

JAPON

EXAMEN DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION ET DE LA RECOMMANDATION DE 1997

21 mai 2002

A. APPLICATION DE LA CONVENTION

Questions formelles

Le Japon a signé la Convention le 17 décembre 1997 et déposé son instrument de ratification auprès de l'OCDE le 13 octobre 1998. Il a transposé la Convention dans sa législation nationale en apportant à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale différents amendements qui sont entrés en vigueur le 15 février 1999.

La Convention dans son ensemble

Les amendements apportés à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale prévoient et répriment l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, et définissent le concept d' « agent public étranger ». Les autres obligations découlant de la Convention figurent déjà dans le corpus législatif existant, et notamment dans le Code pénal, le Code de procédure pénale et le Code de commerce.

Les autorités japonaises expliquent que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers a été placée dans la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, et non dans le Code pénal qui sanctionne l'infraction de corruption d'agents publics nationaux, car elle poursuit un objectif différent. La pénalisation de l'infraction de corruption d'agents publics nationaux vise à maintenir la confiance du public dans la loyauté et l'honnêteté du service public.¹ En revanche, la pénalisation de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers vise à garantir le jeu d'une concurrence loyale dans les transactions commerciales internationales. Le Japon estime donc raisonnable d'appliquer la Convention par voie d'amendements à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale.

Le Japon indique que les infractions instituées par la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale font l'objet d'enquêtes et de poursuites exactement identiques à celles que prévoit le Code pénal et ajoute que les dispositions générales du Code pénal s'appliquent à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.² En outre, bien que les deux infractions relèvent de deux textes législatifs différents et que leur pénalisation poursuive des objectifs divergents, leurs éléments constitutifs sont similaires, et, dès lors, la jurisprudence en matière de corruption d'agents publics nationaux sera fort utile pour déterminer comment les tribunaux sanctionneront l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.

L'objet de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, tel qu'il est énoncé dans son article 1, est apparemment d'empêcher la concurrence déloyale sur le marché japonais, et non sur les marchés étrangers.

1. Arrêt de la Cour suprême 1931.8.6. Keishu 10.412.

2. Les autorités japonaises indiquent que l'article 8 du Code pénal prévoit que les dispositions générales du Code pénal, notamment celles qui régissent la complicité, sont applicables à toutes les infractions pénales, et non pas seulement à celles qui sont instituées par le Code pénal.

Ainsi il n'est pas certain que les infractions de corruption n'affectant que le marché étranger soient couvertes par la loi et poursuivies.

1. ARTICLE 1. L'INFRACTION DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS

L'article 10bis (1) de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale définit ainsi qu'il suit l'infraction de corruption d'un agent public étranger :

Il est interdit à toute personne d'octroyer, d'offrir ou de promettre un avantage pécuniaire ou autre à un agent public étranger, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, ou pour que cet agent, usant de sa position, intervienne auprès d'un autre agent public étranger pour qu'il agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver un avantage commercial indu.

Cet article est suivi de l'article 10bis (2), qui définit le concept d'« agent public étranger » (voir plus loin § 1.1.6), et de l'article 10bis (3), qui institue une exception à la qualification pénale des faits dans les termes suivants :

L'article 10bis (1) n'est pas applicable si le pays décrit aux sous-paragraphes (i) à (iii) et (v) du paragraphe ci-dessus [article 10bis (2) définissant « l'agent public étranger »] est le même pays étranger que celui où est situé le principal établissement de la personne qui octroie, offre ou promet un avantage (et, si l'avantage est octroyé, offert ou promis par le représentant d'une personne morale, ou par l'agent ou l'employé d'une personne morale ou d'une autre personne, en lien avec l'activité de cette personne morale ou de cette personne, le principal établissement de cette personne morale ou de cette autre personne).

(La partie entre crochets est ajoutée dans un souci de clarté).

L'article 10bis (3) semble instaurer une exception d'une grande portée à l'application du texte réprimant l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Cette disposition est examinée au paragraphe 4.1. « Compétence territoriale », puisque l'exception qu'elle introduit est étroitement liée à la question de la compétence territoriale.

Eléments de l'infraction

1.1.1 Toute personne

En vertu de l'article 10bis (1), il est interdit à toute « personne » d'octroyer, etc., un avantage pécuniaire ou autre à un agent public étranger. Bien que ni le Code pénal ni la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale ne définissent le terme « personne », seules les personnes physiques peuvent être passibles de sanctions pénales, sauf disposition expresse contraire, en vertu de l'un des fondements du droit japonais.³

1.1.2 Le fait intentionnel

Bien qu'il ne soit pas expressément mentionné dans l'article 10bis(1), l'élément intentionnel est indispensable à la qualification pénale de l'infraction de corruption d'un agent public étranger. L'article 38

3. Arrêt de la Cour suprême 1935.11.25 Keishu 14-1217.

du Code pénal subordonne en effet la qualification pénale d'un acte à son caractère intentionnel, et l'article 8 prévoit que les « Dispositions Générales », qui incluent l'article 38, s'appliquent aux infractions prévues et réprimées par d'autres textes législatifs, y compris la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale.

Les tribunaux interprètent l'élément intentionnel comme une attitude dénotant la connaissance et l'acceptation, ne fût-ce qu'incertaines, de tous les éléments objectifs de l'infraction. En outre, l'ignorance de la loi ne peut pas être invoquée comme un argument de défense.

1.1.3 D'offrir, de promettre ou d'octroyer

Conformément à la Convention, l'article 10bis (1) dispose expressément qu'il est interdit à toute personne d'« octroyer », d'« offrir » ou de « promettre » un avantage indu pécuniaire ou autre, à un agent public étranger.

1.1.4 Un avantage indu pécuniaire ou autre

L'article 10bis (1) interdit d'offrir, etc. « un avantage pécuniaire ou autre », et reprend ainsi l'essentiel du langage de la Convention à cet égard. Les autorités japonaises expliquent qu'elles jugent « indu » tout avantage pécuniaire ou autre octroyé, offert ou promis à un agent public étranger en vue d'obtenir ou de conserver un avantage commercial indu.

Aucune exception à ce principe n'est prévue pour les « petits paiements de facilitation ».

1.1.5 Directement ou par des intermédiaires

L'article 10bis (1) ne s'applique pas expressément à quiconque offrirait, etc. un avantage pécuniaire ou autre à un agent public étranger, en agissant indirectement par un intermédiaire. Les autorités japonaises expliquent néanmoins qu'il ressort clairement de la jurisprudence qu'une personne se livrant à des actes de corruption par un intermédiaire est passible de sanctions pénales tant en vertu de l'infraction de corruption étrangère qu'en vertu de l'infraction de corruption nationale. Ces sanctions s'appliquent indépendamment du point de savoir si l'intermédiaire agit sciemment ou non.⁴ En outre, l'intermédiaire qui agit sciemment est coupable de complicité.

1.1.6 A un agent public étranger

L'article 10bis (2) définit le terme « agent public étranger » de la manière suivante⁵ :

- (i) *toute personne assurant un service public pour le compte d'une administration publique nationale ou locale étrangère.*

4. Arrêt de la Cour suprême 1956.7.3. Keishu 10-7-955 ; arrêt de la Cour Suprême 1983.9.21 Keishu 37-7-1070.

5. Suite à l'adoption de ce rapport, des amendements à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, élargissant la définition d'agents publics étrangers en relation avec les entreprises publiques, ont été adoptés en juin 2001 et sont entrés en vigueur le 25 décembre 2001. Voir l'annexe de ce rapport pour l'évaluation par le Groupe de travail de ces amendements.

- (ii) *toute personne travaillant au service d'une entité instituée en vertu de lois étrangères spéciales, pour l'exercice d'activités spécifiques d'intérêt public.*
- (iii) *toute personne travaillant au service d'une entreprise dont le nombre de parts assorties d'un droit de vote ou le montant du capital souscrit, directement détenu par un ou plusieurs administrations publiques nationales ou locales étrangères, excède la moitié du nombre total de parts émises assorties d'un droit de vote ou du montant total du capital souscrit de cette entreprise, ou dont le nombre de dirigeants (administrateurs, commissaires aux comptes, liquidateurs ou autres personnes participant à la direction de l'entreprise) désignés ou nommés par un ou plusieurs administrations publiques nationales ou locales étrangères, excède la moitié des dirigeants de cette entreprise, et à laquelle certains privilèges spéciaux sont accordés par des administrations publiques nationales ou locales étrangères pour exercer son activité.*
- (iv) *toute personne fournissant un service public pour le compte d'une organisation internationale (« organisation internationale » désignant ici une entité constituée par des gouvernements ou autres organisations internationales intergouvernementales).*
- (v) *toute personne qui exerce une fonction publique relevant de la compétence autorisée d'une administration publique nationale ou locale étrangère, ou d'une organisation internationale, par délégation de cette administration ou de cette organisation.*

Les autorités japonaises expliquent que les termes « service public » et « service », bien qu'ils ne soient pas définis dans la loi japonaise, ont la même signification que le terme « fonction publique » employé dans la Convention.

La définition donnée au paragraphe (i) ne vise pas expressément une personne qui « détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire ... qu'elle ait été nommée ou élue ». Cependant, les autorités japonaises expliquent que l'expression « toute personne fournissant un service public » entend couvrir toutes ces personnes. En outre, les paragraphes (i) et (v) entendent couvrir tous les niveaux et subdivisions d'administration, du niveau national au niveau local, comme l'exige la Convention, bien qu'ils ne les visent pas expressément.

Le paragraphe (ii) inclut dans la définition de l'agent public étranger une personne travaillant au service d'une « entité instituée en vertu de lois étrangères spéciales, pour l'exercice d'activités spécifiques d'intérêt public ». Les autorités japonaises expliquent que les « lois étrangères spéciales » équivalent aux dispositions de « droit public » évoquées dans le Commentaire 13.

Le paragraphe (iii) exige que l'« entreprise » soit détenue par des détenteurs de parts. En outre, et par contraste avec le Commentaire 14, le paragraphe (iii) ne spécifie pas que le contrôle direct ou indirect soit un critère suffisant, et ne prévoit pas le cas où le ou les gouvernements étrangers exerceraient un contrôle de fait sur une entreprise, sans détenir plus de 50 pour cent des parts, ni plus de 50% des droits de vote attachés aux parts. Les autorités japonaises estiment que cette définition satisfait à l'exigence posée par le Commentaire 14. Elles considèrent que la définition de l'« entreprise publique » a été laissée à la discrétion de chaque Partie, sous réserve de couvrir l'exemple concret donné dans le Commentaire.

Les autorités japonaises expliquent que la dernière phrase du paragraphe (iii) entend codifier le Commentaire 15 de la Convention, qui précise qu'une entreprise qui exerce son activité sur une base commerciale normale est considérée comme une « entreprise publique », si elle reçoit des « aides publiques ou autres privilèges ». Le Japon confirme que l'expression « privilèges spéciaux »

employée au paragraphe (iii) couvre à la fois les positions de monopole conférées par les autorités publiques et l'octroi d'aides préférentielles.

Le paragraphe (iv), qui définit l'agent public étranger comme « toute personne fournissant un service public pour le compte d'une organisation internationale », entend s'appliquer à une personne travaillant au sein d'une organisation internationale.

