

COREE

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

A. APPLICATION DE LA CONVENTION

Questions de forme

La Corée a signé la Convention le 17 décembre 1997 et a déposé son instrument de ratification auprès de l'OCDE le 4 janvier 1999. Le 28 décembre 1998, elle a promulgué sa loi d'application sous le titre de *Loi relative à la prévention de la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales* (« LPCE »)¹, entrée en vigueur le 15 février 1999.

La Convention dans son ensemble

En tant qu'exportateur de premier plan, la Corée soutient pleinement la Convention. Elle affirme avoir fait de son mieux pour satisfaire aux prescriptions de la Convention par la mise en œuvre de la LPCE, qui attribue la qualification pénale à la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales et qui comporte des dispositions sur la responsabilité des personnes morales et la confiscation.

La Corée explique que la définition de l'infraction de corruption étrangère a été rédigée conformément à la formulation de la Convention ainsi qu'aux dispositions du *Code pénal* sur la corruption d'un agent public national.

En outre, comme la Convention a la même portée juridique que tout texte législatif adopté par l'Assemblée nationale, les autorités coréennes interpréteront les dispositions de la LPCE de façon strictement conforme à la Convention. Les Commentaires relatifs à la Convention n'ont pas force de loi en Corée, mais serviront de recommandations formelles pour l'interprétation de la Convention.

Les tribunaux ont donné une interprétation à la fois large et souple de l'infraction de corruption nationale. La Corée affirme donc que la formulation de la LPCE sera interprétée dans le respect intégral des prescriptions de l'article 1 de la Convention.

1. ARTICLE 1. L'INFRACTION DE CORRUPTION D'AGENT PUBLIC ÉTRANGER

L'article 3.1 de la LPCE définit de la façon suivante l'infraction de corruption d'agent public étranger :

Toute personne, promettant, accordant ou proposant une faveur à un agent public étranger en lien avec ses fonctions officielles en vue d'obtenir un avantage indu dans le cadre de transactions commerciales internationales, sera passible d'une peine maximale de 5 ans d'emprisonnement ou d'une amende de 20 000 000 won au plus. Dans le cas où le profit obtenu par le biais de l'infraction dépasse le montant total de 10 000 000 won, ladite personne sera passible d'une peine maximale de 5 ans d'emprisonnement ou d'une amende à concurrence de deux fois le montant du bénéfice.

¹ Bupryul Je5588Ho

1.1 Éléments constitutifs de l'infraction

1.1.1 toute personne

La LPCE ne comporte pas de définition de la notion de « personne », et il n'y a pas de référence juridique pour cette définition. La Corée affirme que l'article 3.1 s'applique à « toute personne » (à savoir personne physique) indépendamment de sa nationalité et qu'aucune personne n'est exclue de la définition.

1.1.2 intentionnellement

Selon les autorités coréennes, le critère d'intention est satisfait dès lors que le contrevenant a agi en vue d'obtenir un avantage indu.

1.1.3 d'offrir, de promettre ou d'octroyer

L'article 3.1 de la LPCE interdit explicitement « l'offre », la « promesse » ou « l'octroi » d'une faveur à un agent public étranger.

1.1.4 un avantage indu pécuniaire ou autre

L'article 3.1 de la LPCE fait référence à l'offre, etc., d'une « faveur à un agent public étranger en lien avec ses fonctions officielles », et non pas « un avantage indu pécuniaire ou autre » comme le stipule la Convention. La Corée indique qu'il n'y a pas de définition directe de la notion de « faveur » dans les textes législatifs et réglementaires à caractère pénal ou dans la jurisprudence, mais qu'il existe des décisions des tribunaux dont il ressort qu'une « faveur » constitue « un avantage indu accordé, etc. en contrepartie d'un acte (cette notion couvrant celle d'omission) en lien avec la mission ou les activités d'un agent public ». De plus, « les actes en lien avec la mission ou les activités d'un agent public » recouvrent toutes les activités relevant de la compétence dudit agent public ainsi que les activités étroitement liées à la compétence de l'agent public ou exercées *de facto* par lui en lien avec sa compétence. (Décision de la Cour suprême de 1982. 11.23, 82 Do 1549). La question de savoir s'il y a eu ou non violation de la mission n'est pas pertinente (Décision de la Cour suprême de 1995. 9. 25, 95 Do 1269).

