	Pas de définition	<i>Lorsque les actes ont été commis intentionnellement dans le cadre d'activités économiques, financières ou commerciales : au fait, pour toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour elle-même ou pour une autre personne, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte en violation de ses devoirs.</i>