Le paragraphe (v) s'applique à toute personne qui exerce une fonction publique, par délégation d'une administration publique nationale ou locale étrangère ou d'une organisation internationale. Le seul critère d'application de ce paragraphe est donc que la personne concernée exerce des fonctions déléguées par une administration publique ou une organisation internationale.

1.1.7 A son profit ou au profit d'un tiers

L'article 10bis (1) ne couvre pas expressément le cas où le bénéficiaire serait un tiers. Les autorités japonaises précisent toutefois que l'infraction d'agent public étranger est constituée si le bénéficiaire est un tiers, dans les cas suivants :

1. L'avantage est offert ou promis à l'agent public étranger, quand bien même serait-il octroyé à un tiers.
2. L'avantage est octroyé à l'agent public étranger, quand bien même l'agent aurait-il l'intention d'en faire profiter un tiers.
3. L'avantage est directement octroyé à un tiers, dans certains cas.

En ce qui concerne la troisième catégorie, les autorités japonaises prévoient que l'infraction d'agent public étranger sera interprétée dans la lignée de la jurisprudence élaborée en matière de corruption d'agents publics nationaux ; dès lors, l'infraction sera constituée si l'avantage a été octroyé en substance à l'agent public, en dépit du fait qu'il ait été transmis à un tiers. Les tribunaux apprécient cas par cas, d'après les faits de la cause, si l'avantage a été octroyé en substance à l'agent public concerné. En vertu de la jurisprudence dominante, l'avantage est réputé avoir été octroyé en substance à l'agent public si le tiers sert d' « instrument » à cet agent ; le tiers est assimilé à l'agent public (par ex. il en est le conjoint) ; ou il existe une entente délictueuse entre le tiers et l'agent public.⁶ L'avantage sera également réputé avoir été octroyé « en substance » à l'agent public étranger si ce dernier prescrit à qui l'avantage doit être octroyé. Dans ce cas, l'agent public étranger a le contrôle de l'avantage, lequel doit donc être réputé lui avoir été octroyé « en substance ».

1.1.8 Pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles

L'article 10bis (1) s'applique lorsqu'un avantage pécuniaire ou autre est octroyé, etc. à un agent public étranger, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans les deux cas suivants :

1. dans l'exécution de ses fonctions officielles ; ou
2. pour que cet agent, usant de sa position, intervienne auprès d'un autre agent public étranger pour qu'il agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles.

6. Grands commentaires du Code pénal, publiés par Seirin-Shoin (vol. 7, pp.468-469)

Le premier cas reprend exactement les termes correspondants de la Convention. Le second cas est une sous-catégorie du premier, mais son inclusion dans les éléments constitutifs de l'infraction clarifie l'étendue de celle-ci.

1.1.9 En vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu

L'article 10bis (1) s'applique à une offre, etc., faite à un agent public étranger « en vue d'obtenir ou de conserver un avantage commercial indu ». Cette formulation s'écarte de celle de la Convention dans la mesure où cette dernière fait référence à « un marché ou un autre avantage indu ». Toutefois, il semblerait que l'article 10 bis (1) satisfasse à la norme énoncée dans la Convention dans la mesure où l'expression « un avantage commercial indu » vise à couvrir, conformément au Commentaire 5 sur la Convention, « un avantage qu'une entreprise n'aurait pas clairement dû recevoir, par exemple l'autorisation d'exercer une activité pour une usine ne remplissant pas les conditions réglementaires ».

Le Japon confirme que l'article 10bis (1) s'applique tant à l'obtention d'un marché qu'à la conservation d'un marché déjà obtenu.⁷

1.1.10 Dans le commerce international

Les autorités japonaises expliquent que l'article 10bis (1) ne reprend pas les termes « dans le commerce international » puisqu'en vertu de l'article 10bis (3), l'infraction n'est pas constituée en cas de corruption de leurs « propres agents publics ». En conséquence, seule la corruption d'un agent public étranger est couverte par cet article, qui se rapporte nécessairement aux transactions commerciales internationales. [L'article 10bis (3) est plus amplement examiné au point 4.1 relatif à la compétence territoriale.]

La Loi sur la prévention de la concurrence déloyale a été appliquée à des affaires de concurrence déloyale impliquant des transactions commerciales internationales, y compris des actions civiles en contrefaçon alléguant que certains produits (par exemple : vins, articles de maroquinerie et jouets) importés et vendus au Japon étaient des copies de certains produits étrangers célèbres.

1.2 Complicité

L'article 1.2. de la Convention demande aux Parties de prendre les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale « le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation ».

Les autorités japonaises indiquent que la complicité de corruption d'un agent public étranger est une infraction pénale en vertu des articles 61 à 65 du Code pénal.⁸

L'infraction pénale d'« instigation » est prévue et réprimée par l'article 61 du Code pénal, qui la décrit comme un acte incitant une personne à décider de commettre une infraction, qui sera commise sur la base de cette décision. Il semblerait que ce texte couvre l'instigation à commettre un acte de corruption d'un agent public étranger.

7. Le texte original de l'article 10bis (1) emploie le terme « e-ru », qui signifie à la fois « obtenir » et « conserver ».

8. L'article 8 du Code pénal dispose que les articles 61 à 65 s'appliquent aux infractions prévues et réprimées par d'autres lois, y compris la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale.

En vertu de l'article 62 du Code pénal, une personne est « complice » de la commission d'une infraction, lorsqu'elle agit dans l'intention de collaborer avec d'autres personnes afin de commettre une infraction, en facilitant la commission de celle-ci. Il semblerait que ce texte couvre l'aide, l'assistance et l'autorisation, au sens usuel de ces termes.

1.3 Tentative et complot

Conformément à l'article 1.2. de la Convention, la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public étranger doit constituer une infraction pénale, dans la mesure où la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public de cette Partie constitue une telle infraction.

Le Japon indique que le Code pénal ne qualifie pas pénalement la tentative de corruption d'un agent public national, de la même manière que la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale ne qualifie pas pénalement cette tentative à l'égard d'un agent public étranger.

Le Japon explique qu'en vertu de l'article 60 du Code pénal, le complot en vue de corrompre un agent public étranger constitue une infraction pénale, si l'infraction a été commise.⁹ En d'autres termes, le conspirateur est coupable de l'infraction qu'il n'a pas commise lui-même, si l'infraction a été commise par une personne ayant conspiré avec lui.¹⁰ A titre d'exemple, si un dirigeant d'entreprise autorise son subordonné à payer un pot-de-vin et que ce subordonné s'abstient de payer, promettre ou offrir ce pot-de-vin, ni ce dirigeant ni son subordonné ne seront passibles de sanctions pénales.

2. ARTICLE 2. RESPONSABILITE DES PERSONNES MORALES

L'article 2 de la Convention demande à chaque Partie de « prendre les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger ».

2.1.1 Personnes morales

L'article 14 de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale établit la responsabilité pénale d'une « personne morale » en cas de corruption d'un agent public étranger par l'intermédiaire de l'un de ses agents, préposés ou autres employés.¹¹ Il dispose ce qui suit :

Si le représentant d'une personne morale ou l'un des agents, préposés ou autres employés d'une personne morale ou physique commet, en relation avec l'activité de cette personne morale ou physique, l'une des violations décrites à l'article précédent, cette personne morale sera punie d'une

9. L'article 8 du Code pénal dispose que l'article 60, relatif au complot, s'applique aux infractions prévues et réprimées par d'autres lois, y compris la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale.

10. Arrêt de la Cour suprême 1958.5.28 Keishu 12.8.1718.

11. Le Code pénal ne consacre aucune disposition à la responsabilité pénale des personnes morales. Cependant, cette responsabilité pénale existe dans le cadre de différentes infractions pénales prévues et réprimées par des lois spéciales (c'est-à-dire des infractions prévues et réprimées par d'autres lois que le Code pénal, y compris la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale). En 1997, les juridictions pénales japonaises ont condamné 1 772 personnes morales à des peines d'amende, pour des infractions régies par ces lois spéciales.

peine d'amende de 300 000 000 yen au plus, et cette personne physique encourra la même peine d'amende que celle décrite à l'article précédent, outre les sanctions infligées à l'auteur de l'infraction.

Les autorités japonaises expliquent qu'il n'existe aucune restriction limitant le type de sociétés pouvant encourir une responsabilité pénale, et que les sociétés condamnées peuvent donc inclure des sociétés détenues ou contrôlées par l'Etat. Cependant, les entreprises non dotées de la personnalité morale ne sont pas incluses dans les « personnes morales » visées à l'article 14.

2.1.2 Mise en jeu de la responsabilité pénale

En droit japonais, la responsabilité pénale d'une personne morale se fonde sur le principe que la société n'a pas fait preuve de la diligence requise dans la supervision, la sélection etc.. d'un dirigeant ou employé, de manière à éviter l'acte délictueux.¹² Il incombe à la personne morale de rapporter la preuve qu'elle a déployé toute la diligence requise.¹³ Dans ce cas, elle doit désigner la personne ayant déployé cette diligence, etc.. et le tribunal doit déterminer si toute la diligence requise a effectivement été déployée, eu égard à la nature de la personne morale et des circonstances de la cause.

L'article 14 de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale dispose que la « personne morale » est punie d'une peine d'amende, « outre les sanctions infligées à l'auteur ». La Cour Suprême a confirmé que le terme « outre » qui apparaît très souvent dans la loi japonaise, n'introduit pas l'exigence que l'auteur soit condamné pour que la personne morale soit reconnue pénalement responsable.¹⁴

Le Japon ajoute que l'application de l'article 14 est limitée aux pots-de-vin octroyés « en relation avec l'activité » de la personne morale, afin d'exclure de son champ d'application les pots-de-vin octroyés en relation avec les activités personnelles des employés, etc. Bien que la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale ne contienne aucune directive à ce sujet, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence s'attache au caractère objectif et à l'effet d'un acte, et non à l'intention subjective de son auteur.

3. ARTICLE 3. SANCTIONS

La Convention exige des Parties qu'elles établissent des « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables aux sanctions applicables à la corruption des agents publics de la Partie en question. Si, dans le système juridique d'une Partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable aux personnes morales, la Convention impose à cette Partie de faire en sorte que les personnes morales soient « passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires », en cas de corruption d'agents publics étrangers. La Convention exige également que l'éventail des sanctions applicables inclue, dans le cas des personnes physiques, des peines privatives de liberté suffisantes pour permettre l'entraide judiciaire et l'extradition. En outre, chaque Partie doit prendre les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un « effet comparable » soient prévues. Enfin, la Convention exige de chaque Partie qu'elle envisage l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives à toute personne soumise à des sanctions pour corruption d'un agent public étranger.

12. Arrêt de la Cour suprême 1965.3.26. Keishu 19.2.83.

13. Ibid.

14. Arrêt de la Cour suprême 1956.12.22. Keishu 10.12.1683.

3.1./3.2 Sanctions pénales pour la corruption d'agents publics nationaux et étrangers

Corruption d'agents publics nationaux

En vertu de l'article 198 du Code pénal, une personne physique encourt une responsabilité pénale pour différentes formes de corruption d'agents publics nationaux, en conséquence de l'application inversée à la corruption active des sanctions réprimant la corruption passive. L'article 198 prévoit qu'une personne physique coupable des corruptions d'agents publics énumérées ci-dessous encourt une peine d'emprisonnement de 3 ans au plus ou une peine d'amende de 2 500 000 yen au maximum¹⁵ :

1. La corruption d'un agent public ou d'un arbitre en relation avec ses fonctions¹⁶ ;
2. La corruption d'une personne se préparant à devenir un agent public ou un arbitre¹⁷, en relation avec les fonctions qu'elle doit assumer¹⁸ ;
3. La corruption d'un agent public ou d'un arbitre¹⁷ en relation avec ses fonctions, si le pot-de-vin est offert à un tiers¹⁹ ;
4. La corruption d'un agent public ou d'un arbitre, si cet agent public ou cet arbitre accomplit en conséquence « un acte illégal ou s'abstient d'exercer ses fonctions »²⁰ ;
5. La corruption d'un agent public ou d'un arbitre, pour avoir « exercé ses fonctions de manière inappropriée ou s'être abstenu d'exercer ses fonctions de manière appropriée », y compris dans le cas où le pot-de-vin serait offert à un tiers²¹ ;
6. La corruption d'un ancien agent public ou d'un ancien arbitre, pour avoir « exercé ses fonctions de manière inappropriée ou s'être abstenu d'exercer ses fonctions de manière appropriée alors qu'il était en service »²² ;
7. La corruption d'un agent public « pour l'influence qu'il a exercée ou doit exercer... sur un autre agent public, afin que celui-ci exerce ses fonctions de manière inappropriée ou s'abstienne d'exercer ses fonctions de manière appropriée alors qu'il est en service ».²³

Les autorités japonaises indiquent que les personnes morales ne sont pas pénalement responsables de la corruption d'un agent public national.

Corruption d'agents publics étrangers

En vertu de l'article 13(3)(iii) de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, une personne physique est passible d'une peine d'emprisonnement de 3 ans au plus ou d'une amende de 3 millions de

15. Le 25 août 1999, 110,9 yen valaient 1 dollar des Etats-Unis.
16. Voir les articles 198 et 197bis (1) du Code pénal.
17. Voir les articles 198 et 197bis (2) du Code pénal.
18. Le Japon indique que le terme « arbitre » désigne un arbitre participant à un arbitrage en vertu des articles 786 à 805 de la Loi sur la procédure de citation devant les juridictions de droit commun et la procédure d'arbitrage. Cette procédure d'arbitrage est rarement employée.
19. Voir les articles 198 et 197-2 du Code pénal.
20. Voir les articles 198 et 197-3bis (1) du Code pénal.
21. Voir les articles 198 et 197-3bis (2) du Code pénal.
22. Voir les articles 198 et 197-3bis (3) du Code pénal.
23. Voir les articles 198 et 197-4 du Code pénal.

yen au maximum si elle se rend coupable de l'infraction de corruption d'agent public étranger, prévue par l'article 10bis (1). Une personne physique ne peut pas encourir à la fois une peine d'amende et une peine d'emprisonnement.

En vertu de l'article 14, toute personne physique qui agit en qualité d'agent d'une personne morale ou d'une autre personne physique, en relation avec l'activité de cette personne morale ou physique, est passible de la même amende que celle décrite à l'article 13(3)(iii). Les autorités japonaises précisent que cela ne signifie pas qu'une personne physique soit passible d'une amende supplémentaire si l'infraction de corruption a été commise en relation avec son activité.

Il semble qu'il existe un certain chevauchement entre les sanctions prévues par les articles 13(3)(iii) et par l'article 14 pour les personnes physiques, lorsqu'un agent a commis un acte de corruption pour son compte en relation avec son activité. En raison de ce chevauchement, il n'est pas clairement établi si une personne physique au nom de laquelle le pot-de-vin a été octroyé serait passible d'une peine d'emprisonnement en vertu de l'article 13(3)(iii), ou uniquement d'une peine d'amende en vertu de l'article 14. Les autorités japonaises expliquent que la question de savoir si la personne physique au nom de laquelle le pot-de-vin a été octroyé serait passible d'une peine d'emprisonnement, dépend de celle de savoir si le complot pour corrompre est intervenu entre elle et l'agent, ou entre l'agent et un tiers. Dans le premier cas, la personne physique au nom de laquelle le pot-de-vin a été octroyé est passible d'une peine d'emprisonnement ou d'amende en vertu de l'article 13, et dans le second cas, d'une amende en vertu de l'article 14.

En vertu de l'article 14 de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, une « personne morale » est passible d'une amende de 300 millions de yen au plus, en cas de corruption commise par son représentant, agent, employé etc. en relation avec son activité.

Les tribunaux japonais disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation de la peine à prononcer, en fonction des circonstances particulières de l'affaire, et notamment du montant du pot-de-vin, du motif de la corruption, du casier judiciaire de l'auteur et de son degré de repentance.

Les autorités japonaises estiment que les sanctions prévues en cas de corruption d'agents publics étrangers sont suffisamment « efficaces, proportionnées et dissuasives » pour satisfaire aux exigences de la Convention. Elles soulignent que l'amende prévue pour les personnes physiques est supérieure à celle prévue en cas de corruption d'agent public national, et que l'amende prévue pour les personnes morales est relativement élevée par rapport au barème général des peines en droit japonais.

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

En vertu de la Loi sur l'aide internationale en matière d'enquêtes pénales, le Japon peut fournir une entraide judiciaire si l'infraction pour laquelle cette entraide est demandée constitue également une infraction en droit japonais, quelle que soit la peine maximum d'emprisonnement encourue.

3.4 Sanctions pénales et extradition

En vertu de l'article 2 de la Loi d'extradition, le Japon refuse l'extradition dans les deux cas suivants, sauf « disposition contraire de la convention d'extradition » :

1. L'infraction n'est pas passible de la peine de mort, d'une peine d'emprisonnement à perpétuité ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de trois ans au moins par les lois, etc. du pays demandant l'extradition.²⁴
2. L'infraction ne serait pas passible, en vertu des lois, etc. du Japon, de la peine de mort ou d'une peine d'emprisonnement à perpétuité, assortie ou non d'une obligation de travail carcéral, ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de trois ans au moins, si elle était commise au Japon.²⁵

Les autorités japonaises précisent qu'étant donné que le gouvernement japonais considère la Convention comme une « convention d'extradition », un fugitif pourra être extradé pour corruption d'un agent public étranger, quelle que soit la durée de la peine d'emprisonnement prévue par le Japon ou le pays requérant.

3.6 Saisie et confiscation de l'instrument et des produits de la corruption

L'article 19 (1) du Code pénal permet actuellement la confiscation d'un pot-de-vin s'il revêt la forme d'un bien corporel. En revanche, les biens incorporels ne peuvent pas être confisqués, non plus que leur équivalent financier. Les autorités japonaises expliquent que la Loi sur la répression du crime organisé, le contrôle des produits de la criminalité et autres questions (la « Loi contre le crime organisé »), qui a été promulguée le 18 août 1999 et entrera en vigueur dans les six mois de sa promulgation,²⁶ a élargi le champ des mesures de confiscation et de saisie des pots-de-vin octroyés à des agents publics étrangers.

En vertu de la Loi contre le crime organisé, le juge a le pouvoir discrétionnaire de confisquer « tout objet octroyé en vertu d'un acte délictueux », à la suite d'une condamnation pour corruption d'un agent public étranger en vertu de l'article 10bis (1) de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale. Il n'existe aucune directive sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

La confiscation est limitée au pot-de-vin, car les autorités japonaises estiment extrêmement difficile d'identifier les produits de la corruption. Elles expliquent que les produits obtenus des actes criminels ne recouvrent pas nécessairement la forme d'un contrat commercial, mais souvent une forme ambiguë. A titre d'exemple, si un pot-de-vin est donné à un agent public étranger en vue d'obtenir l'autorisation de constituer une entreprise dans un pays étranger, il est difficile d'identifier le lien de causalité entre l'octroi du pot-de-vin et l'octroi de l'autorisation. Elles expliquent également des paiements découlant du contrat seraient considérés comme la rémunération de la réalisation du contrat ; en conséquence, l'intégralité du paiement effectué à l'agent public étranger échapperait à la qualification de « produits », et il serait donc difficile d'identifier l'étendue de ces produits. En outre, les autorités japonaises estiment que la sanction pécuniaire de l'infraction de corruption d'un agent public étranger produit un effet comparable à celui de la confiscation des produits.

Les autorités japonaises indiquent qu'il est « possible » de confisquer un pot-de-vin octroyé par une personne morale.

En vertu de la Loi contre le crime organisé, les biens pouvant être confisqués incluent des biens mobiliers (y compris une somme d'argent), des biens immobiliers ou des « créances monétaires » (créances en

24. Article 2(3) de la Loi d'extradition.

25. Article 2(4) de la Loi d'extradition.

26. La Loi contre le crime organisé a été adoptée par le parlement le 12 août 1999 et promulguée le 18 août 1999. Elle entrera en vigueur à la date fixée par décret ministériel, dans les six mois de sa promulgation.

paiement d'une somme d'argent). Si la confiscation n'est pas possible ou est jugée inappropriée en raison de la nature des biens concernés, il est possible de recouvrer l'équivalent monétaire de ces biens.

La Loi contre le crime organisé permet également la confiscation de biens entre les mains d'un tiers, y compris un agent public étranger ayant reçu un bénéfice indu, s'il a reçu ces biens après la commission de l'infraction en sachant qu'ils constituaient les produits d'une infraction. Il n'est pas nécessaire que le tiers sache que les biens ont été obtenus par corruption d'un agent public étranger. Les autorités japonaises indiquent que le tiers en question peut être une personne morale. S'il est impossible ou inapproprié de confisquer les biens entre les mains d'un tiers, l'équivalent monétaire de ces biens ne pourra pas être recouvré au lieu et place de cette confiscation.

En outre, la Loi contre le crime organisé permet également de confisquer des biens, s'ils ont été donnés à l'occasion d'un acte délictueux consistant à octroyer un bénéfice indu à un agent public étranger hors du Japon, à condition que cet acte constitue également une infraction en vertu des lois du pays où l'acte a été commis.

3.7 Sanctions pécuniaires se substituant à la confiscation des produits

Les autorités japonaises indiquent que la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale prévoit des sanctions pécuniaires d'effet comparable à la confiscation des produits de l'infraction, sous la forme d'une amende maximum de 300 millions de yen pour les personnes morales, et de 3 millions de yen pour les personnes physiques. Il s'agit des peines maximales prévues par la loi au titre de l'infraction, et non de sanctions complémentaires.

3.8 Sanctions complémentaires civiles et administratives

Le Japon précise qu'aucune sanction civile ou administrative complémentaire ne sera infligée aux auteurs de corruption d'un agent public étranger, que ce soit en vertu de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale ou en vertu de tout autre texte de loi.

4. ARTICLE 4. COMPETENCE

4.1 Compétence territoriale

L'article 4.1 de la Convention exige de chaque Partie qu'elle prenne « 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 ». Le Commentaire 25 de la Convention précise qu'« un large rattachement matériel à l'acte de corruption » n'est pas exigé.

L'article 1 du Code pénal dispose que le droit pénal japonais s'applique à toutes les personnes qui commettent une infraction pénale au Japon et les autorités japonaises expliquent que le même principe s'applique, en vertu de l'article 8 du Code pénal, aux infractions prévues et réprimées par la Loi modifiée sur la prévention de la concurrence déloyale. Une infraction est réputée avoir été commise au Japon si elle l'a été en tout ou partie sur le territoire japonais. Dès lors, l'infraction sera réputée avoir été commise au Japon si le pot-de-vin est offert, promis ou octroyé au Japon (y compris si l'acte d'offrir, etc. est commis à partir du territoire japonais par envoi d'un paiement, téléphone, télécopie, etc.), ou encore s'il est offert,

promis ou octroyé à l'étranger, dès lors qu'un acte de complicité a lieu au Japon (y compris si d'autres complices agissent à l'étranger).²⁷

L'étendue de la compétence territoriale doit être examinée à la lumière des limitations auxquelles elle est assujettie par l'article 10bis (3) de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, qui prévoit une dérogation à l'application de l'article 10bis (2) définissant le concept d'« agent public étranger »²⁸. Le texte de l'article 10bis (3) est reproduit ci-dessous, afin de faciliter la discussion :

L'article 10bis (1) n'est pas applicable si le pays décrit aux sous-paragraphes (i) à (iii) et (v) du paragraphe ci-dessus [article 10bis (2) définissant « l'agent public étranger »] est le même pays étranger que celui où est situé le principal établissement de la personne qui octroie, offre ou promet un avantage (et, si l'avantage est octroyé, offert ou promis par le représentant d'une personne morale, ou par l'agent ou l'employé d'une personne morale ou d'une autre personne, en lien avec l'activité de cette personne morale ou de cette personne, le principal établissement de cette personne morale ou de cette autre personne).

(La partie entre crochets est ajoutée dans un souci de clarté).

En d'autres termes, et indépendamment du point de savoir si l'acte de corruption d'un agent public étranger a été commis en tout ou partie au Japon, 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 fournit un service public. La Loi sur la prévention de la concurrence déloyale ne contient aucune disposition permettant de déterminer quand un établissement est considéré comme un « établissement principal ». En outre, il n'existe encore aucune jurisprudence sur la question du lieu de situation d'un établissement principal, sous l'empire de cette loi. Les autorités japonaises indiquent que « le principal établissement » devrait être l'établissement fonctionnant comme le centre de direction et de gestion de l'activité d'une entité, selon l'interprétation donnée au terme « siège » en vertu de l'article 482 du Code de commerce japonais.

Pour déterminer si un établissement fonctionne comme le centre de direction et de gestion de l'activité d'une entité, les autorités japonaises indiquent qu'il convient d'examiner cas par cas certains facteurs, y compris les facteurs suivants :

1. L'adresse du siège de l'entreprise, telle qu'elle ressort de son dossier d'immatriculation.²⁹
2. Le lieu de tenue des séances du conseil d'administration de l'entreprise, ainsi que la résidence et la nationalité de l'auteur de l'infraction.

27. Dans son jugement 1981.3.30 Keisaigeppo 13.3=4.282, le tribunal de grande instance de Tokyo a considéré que l'infraction de corruption avait été commise au Japon, car le complot visant à commettre l'infraction et la promesse de payer avaient eu lieu au Japon, nonobstant le fait que le pot-de-vin ait été octroyé à l'agent public concerné hors du Japon.

28. Suite à l'adoption de ce rapport, des amendements à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, abrogeant l'article 10 bis (3) et éliminant ainsi l'exception dite du « principal établissement », ont été adoptés en juin 2001 et sont entrés en vigueur le 25 décembre 2001. Voir l'annexe de ce rapport pour l'évaluation de ces amendements par le Groupe de travail.

29. Les sociétés qui ont l'intention de se livrer à une activité de manière permanente au Japon, quel que soit leur pays d'origine, doivent fournir certaines informations lors de leur immatriculation, y compris l'adresse de leur siège.

3. Dans le cas d'une société multinationale ayant plusieurs sièges, le lien entre l'activité de l'auteur de l'infraction et la responsabilité de chaque siège. (En d'autres termes, le siège présentant le lien le plus fort avec cette activité serait considéré comme le principal établissement.)

Sur la base des critères ci-dessus, les autorités japonaises estiment, dans le cas où une division d'une société japonaise serait située dans un pays étranger, que les tribunaux japonais localiseraient généralement le « principal établissement » au Japon. Dans ces conditions, si une personne travaillant dans cette division offrait un pot-de-vin à un agent public d'un pays étranger, l'exception instituée par l'article 10bis (3) ne s'appliquerait pas. Par ailleurs, les autorités japonaises estiment que les tribunaux japonais localiseraient généralement le « principal établissement » de la filiale étrangère d'une société japonaise dans le pays étranger où est située cette filiale. Les autorités japonaises confirment que cela signifie que l'article 10bis (3) s'appliquerait, et qu'aucune infraction ne serait donc commise, dans le cas où un ressortissant japonais, employé par la filiale étrangère d'une société mère japonaise, commettrait au Japon, en relation avec l'activité de cette filiale, un acte de corruption d'un agent public étranger travaillant dans le pays où la filiale étrangère est située. Elles ajoutent qu'en cas de complot entre l'employé de la filiale étrangère et un employé de la société mère au Japon, les deux employés seraient passibles de sanctions pénales. Dans ce cas, la participation d'une personne quelconque au sein de la société japonaise soustrairait l'affaire au champ d'application de l'article 10bis (3), puisque l'un des « principaux établissements » des principaux auteurs de l'infraction ne serait pas situé dans le pays étranger.

Les autorités japonaises confirment que l'article 10bis (3) ne s'applique pas aux pots-de-vin, etc. octroyés à une personne décrite à l'article 10bis (2)(v) qui exerce une fonction publique par délégation d'une organisation internationale. La référence que l'article 10bis (3) fait au paragraphe (v) vise uniquement une personne exerçant des fonctions publiques par délégation d'une « administration publique nationale ou locale étrangère ».

Les autorités japonaises indiquent que le seul objet de l'article 10bis (3) est d'exclure du champ d'application de l'infraction les actes de corruption n'entrant pas dans la conduite.

4.2 Compétence fondée sur la nationalité

L'article 4.2. de la Convention exige de chaque Partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger qu'elle prenne « les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes ». Le Commentaire 26 de la Convention précise que lorsque ces principes incluent la double incrimination, la condition de double incrimination « doit être réputée satisfaite lorsque l'acte est illicite dans le territoire où il est commis, même s'il a une qualification pénale différente dans ce territoire ».

Le Japon précise qu'il n'a pas établi sa compétence sur le fondement de la nationalité à raison de l'infraction de corruption d'un agent public étranger, au double motif qu'il ne l'a pas fait pour l'infraction de corruption d'un agent public national et qu'en vertu de sa compétence territoriale, un acte accompli à l'étranger est « passible de sanctions pénales très lourdes ».

En vertu de l'article 4.3. du Code pénal, la compétence extraterritoriale s'applique uniquement aux ressortissants japonais coupables des infractions pénales suivantes : incendie criminel, faux et usage de faux, viol, meurtre, coups et blessures volontaires, enlèvement, vol simple, vol aggravé, escroquerie, extorsion ou détournement de fonds dans l'exercice d'une activité professionnelle. Le Japon explique qu'en ce qui concerne le principe de la nationalité, il a adopté le parti d'énumérer dans le Code pénal les

infractions pénales graves, impliquant des intérêts légaux importants, auxquelles le Code pénal doit s'appliquer quel que soit le lieu de commission de l'infraction.

4.3 Procédures de consultation

L'article 4.3. de la Convention exige, lorsque plusieurs Parties ont compétence, que les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites.

Les autorités japonaises indiquent que leur droit ne contient aucune disposition exigeant une concertation avec un autre pays, en vue d'un éventuel transfert de compétence à celui-ci. Elles ajoutent toutefois que les autorités compétentes se concerteront avec toute partie ayant compétence dans une affaire donnée.

4.4 Efficacité de la juridiction

L'article 4.4. de la Convention exige que chaque Partie examine si le fondement actuel de sa compétence est efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers, et, si tel n'est pas le cas, qu'elle prenne les mesures correctrices appropriées.

Les autorités japonaises sont parvenues à la conclusion que les principes de la Convention sont mis en œuvre par l'article 8 du Code pénal sur la compétence territoriale, sans qu'il soit besoin d'adopter le principe de la compétence fondée sur la nationalité.

5. ARTICLE 5. MISE EN ŒUVRE

L'article 5 de la Convention requiert des Parties que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger soient « soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie ». Il exige aussi que chaque Partie garantisse que les enquêtes et poursuites « ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ».

5.1 Règles et principes qui s'appliquent aux enquêtes et poursuites

Enquêtes

Conformément à la Constitution et au Code de procédure pénale, le ministère public et la police sont responsables des enquêtes sur les infractions pénales alléguées. La police ouvre une enquête si elle « estime » qu'une infraction pénale a été commise.³⁰ Le ministère public peut également se saisir de l'enquête s'il l'estime nécessaire.³¹ Cependant, il est de règle que l'enquête initiale soit diligentée par la police.

30. Article 189 du Code de procédure pénale.

31. Article 191 du Code de procédure pénale.

Le ministère public, la commission préfectorale de sûreté publique et la police coopèrent et coordonnent leurs efforts dans le cadre des enquêtes pénales.³² Le ministère public a le pouvoir d'ordonner à la police de coopérer aux enquêtes et de lui fournir son assistance s'il s'est lui-même saisi d'une enquête.³³

L'enquête implique l'interrogatoire de toutes les personnes concernées, et la réception de toutes les preuves spontanément produites, s'il s'avère qu'une infraction pénale a été commise. Le juge peut lancer un mandat d'arrêt contre tout suspect, ou prendre toutes autres mesures inquisitoires (perquisitions, saisies, etc.), lorsqu'il a un motif légitime de suspecter la commission d'une infraction pénale. Toutes les preuves réunies lors de l'enquête doivent être transmises au ministère public.

Poursuites

Le ministère public se charge de mettre l'action publique en mouvement, conformément à la Constitution et au Code de procédure pénale. Après examen des pièces, le ministère public lance l'action publique s'il est convaincu, sur des bases raisonnables, de la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction. Le ministère public ordonnera également tous compléments d'enquête nécessaires.

En vertu de l'article 248 du Code de procédure pénale, le ministère public a la faculté discrétionnaire de ne pas poursuivre une infraction alléguée, s'il estime les poursuites inutiles après avoir examiné le profil psychologique, l'âge et le passé de l'auteur présumé, les circonstances dans lesquelles l'infraction alléguée a été commise, et la situation après la commission de l'infraction. En outre, les autorités japonaises indiquent qu'elles entendent que la Convention n'affecte pas le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du ministère public japonais, en matière d'enquêtes et de poursuites.

Les parties lésées (par exemple les concurrents) ayant déposé une plainte peuvent contester la décision du ministère public de ne pas poursuivre l'infraction concernée, en :

1. déposant une requête auprès de la chambre des mises en accusation, qui est indépendante du ministère public ; ou
2. interjetant appel de la décision de ne pas poursuivre, en saisissant l'autorité hiérarchique supérieure.

5.2 Considérations d'intérêt économique ou politique

Les autorités japonaises indiquent que les enquêtes et poursuites pénales sont conduites strictement et impartialement et ne peuvent être influencées par aucune pression extérieure.

6. ARTICLE 6. PRESCRIPTION

L'article 6 de la Convention exige que le régime de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger ménage « un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites relatives à cette infraction ».

Le Japon indique qu'en vertu de l'article 250 du Code de procédure pénale, le délai de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger est de 3 ans, en vertu de la Loi modifiée sur la

32. Article 192 du Code de procédure pénale.

33. Articles 193(2) et (3) du Code de procédure pénale.

prévention de la concurrence déloyale. Ce délai s'applique indépendamment du point de savoir si l'auteur de l'infraction est une personne physique ou morale. L'article 253(1) dispose que le délai commence à courir lorsque l'acte délictueux a cessé, c'est-à-dire généralement au moment où les effets de l'infraction surviennent. En vertu de l'article 255bis (1), le délai de prescription est suspendu aussi longtemps que l'auteur présumé de l'infraction séjourne hors du Japon. Aucune disposition ne prévoit la suspension du délai de prescription si des demandes d'entraide judiciaire doivent être présentées.

Le même délai de prescription s'applique aux infractions de corruption d'un agent public national.

7. ARTICLE 7. BLANCHIMENT DES CAPITAUX

L'article 7 de la Convention exige que chaque Partie ayant fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment des capitaux prenne la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite.

7.1/7.2 Corruption d'agents japonais et étrangers

Au Japon, ni la corruption passive ni la corruption active d'agents publics nationaux ou étrangers ne constituent actuellement une infraction principale, aux fins de l'application de la législation relative au blanchiment des capitaux. Toutefois, en vertu de la Loi contre le crime organisé, qui entrera en vigueur dans les 6 mois de sa promulgation (ayant eu lieu le 18 août 1999),³⁴ l'acceptation d'un pot-de-vin (corruption passive) par un agent public national ou étranger constitue une infraction principale, pour l'application de la législation relativement au blanchiment des capitaux. En vertu de la nouvelle législation, l'acceptation d'un pot-de-vin par un fonctionnaire national constitue une infraction principale, y compris si le pot-de-vin est octroyé à l'étranger. L'acceptation d'un pot-de-vin par un agent public étranger à l'étranger constitue une infraction principale si « l'acte correspondant constituerait également une telle infraction s'il était commis au Japon, et si cet acte constitue une infraction pénale en vertu des lois et règlements en vigueur dans le pays où il a été commis ».

Les « produits d'une infraction pénale » énumérés ci-après tombent sous le coup de la législation relative au blanchiment des capitaux :

1. Tout avantage pécuniaire ou autre octroyé dans le cadre de la corruption d'un agent public étranger tombant sous le coup de l'article 10bis (1) de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale ; et
2. Tout bien octroyé à titre de pot-de-vin à un agent public japonais.

Ainsi, c'est le pot-de-vin qui constitue l'infraction de blanchiment de capitaux. Les autorités japonaises indiquent que les produits de la corruption, obtenus grâce à celle-ci, ne tombent pas sous le coup de la législation sur le blanchiment de capitaux, en raison de la difficulté d'identifier l'étendue de ces produits.³⁵

En vertu de la Loi contre le crime organisé, les actes suivants constituent des infractions à la législation sur le blanchiment de capitaux :

34. Voir note 25.

35. Sur la question des produits, voir section 3.6. « Saisie et confiscation de l'instrument et des produits de la corruption ».

1. Le fait de dissimuler des biens ou de déguiser des faits relatifs à l'acquisition ou l'aliénation de biens, en sachant qu'ils constituent des « produits d'une infraction pénale » ; ou
2. Le fait de recevoir des biens en sachant qu'ils constituent des « produits d'une infraction pénale ».

Les infractions à la législation sur le blanchiment de capitaux sont respectivement passibles des sanctions suivantes :

1. L'infraction qui consiste à accomplir des actes à l'effet de contrôler « la gestion d'entreprises, personnes morales et autres entités, en utilisant des produits illicites ou produits similaires » est passible d'une peine d'emprisonnement avec obligation de travail carcéral de 5 ans au plus, et/ou d'une peine d'amende de 10 millions de yen au plus.
2. L'infraction qui consiste à dissimuler les produits d'une infraction pénale ou des produits similaires est passible d'une peine d'emprisonnement avec obligation de travail carcéral de 5 ans au plus, et/ou d'une peine d'amende de 3 millions de yen au plus.
3. L'infraction qui consiste à recevoir les produits d'une infraction pénale ou des produits similaires est passible d'une peine d'emprisonnement avec obligation de travail carcéral de 3 ans au plus et/ou d'une peine d'amende d'1 million de yen au plus.

8. ARTICLE 8. NORMES COMPTABLES

L'article 8 de la Convention exige de chaque Partie qu'elle prenne les mesures nécessaires, dans le cadre de ses lois et règlements concernant la tenue des livres et états comptables, la publication d'informations sur les états financiers et les normes de comptabilité et de vérification des comptes, pour interdire la tenue de livres et états comptables falsifiés ou frauduleux, dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption. La Convention exige également que chaque Partie prévoie des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de telles omissions ou falsifications.

8.1./8.2./8.3 Normes de comptabilité et de vérification des comptes/ Entreprises soumises à ces lois et règlements/ Sanctions en cas d'omissions ou de falsifications

8.1.1./8.2.1/8.3.1 Sociétés en général

Toutes les sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, sociétés en commandite et société en nom collectif sont soumises au Code de commerce. En vertu de l'article 32bis (1) du code, chaque « commerçant » (exception faite des sociétés dont le capital est inférieur ou égal à 500.000 yen) « doit tenir des livres comptables et établir des bilans faisant clairement apparaître la situation patrimoniale et les résultats de l'entreprise ». Le Code de commerce dispose que la comptabilité doit être tenue « selon des pratiques comptables authentiques ». Les « Normes de présentation des états financiers des entreprises commerciales » sont considérées comme l'un de ces ensembles de pratiques comptables authentiques, et la comptabilité des sociétés doit donc être tenue conformément à ces normes.

L'article 1 des « Normes de présentation des états financiers des entreprises commerciales » dispose que « la comptabilité des entreprises commerciales doit donner une image sincère et fidèle de la situation financière et des résultats des opérations de l'entreprise commerciale ». L'article 2 exige la « tenue de livres comptables enregistrant toutes les opérations selon les principes d'une comptabilité régulière ».

Les « Normes de présentation des états financiers des entreprises commerciales » imposent également de divulguer dans les notes annexes toutes les « dettes éventuelles », si elles sont jugées substantielles.

En vertu de l'article 498bis (1) du Code de commerce, les fondateurs, gérants et administrateurs des sociétés par actions, sociétés en nom collectif et sociétés en commandite sont passibles d'une amende administrative n'excédant pas un million de yen, s'ils se sont abstenus de divulguer des informations qui auraient dû être divulguées, ou ont fait une fausse déclaration concernant le bilan, le rapport sur les états financiers définitifs, les livres comptables, etc. Les fondateurs, etc. de sociétés à responsabilité limitée (Yuugen-kaisha) sont passibles de la même sanction en vertu de l'article 85 du Code de commerce.

8.1.2./8.2.2/8.3.2 Sociétés par actions

Certaines dispositions du Code de commerce s'appliquent uniquement aux sociétés qui émettent des actions (Kabushiki-Kaisha). Les autorités japonaises indiquent qu'en vertu de l'article 282, les administrateurs d'une société doivent conserver « les documents visés à l'article 281(1) » et le rapport d'audit au principal établissement de la société pendant une durée de cinq ans, etc. Il en ressort qu'en vertu de l'article 281(1), les administrateurs doivent établir certains documents, y compris des états financiers. Le Japon indique en outre que l'article 274 exige que l'auditeur « contrôle l'exécution de leurs fonctions par les administrateurs ».

Le conseil d'administration choisit un candidat aux fonctions d'auditeur, après quoi il incombe à l'assemblée générale des actionnaires de nommer un auditeur, lequel peut formuler des observations à l'assemblée à propos de sa nomination ou de sa révocation.

L'article 24 de la Loi portant statut des experts-comptables inscrits contient des dispositions sur l'indépendance des auditeurs. En vertu de cet article, un expert-comptable inscrit ne peut ni vérifier ni certifier les états financiers d'une entreprise dans laquelle il a occupé des fonctions de dirigeant³⁶ ou d'employé, ou dans laquelle il a détenu des intérêts substantiels au cours de l'année précédente.

L'auditeur doit signaler au conseil d'administration tout ce qu'un administrateur fait ou risque de faire qui sorte du cadre de l'objet de la société, ou soit contraire à la loi ou aux statuts.³⁷ En outre, l'auditeur doit examiner les propositions et documents que les administrateurs entendent soumettre à l'assemblée générale des actionnaires, et signaler à celle-ci toutes les situations ou opérations qui entraîneraient une violation des lois ou règlements en vigueur ou des statuts de la société, ou tout élément « exorbitant du droit commun ».³⁸

L'article 266bis (3) du Code de commerce dispose que les administrateurs sont conjointement et solidairement responsables envers les tiers de toute écriture ou déclaration fautive qui serait faite, intentionnellement ou par négligence, dans des bilans, comptes de résultat et rapports de gestion, ainsi que dans des bulletins de souscription d'actions, certificats de droits préférentiels de souscription, bulletins de souscription d'obligations, prospectus, etc.

36. Cette interdiction s'applique également si le conjoint de l'auditeur a occupé des fonctions de dirigeant au cours de l'année précédente.

37. Article 266-3(3) du Code de commerce.

38. Article 275 du Code de commerce.

En vertu de l'article 277 du Code de commerce, les auditeurs sont conjointement et solidairement tenus de payer des dommages-intérêts à la société, s'ils ont fait preuve de négligence dans l'exécution de leurs fonctions.

8.1.3/8.2.3/8.3.3 Grandes sociétés par actions

En vertu de l'article 2 de la Loi instituant des dérogations spéciales au Code de commerce, les sociétés qui émettent des actions (Kabushiki-Kaisha) doivent faire l'objet de vérifications par un « auditeur externe qui doit être un expert-comptable indépendant de l'entité faisant l'objet des vérifications, outre l'audit réalisé par l'auditeur interne », si leur capital est égal ou supérieur à 500 millions de yen, ou si leur passif total est égal ou supérieur à 20 milliards de yen.

L'auditeur externe doit être un expert-comptable inscrit ou une société d'audit. Il est nommé sur proposition d'un administrateur, avec l'autorisation préalable du conseil de surveillance. (Il est présumé que le conseil de surveillance se compose d'auditeurs internes).

Il incombe à l'auditeur externe de vérifier les bilans et comptes de résultat, etc. et de soumettre son rapport d'audit au conseil de surveillance. L'auditeur externe doit signaler au conseil de surveillance tout acte d'un administrateur qui sortirait du cadre de l'objet de la société, ou serait contraire aux lois ou règlements en vigueur, ou aux statuts de la société. En vertu de l'article 30(1) de la Loi instituant des dérogations spéciales au Code de commerce, l'auditeur externe est passible, si son rapport d'audit comporte des déclarations fausses, d'une amende administrative n'excédant pas 1 million de yen.

8.1.4/8.2.4/8.3.4 Sociétés cotées en bourse

Les sociétés qui émettent des titres négociés en bourse sont soumises à la Loi sur les opérations de bourse. En vertu de l'article 193(2) de cette loi, le bilan, le compte de résultat et les documents annexes d'une société cotée en bourse doivent être vérifiés et certifiés par un ou plusieurs experts-comptables inscrits ou une société d'audit qui est « indépendante et ne détient aucun intérêt spécial dans la société ayant fait l'objet de vérifications ». Les critères de nomination en vertu de la Loi sur les opérations de bourse sont substantiellement identiques à ceux qui régissent la nomination d'un auditeur externe, en vertu de la Loi instituant des dérogations spéciales au Code de commerce.

L'article 34-11 de la Loi portant statut des experts-comptables inscrits dispose qu'une société d'audit ne doit ni vérifier ni certifier les états financiers d'une société et/ou d'une autre personne dans laquelle la société d'audit détient des actions ou autres titres de capital, ou dans laquelle elle détient une participation substantielle.

L'auditeur externe nommé en vertu de la Loi sur les opérations de bourse est tenu de signaler au conseil de surveillance tout acte illégal, ou toute violation des lois, règlements ou statuts, intervenant en relation avec l'exécution des fonctions des administrateurs.

En vertu de l'article 197(1) de la Loi sur les opérations de bourse, toute personne qui soumet, en vue de l'enregistrement de titres et valeurs mobilières, un document contenant « des déclarations inexactes à propos de questions d'importance significative », est passible d'une peine d'emprisonnement de 5 ans au plus, et/ou d'une peine d'amende de 5 millions de yen au plus.³⁹ L'article 207 prévoit une « double

39. En 1998, la Loi sur les opérations de bourse a été modifiée pour imposer des sanctions plus lourdes à ce titre. La peine maximum d'emprisonnement a été portée de 3 à 5 ans, et la peine maximum d'amende augmentée de 3 à 5 millions de yen.

sanction » (ce qui signifie que la société est également passible d'une sanction) en cas de dépôt de documents tombant sous le coup de l'article 197(1).

Tout requérant sollicitant l'enregistrement de titres et valeurs mobilières est tenu d'indemniser toute personne acquérant ces titres et valeurs mobilières à la suite d'une offre publique de vente, si la déclaration d'enregistrement contient une mention inexacte à propos d'une question revêtant une importance substantielle, ou comporte une omission substantielle.⁴⁰

En outre, l'article 30 de la Loi portant statut des experts-comptables inscrits prévoit des sanctions administratives pour tout expert-comptable ou toute société d'audit qui certifierait la véracité d'états financiers contenant des mentions fausses ou erronées, ou souffrant d'omissions. Ces sanctions incluent le blâme, la suspension d'exercice professionnel pendant un an au maximum et la radiation en fonction du point de savoir si ces déclarations fausses ou erronées ou ces omissions sont intervenues intentionnellement ou par négligence.

9. ARTICLE 9. ENTRAIDE JUDICIAIRE

L'article 9.1. de la Convention impose à chaque Partie d'accorder, dans la plus large mesure possible, une « entraide judiciaire prompte et efficace » aux autres Parties aux fins des enquêtes et des procédures pénales engagées par une Partie pour les infractions relevant de la présente convention ainsi qu'aux fins des procédures non pénales relevant de la Convention engagées par une Partie contre des personnes morales.

Outre les exigences posées par l'article 9.1, la Convention institue deux exigences supplémentaires en matière pénale. Aux termes de l'article 9.2, lorsqu'une Partie subordonne l'entraide judiciaire à une double incrimination, celle-ci est réputée exister si l'infraction pour laquelle l'entraide est demandée relève de la présente Convention. Par ailleurs, l'Article 9.3. dispose qu'une Partie ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre de la Convention en invoquant le secret bancaire.

9.1 Lois, traités, accords permettant l'entraide judiciaire

9.1.1 Affaires pénales

Le Japon déclare qu'il peut fournir une entraide judiciaire pour la réalisation d'enquêtes pénales en vertu de la Loi sur l'aide internationale en matière d'enquêtes pénales, si les conditions suivantes sont remplies⁴¹ :

1. Double incrimination.
2. Réciprocité, qui est normalement garantie cas par cas.
3. La demande d'entraide n'est pas formulée en relation avec un délit politique.
4. En ce qui concerne les demandes d'audition de témoins ou de saisie de pièces à conviction, le pays requérant démontre, clairement et par écrit, que ces pièces sont indispensables à l'enquête.

40. Article 18 de la Loi sur les opérations de bourse.

41. Article 2 de la Loi sur l'aide internationale en matière d'enquêtes pénales.

Les mesures disponibles en vertu de la Loi sur l'aide internationale en matière d'enquêtes pénales comprennent l'interrogatoire de témoins, la commission d'experts en vue de réaliser une enquête, des visites de police sans perquisition et la demande de production de documents. Il peut s'y ajouter des mesures de recherche, saisie et perquisition en vertu d'un mandat délivré par un juge.⁴²

Le Japon indique également qu'en vertu de la Loi sur l'aide judiciaire aux tribunaux étrangers, les autorités judiciaires japonaises peuvent fournir une aide judiciaire, en réponse à une demande d'aide émanant d'un tribunal étranger. Le pays requérant peut obtenir une aide judiciaire pour la signification d'actes de procédure ou la recherche de preuves en matière pénale.⁴³ La demande d'aide judiciaire doit être formulée par les voies diplomatiques ; elle doit être formulée par écrit et traduite en japonais, et le pays requérant doit également garantir la réciprocité et le paiement de tous les frais encourus dans l'exécution de la demande.⁴⁴

Le Japon négocie actuellement une convention d'entraide judiciaire avec les Etats-Unis.

9.1.2 Affaires civiles

Le Japon fournit une entraide judiciaire en matière civile en vertu de la Loi sur l'aide judiciaire aux tribunaux étrangers, et conformément à la Convention relative à la procédure civile et à la Convention sur la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale. Les mesures disponibles en vertu de ces textes sont respectivement la signification d'actes de procédure et la recherche de preuves, y compris l'audition de témoins ou parties.

9.2 Double incrimination

La double incrimination est l'une des conditions préalables à la fourniture d'une entraide judiciaire, en vertu de la Loi sur l'aide internationale en matière d'enquêtes pénales. Les autorités japonaises indiquent toutefois que cette condition est remplie depuis que les modifications apportées à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale sont entrées en vigueur, qui donnent une qualification pénale à la corruption d'agent public étranger.

9.3 Secret bancaire

Les autorités japonaises indiquent qu'il n'est pas possible de refuser de fournir une entraide judiciaire pour les affaires pénales tombant sous le coup de la Convention, en se retranchant derrière le secret bancaire. Elles ajoutent que les parties qui sollicitent la consultation ou la saisie de dossiers bancaires, dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale, ne doivent satisfaire à aucune exigence spécifique en vertu des lois bancaires ou autres lois japonaises.

L'article 8(2) de la Loi sur l'aide internationale en matière d'enquêtes pénales dispose ce qui suit : « le représentant du ministère public ou un officier de police judiciaire peut, s'il le juge nécessaire, procéder à la saisie ou à la recherche de preuves, ou à une perquisition, en vertu d'un mandat délivré par un juge ». Cette procédure s'applique également à la recherche et à la saisie de dossiers bancaires.

42. Les mesures sont énumérées à l'article 8 de la Loi sur l'aide internationale en matière d'enquêtes pénales.

43. Article 1(1) de la Loi sur l'aide judiciaire aux tribunaux étrangers.

44. Ces conditions sont posées par l'article 1-2 de la Loi sur l'aide judiciaire aux tribunaux étrangers.

10. ARTICLE 10. EXTRADITION

10.1 Extradition pour corruption d'un agent public étranger

L'article 10.1 de la Convention oblige les Parties à faire de la corruption d'un agent public étranger une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu de leur droit et des conventions d'extradition entre elles.

Le Japon s'est doté d'une législation sur l'extradition, à savoir la Loi d'extradition. Il a également conclu une convention d'extradition avec les Etats-Unis, en vertu de laquelle la corruption est identifiée comme une infraction pouvant donner lieu à extradition.⁴⁵

Les conditions à remplir pour que la corruption d'un agent public étranger donne lieu à extradition sont les suivantes :

1. Double incrimination, sauf disposition contraire de la convention d'extradition.⁴⁶
2. Le prononcé ou l'exécution de la peine sanctionnant l'infraction ne se heurterait pas à des obstacles rédhibitoires en droit japonais, si l'infraction était jugée au Japon.⁴⁷ Cette condition vise à la fois des obstacles procéduraux, telle l'expiration du délai de prescription, et des obstacles de fond, telle l'existence d'une exception ou excuse absolutoire rendant le prononcé de la peine impossible.
3. Il y a un « motif probable de suspecter » que le fugitif a commis un acte constituant l'infraction pénale donnant lieu à la demande d'extradition.⁴⁸
4. Le fugitif n'est pas un ressortissant japonais, sauf disposition contraire de la convention d'extradition.⁴⁹
5. La réciprocité est assurée, si la demande n'est pas formulée en vertu d'une convention d'extradition.⁵⁰

Si le tribunal de grande instance de Tokyo décide, en vertu de l'article 10 (1.3) de la Loi d'extradition, que toutes les conditions requises ont été satisfaites et qu'un fugitif peut être extradé, le ministre de la Justice doit ordonner l'extradition, en vertu de l'article 14(1), s'il « le juge approprié ». Le Japon explique qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, mais que la décision du ministre de la Justice doit être « légale et justifiable ». En vertu de la Loi sur les recours administratifs, un fugitif peut faire appel de la décision du ministre de la Justice ordonnant son extradition. En outre, et en vertu de la Loi sur les procédures administratives, le fugitif peut engager une action en justice pour obtenir la révocation de la décision du ministre de la Justice.

45. Annexe 39 à la convention.

46. Article 2(3) et (4) de la Loi d'extradition.

47. Article 2bis(5) de la Loi d'extradition.

48. Article 2(6) de la Loi d'extradition.

49. Article 2(9) de la Loi d'extradition.

50. Article 3(2) de la Loi d'extradition.

La position du gouvernement japonais, selon laquelle la Convention constitue une « convention d'extradition », a été évoquée à la section 3.4. ci-dessus (« Sanctions pénales et extradition »).

10.2 La Convention, en tant que fondement légal pour l'extradition

L'article 10.2. dispose que lorsqu'une Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'une convention d'extradition reçoit une demande d'extradition de la part d'une autre Partie avec laquelle elle n'a pas de convention d'extradition, elle « peut considérer la [présente] Convention comme base juridique pour l'extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger. »

Au Japon, l'extradition n'est pas subordonnée à la condition de l'existence d'une convention. Le Japon indique qu'en conséquence, la corruption d'un agent public étranger est réputée constituer une infraction pouvant donner lieu à extradition, indépendamment de l'existence d'une convention d'extradition, si les conditions posées par la Loi d'extradition sont remplies.

10.3/10.4 Extradition de ressortissants

L'article 10.3. de la Convention exige des Parties qu'elles prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte soit de pouvoir extraditer leurs ressortissants, soit de pouvoir les poursuivre à raison de l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Si une Partie refuse l'extradition d'une personne au seul motif que cette personne est son ressortissant, elle doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

L'article 2bis (9) de la Loi d'extradition dispose qu'un ressortissant japonais ne peut pas être extradé, sauf disposition contraire de la convention d'extradition. Etant donné que le Japon considère la Convention comme une « convention d'extradition », un ressortissant japonais peut être extradé en réponse à la demande d'une Partie à la Convention. Cependant, il faut préalablement que soient remplies les conditions qui sont applicables à l'extradition en général, conformément à l'article 2(5) de la Loi d'extradition.⁵¹

En outre, les autorités japonaises expliquent que si le ministre de la Justice refuse d'ordonner l'extradition, en application de l'article 41(1) de la Loi d'extradition, au seul motif qu'une personne est un ressortissant japonais, l'affaire sera soumise aux autorités japonaises compétentes aux fins de poursuites, comme l'exige l'Article 10.3 de la Convention.

10.5 Double incrimination

L'article 10.4 de la Convention précise que lorsqu'une Partie subordonne l'extradition à l'existence d'une double incrimination, cette condition est réputée remplie lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de l'Article 1 de la Convention.

Le Japon indique que la condition de double incrimination est remplie depuis l'entrée en vigueur des modifications de la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, qui font une infraction pénale de la corruption d'un agent public étranger.

51. Voir section 10.1 « Extradition pour corruption d'un agent public étranger ».

11. ARTICLE 11 - AUTORITES RESPONSABLES

L'article 11 de la Convention exige des Parties qu'elles notifient au Secrétaire général de l'OCDE une autorité ou des autorités chargées de l'envoi et de la réception des demandes de concertation, d'entraide judiciaire et d'extradition, qui joueront le rôle d'interlocuteur pour cette Partie à cet effet.

Le Japon a notifié au Secrétaire général de l'OCDE les autorités compétentes suivantes :

1. Consultations

Le ministre de la Justice (ministère de la Justice) via le ministère des Affaires étrangères.

2. Entraide judiciaire en matière pénale

- a) Autorité chargée de recevoir les demandes : (i) Le ministre de la Justice, via le ministère des Affaires étrangères (pour les questions relevant de la Loi sur l'aide internationale en matière d'enquêtes pénales, et de la Loi d'extradition) ; (ii) Les tribunaux, via le ministère des Affaires étrangères (pour les questions relevant de la Loi sur l'aide judiciaire aux tribunaux étrangers).
- b) Autorité chargée d'envoyer les demandes : (i) Les autorités compétentes qui supervisent les autorités compétentes en matière d'enquêtes, via le ministère des Affaires étrangères ; (ii) Les tribunaux, via le ministère des Affaires étrangères (pour les questions relevant de la Loi sur l'aide judiciaire aux tribunaux étrangers) ;

3. Entraide judiciaire en matière civile (à l'exclusion des procédures non pénales relevant de la Convention, engagée par une Partie contre une personne morale).

- a) Autorité chargée de recevoir les demandes : ministère des Affaires étrangères.
- b) Autorité chargée d'envoyer les demandes : (i) Les tribunaux (pour les affaires auxquelles s'applique la Convention sur la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale) ; (ii) Les tribunaux par la voie du ministère des Affaires étrangères (autres affaires).

B. MISE EN OEUVRE DE LA RECOMMANDATION REVISEE

3. DEDUCTIBILITE FISCALE

Les autorités japonaises précisent que les pots-de-vin ne sont pas déductibles car ils constituent des « frais de réception et cadeaux d'entreprise ». Toutefois, la Loi instituant des mesures fiscales spéciales n'interdit pas expressément la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers. En vertu de cette loi, les « frais de réception et cadeaux d'entreprise » ne sont pas déductibles, si ce n'est par les entreprises de très petite taille qui peuvent pratiquer certaines déductions limitées. A titre d'exemple, les sociétés ayant un capital inférieur ou égal à 10 millions de yen ne peuvent pas déduire le montant de frais excédant 3,2

millions de yen, tandis que les sociétés ayant un capital supérieur à 10 millions de yen mais inférieur ou égal à 50 millions de yen ne peuvent pas déduire le montant de frais excédant 2,4 millions de yen.⁵²

Les « frais de réception et cadeaux d'entreprise » incluent les frais de réception, les frais d'invitation et les cadeaux liés à l'activité de la société, quel que soit le nom donné à ces frais.

En outre, si une société ne divulgue pas à l'administration fiscale les informations pertinentes à propos de certains frais, y compris leur objet et l'identité de leurs bénéficiaires, etc., ces frais peuvent être rejetés et surtaxés au taux de 40 pour cent.

La non-déductibilité des pots-de-vin octroyés à des agents publics étrangers par des sociétés et la surtaxe applicable en cas de non-divulgateion des informations requises, s'appliquent aux frais encourus à la fois au Japon et à l'étranger.

Les entités non dotées de la personnalité morale sont sujettes aux mêmes règles en matière de non-déductibilité des frais de réception et cadeaux d'entreprise.⁵³

52. Voir la méthode définie par l'article 61-4 de la Loi instituant des mesures fiscales spéciales, pour le calcul de la déduction autorisée dans ces cas.

53. L'article 3 de la Loi fiscale relative aux sociétés dispose que « les entités non dotées de la personnalité morale et autres entités similaires sont assimilées à des sociétés, et les dispositions de la loi (à l'exclusion de l'Annexe 2) leur sont applicables ». (traduction non officielle).

EVALUATION DU JAPON

Remarques Générales

Le Groupe de travail félicite le Japon pour la rapidité avec laquelle il a transposé la Convention dans son droit national, et note qu'il est l'un des premiers pays à être devenu officiellement Partie à la Convention. Le Groupe de travail apprécie le haut niveau de coopération des autorités japonaises à tous les stades du processus d'évaluation, et pour avoir fourni des réponses franches et détaillées aux questions des examinateurs principaux et du Secrétariat.

Le Japon a transposé la Convention dans sa législation nationale en modifiant la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale (« LPCD »), de telle sorte que l'infraction de corruption d'un agent public étranger constitue désormais une infraction pénale.

1. Questions spécifiques

1. L'infraction de corruption d'un agent public étranger

1.1. L'exception dite du « principal établissement »⁵⁴

L'article 10bis (3) de la LPCD dispose que l'infraction de corruption d'un agent public étranger 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. Ce principe s'applique quel que soit le lieu où l'acte de corruption est commis, y compris s'il a été commis sur le territoire japonais. Ni la LPCD ni aucune autre loi ne définissent le concept de « principal établissement ». Les autorités japonaises pensent toutefois que les tribunaux s'inspireront de la jurisprudence élaborée à propos du concept de « siège » prévu par le Code de commerce et en vertu de laquelle le « siège » est l'établissement fonctionnant comme le centre de direction et de gestion de l'activité de l'entité. Sur la base de cette jurisprudence, les autorités japonaises estiment, dans le cas où une division d'une société japonaise serait située dans un pays étranger, que les tribunaux japonais localiseraient généralement le « principal établissement » au Japon. Par ailleurs, les autorités japonaises estiment que les tribunaux japonais localiseraient généralement le « principal établissement » de la filiale étrangère d'une société japonaise dans le pays étranger où est située cette filiale. Les autorités japonaises confirment que cela signifie que l'article 10bis (3) s'appliquerait, et qu'aucune infraction ne serait donc constituée, dans le cas où un ressortissant japonais, employé par la filiale étrangère d'une société mère japonaise, commettrait au Japon, en relation avec l'activité de cette filiale, un acte de corruption d'un agent public étranger travaillant dans le pays où la filiale étrangère est située. Elles ajoutent cependant qu'en cas de complot entre l'employé de

54. Suite à l'adoption de ce rapport, des amendements à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, abrogeant l'article 10 bis (3) et éliminant ainsi l'exception dite du « principal établissement », ont été adoptés en juin 2001 et sont entrés en vigueur le 25 décembre 2001. Voir l'annexe de ce rapport pour l'évaluation de ces amendements par le Groupe de travail.

la filiale étrangère et un employé de la société mère au Japon, ce qui est généralement le cas, l'article 10bis (3) ne s'appliquerait pas et l'infraction pénale serait alors constituée.

Le Groupe de travail craint que l'article 10bis (3) 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 Convention ne seraient pas poursuivies. Le Japon ne partage pas cette opinion, et pense qu'en pratique, l'article 10bis (3) sera appliqué conformément à son objet réel, qui est de ne pas incriminer les actes de corruption commis autrement que dans le cadre de transactions commerciales internationales.

Une autre question connexe se pose à propos de l'entraide judiciaire et de l'extradition, car il n'est pas absolument certain que le Japon estimera que l'exigence de double incrimination est satisfaite, si l'infraction pour laquelle une demande est reçue tombe sous le coup de l'exception dite du « principal établissement ».

Le Groupe de travail s'inquiète également du fait qu'un acte de corruption d'un agent public étranger qui n'affecterait pas le jeu d'une concurrence loyale sur le marché japonais puisse ne pas être poursuivi, puisque la LPCD a apparemment pour objet d'empêcher l'exercice d'une concurrence déloyale sur le marché japonais. L'incertitude éprouvée par le Groupe de travail résulte partiellement de l'explication donnée par le Japon, qui indique que l'exception dite du « principal établissement » vise à limiter l'application de la LPCD aux « transactions commerciales internationales » en excluant la corruption commise dans le cadre de transactions commerciales nationales conclues dans le pays de l'agent public étranger.

Selon le Groupe de travail, l'exception dite du « principal établissement », instituée dans la LPCD, est contraire aux principes de la Convention. Le Groupe de travail recommande donc fortement au Japon de prendre des mesures pour supprimer cette exception de sa législation d'application.

En outre, à la lumière des motifs justifiant l'exception dite du « principal établissement », le Groupe de travail doute que les infractions de corruption n'affectant que le marché étranger feraient l'objet de poursuites. Il est donc recommandé de réexaminer cette question lors de la phase 2 du processus d'évaluation.

1.2. Définition de l'agent public étranger en relation avec les entreprises publiques⁵⁵

Le Groupe de travail craint que la définition de l' « entreprise publique », donnée à l'article 10bis (2)(iii) de la LPCD ne soit pas conforme à la définition qu'en donne le Commentaire 14 de la Convention. Le paragraphe (iii) est plus restrictif que le Commentaire 14, en ce qui concerne le contrôle qu'un gouvernement doit exercer sur une entreprise pour qu'elle soit considérée comme une « entreprise publique ». En particulier, le paragraphe (iii) ne précise pas que le contrôle indirect soit un critère suffisant, et ne semble donc pas rédigé dans des termes suffisamment larges pour couvrir le contrôle indirect étranger. De la même manière, il ne semble pas non plus envisager le cas où le gouvernement étranger exercerait un contrôle de fait sur une entreprise, sans détenir plus de 50 pour cent des parts assorties du droit de vote (c'est-à-dire le cas où un gouvernement détiendrait des parts minoritaires mais lui conférant des droits de vote majoritaires).

55. Suite à l'adoption de ce rapport, des amendements à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, élargissant la définition d'agents publics étrangers en relation avec les entreprises publiques, ont été adoptés en juin 2001 et sont entrés en vigueur le 25 décembre 2001. Voir l'annexe de ce rapport pour l'évaluation par le Groupe de travail de ces amendements.

Les autorités japonaises expliquent que la question du contrôle indirect est couverte par le paragraphe (iii), puisque celui-ci s'applique spécifiquement aux cas dans lesquels « le nombre de dirigeants ... désignés ou nommés par un ou plusieurs gouvernements nationaux étrangers excède la moitié des dirigeants de cette entreprise ». En outre, elles estiment être en conformité avec la Convention sur la question du contrôle de fait, car elles considèrent que la définition de l'« entreprise publique » a été laissée à la discrétion de chaque Partie, sous réserve de couvrir l'exemple concret donné dans la seconde partie de la définition du Commentaire 14.

Le Groupe de travail éprouve de sérieux doutes sur la question de savoir si la définition donnée à l'article 10bis (2) (iii) de la LPCD répond totalement aux normes de la Convention.

1.3. Tiers bénéficiaires

L'article 10bis (1) de la LPCD ne couvre pas expressément le cas où le bénéficiaire serait un tiers. Les autorités japonaises indiquent que l'infraction de corruption d'agent public étranger sera interprétée dans la lignée de la jurisprudence élaborée en matière de corruption d'agents publics nationaux ; dès lors, l'infraction sera réputée constituée si l'avantage a été octroyé « en substance » à l'agent public étranger, en dépit du fait qu'il ait été transmis directement à un tiers. Les autorités japonaises indiquent que l'avantage sera réputé avoir été octroyé « en substance » à l'agent public étranger si ce dernier prescrit à qui l'avantage doit être octroyé. Dans ces cas, l'agent public étranger a le contrôle de l'avantage, qui est donc réputé lui avoir été octroyé « en substance ».

Il plane un certain doute sur la question de savoir si, conformément à la Convention, chaque cas dans lequel un agent public étranger acceptera de transmettre un paiement à un tiers tombera sous le coup de l'infraction pénale de corruption. Le Groupe de travail recommande donc de suivre cette question lors de la phase 2 du processus d'évaluation, afin de déterminer si, en pratique, l'infraction prévue par la LPCD s'appliquera spécifiquement dans des affaires impliquant des tiers bénéficiaires.

2. Sanctions

2.1. Amendes prévues pour les personnes morales

En vertu de l'article 14 de la LPCD, une personne morale est passible d'une amende de 300 millions de yen au plus (2.700.000 US\$) en cas de corruption d'un agent public étranger. Les responsables de l'évaluation s'interrogent sur la question de savoir si les grandes sociétés japonaises ne considéreront pas simplement cette amende comme le prix à payer pour traiter des affaires. Les autorités japonaises expliquent que cette sanction est comparativement élevée dans l'échelle des sanctions pénales japonaises. Elles soulignent que le niveau des amendes ne risque pas d'être perçu par les sociétés comme le prix à payer pour faire des affaires, car toute condamnation pénale pour ce type d'infraction au Japon ferait l'objet de critiques et d'une couverture médiatique substantielle et entraînerait de graves préjudices pour la société.

Le Groupe de travail ne considère pas que les peines prévues pour les personnes morales soient suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives compte tenu de la grande taille de nombre de sociétés japonaises, d'autant que la loi japonaise ne permet pas de pratiquer des mesures de saisie et de confiscation (voir infra). Il reconnaît, avec les autorités japonaises, que l'impact médiatique d'une condamnation causerait un préjudice considérable à une société, mais recommande néanmoins au Japon d'envisager d'augmenter la peine d'amende maximale encourue par les personnes morales.

2.2. Saisie et confiscation

La confiscation est limitée au pot-de-vin en vertu de la disposition actuellement en vigueur [article 19 du Code pénal] et de la Loi contre le crime organisé, qui a été promulguée le 18 août 1999 (qui entrera en vigueur dans les six mois de sa promulgation). Les autorités japonaises déclarent que les produits de la corruption active ne sont pas passibles de confiscation car ils sont trop difficiles à identifier à cet effet. Elles ajoutent que les amendes qui sanctionnent l'infraction peuvent être considérées comme des « sanctions pécuniaires d'un effet comparable ». Cependant, le Groupe de travail fait observer que l'article 3.3. de la Convention impose à chaque Partie de prendre « les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues ». Le Groupe de travail fait également observer que le Commentaire 21 précise que les « produits » de la corruption sont les profits ou autres bénéfices que le corrupteur retire de l'acte de corruption.

Le Groupe de travail en conclut que la LPCD, qui prévoit des amendes pénales limitées et ne prévoit pas la confiscation des produits de la corruption, ne répond pas aux normes de la Convention et recommande fortement aux autorités japonaises de prendre des mesures afin de remédier à ce problème.

3. Compétence fondée sur la nationalité

Le Japon n'a pas établi sa compétence sur le fondement de la nationalité à raison de l'infraction de corruption d'un agent public étranger et estime que ce choix est conforme aux obligations posées par la Convention et les Commentaires. Les autorités japonaises expliquent qu'en ce qui concerne le principe de la nationalité, elles ont adopté le parti d'énumérer dans le Code pénal les infractions pénales graves, impliquant des « intérêts légaux importants, auxquelles le Code pénal doit s'appliquer quel que soit le lieu de commission de l'infraction » (par ex. incendie criminel, faux et usage de faux, viol, meurtre, coups et blessures volontaires, enlèvement, vol simple, vol aggravé, escroquerie, extorsion ou détournement de fonds dans l'exercice d'une activité professionnelle). Le Groupe de travail estime que l'infraction de corruption d'un agent public étranger est aussi « grave » que certains des crimes et délits énumérés dans le Code pénal, auxquels s'applique le principe de la compétence fondée sur la nationalité. Les préoccupations du Groupe de travail à ce sujet sont encore confortées par la diminution de la compétence territoriale en raison de l'exception dite du « principal établissement ».

Le Groupe de travail se félicite de la déclaration des autorités japonaises selon laquelle, conformément à l'article 4.4. de la Convention, elles continueront à examiner si le fondement actuel de leur compétence est efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers, et recommande vivement qu'elles prennent les mesures correctrices appropriées.

4. Prescription

En vertu de l'article 250 du Code de procédure pénale, le délai de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger est de 3 ans, que l'auteur de l'infraction soit une personne physique ou morale. Le Japon affirme que le délai de prescription est suspendu aussi longtemps que l'auteur présumé de l'infraction séjourne hors du Japon. Aucune disposition ne prévoit la suspension du délai de prescription si des demandes d'entraide judiciaire sont présentées.

Le Groupe de travail reconnaît que la prescription est une question générale qui doit être réétudiée en vue de garantir l'application cohérente et efficace de la Convention.

II. Déductibilité Fiscale

Les pots-de-vin ne sont pas déductibles car ils constituent des « frais de réception et cadeaux d'entreprise », lesquels ne sont pas déductibles en vertu de la Loi instituant des mesures fiscales spéciales, si ce n'est par les entreprises de petite taille qui peuvent pratiquer certaines déductions limitées. En vertu de la Loi instituant des mesures fiscales spéciales, les « frais de réception et cadeaux d'entreprise » incluent les frais de réception, les frais d'invitation, les cadeaux d'entreprises et les dépenses secrètes (c'est-à-dire non justifiées en comptabilité). Les pots-de-vin ne sont pas expressément inclus dans la liste. Toutefois, les autorités japonaises indiquent que tous les types de pots-de-vin sont considérés comme y étant inclus. Les autorités japonaises ont certifié au Groupe de travail que ni les dépenses cachées ni celles secrètes sont déductibles fiscalement et que si une entreprise devait exiger une telle déduction une taxe supplémentaire lui serait imposée. Bien que la loi fiscale japonaise permette aux petites sociétés de déduire des « frais de réception et cadeaux d'entreprise », (pots-de-vin inclus) jusqu'à certains plafonds, les autorités japonaises ont expliqué que toute société qui prétendrait à la déduction d'un pot-de-vin risquerait des poursuites en vertu de la LPCD.

Le Groupe de travail prend note de la clarification apportée par les autorités japonaises, confirmant que les « frais de réception et cadeaux d'entreprise » incluent tous les types de pots-de-vin, et reviendra sur la question lors de la phase 2 du processus d'évaluation.

ANNEXE 1

EVALUATION DU JAPON SOUS LA PHASE 1bis APPROUVEE PAR LE GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CORRUPTION LE 25 AVRIL 2002⁵⁶

La législation interne du Japon a fait l'objet d'un examen dans le cadre d'un processus rigoureux de suivi mené par le Groupe de travail sur la corruption composé de tous les signataires de la Convention en avril 1999. Le Groupe avait alors identifié certaines carences dans la législation de mise en œuvre et avait demandé des mesures d'ajustement. Afin de réduire les préoccupations exprimées par le Groupe lors de l'évaluation du Japon sous la Phase 1, des amendements ont été apportés à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale, éliminant l'exception dite du « principal établissement » et élargissant la définition d'agents publics étrangers en relation avec les entreprises publiques. Ces amendements, adoptés en juin 2001, sont entrés en vigueur le 25 décembre 2001. Une ordonnance gouvernementale, qui clarifie la définition d'une « entreprise publique », est également entrée en vigueur le 25 décembre 2001.

Le Groupe de travail félicite le Japon pour avoir pris des mesures significatives pour diffuser certaines des préoccupations exprimées lors de l'évaluation du Japon sous la Phase 1, notamment en éliminant l'exception dite du « principal établissement » et en élargissant la définition d'agents publics étrangers en relation avec les entreprises publiques. Le Groupe de travail note en particulier que la nouvelle définition couvre la plupart des cas de contrôle indirect exercé par un gouvernement étranger.

Le Groupe de travail doute toutefois si la définition modifiée d'une entreprise publique satisfait pleinement les standards de la Convention parce que la définition japonaise pourrait ne pas couvrir toutes les entreprises sur lesquelles un gouvernement peut indirectement exercer une influence dominante. Les autorités japonaises ont déclaré que la Constitution japonaise exige que tous les éléments de l'infraction soit explicitement énoncés de manière concrète. Elles ont également déclaré qu'elles croient que les éléments de l'infraction sont conformes à la Convention (au regard de la question de l'influence dominante), aussi longtemps qu'ils assurent la couverture des exemples concrets donnés dans le Commentaire 14, parce que, selon elles, ces exemples sont les seuls cas pour lesquelles toutes les Parties à la Convention se sont engagées à prendre des actions à ce stade. Le Groupe de travail considère également que d'autres carences notées dans l'évaluation du Japon sous la Phase 1 ne sont pas pris en compte par les amendements législatifs.

56. Cette évaluation résulte de l'examen par le Groupe de travail sur la corruption les 23-26 avril 2002 des amendements apportés par le Japon à la Loi sur la prévention de la concurrence déloyale à la suite du rapport initial du Groupe.