La Corée indique par ailleurs que la jurisprudence confirme que l'instrument, qui constitue la substance de la faveur, comprend de l'argent, des biens et autres avantages pécuniaires, ainsi que des avantages immatériels (comme la possibilité d'avoir une relation sexuelle) de nature à satisfaire les demandes ou le désir d'une personne. Par exemple, cette notion recouvre la possibilité de faire des affaires lucratives. (Décision de la Cour suprême de 1995. 9. 25, 95 Do 1269)

Les exceptions générales

L'article 3.2 prévoit les deux exceptions suivantes à l'infraction prévue à l'article 3.1 :

a. un tel paiement est admis par la loi du pays de l'agent public étranger ;

b. un petit avantage pécuniaire ou autre est promis, accordé ou proposé à un agent public étranger se livrant à un travail ordinaire ou de routine, en vue de faciliter l'exécution légitime des activités de l'agent public.

Contrairement à l'article 3.1 qui attribue la qualification pénale à la promesse, l'octroi ou la proposition d'une « faveur », la terminologie relative à l'objet de la corruption aux termes des exceptions prévues par l'article 3.2 fait référence au « paiement » (article 3.2.a) et au « petit avantage pécuniaire ou autre » aux

termes de l'article 3.2.b. Les autorités coréennes expliquent qu'une traduction plus juste du coréen devrait être « chose corrompue » et que des termes plus neutres ont été choisis pour les exceptions afin de préciser qu'il ne s'agit pas là de faveurs aux termes de l'article 3.1. De plus, les autorités coréennes ne pensent pas que le mélange de ces termes puisse poser des problèmes d'application.

Première exception : La loi du pays de l'agent public étranger autorise un tel paiement

La première exception est analogue à celle du Commentaire 8 relatif à la Convention, à ceci près que le Commentaire 8 fait référence à « la loi ou la ou la réglementation écrites du pays de l'agent public étranger ». La Corée précise que le texte officiel coréen utilise le mot « bup-ryung » (loi-règlement), et qu'il n'y a pas de notion de loi non écrite dans le système juridique coréen, donc que la formulation de l'article 3.2.a. n'est pas différente de celles du Commentaire 8 et ne prend donc pas en compte des dispositions de droit coutumier.

Deuxième exception : Petits paiements de facilitation en lien avec un travail ordinaire ou de routine

La seconde exception est la codification de la notion de « petits paiements de facilitation » prévue par le Commentaire 9 relatif à la Convention. Toutefois, contrairement au Commentaire 9, l'article 3.2.b. n'est pas restreint aux « paiements ». La Corée explique que les autres types d'avantages qui pourraient être inclus au titre de cette exception comprennent la communication de renseignements utiles, l'introduction d'une personne, etc. et que les types de réalisations que la Corée entend prendre en compte recouvrent la délivrance de licences d'importation de biens, la certification de documents ou l'installation de lignes téléphoniques, etc.

Pour l'heure, il n'y a pas de jurisprudence donnant des indications sur la portée de cette exception. Toutefois, en ce qui concerne son application procédurale, les tribunaux coréens ont admis un report sur l'accusé de la charge de prouver que son action est couverte par une exception à la définition de l'infraction.

1.1.5 directement ou par des intermédiaires

L'article 3.1 de la LPCE ne s'applique pas expressément aux personnes qui accordent des faveurs à des agents publics étrangers par le biais d'intermédiaires.

Il y a des exemples tirés de la jurisprudence d'arrêts aux termes desquels des condamnations ont été prononcées pour corruption par le biais d'intermédiaires. La Corée cite notamment une décision de la Cour suprême (1996. 12. 6, 96 Do 144, etc.) aux termes de laquelle le responsable de la succursale d'une banque appartenant à l'Etat a été condamné pour avoir reçu une faveur par l'intermédiaire de sa femme².

1.1.6 à un agent public étranger

L'article 2 de la LPCE stipule qu'un « agent public étranger » est une personne quelconque correspondant à l'une ou l'autre des descriptions suivantes :

1. toute personne, nommée ou élue, détenant une fonction législative, administrative ou judiciaire d'un gouvernement étranger (ce qui recouvre aux fins de la présente définition et de la présente loi, tous les échelons des administrations publiques, depuis le niveau national jusqu'à l'échelon local) ;

² . Le corrupteur ainsi que la personne ayant reçu le pot de vin ont été condamnés dans ce cas.

2. toute personne répondant à l'une des caractéristiques suivantes et qui exerce une fonction publique pour un gouvernement étranger ;

a. toute personne exerçant une activité, d'intérêt public, déléguée par un gouvernement étranger ;

b. toute personne travaillant pour une organisation ou agence publique établie aux termes de la Loi en vue de se livrer à des activités spécifiques d'intérêt public ;

c. un dirigeant ou salarié d'une entreprise quelconque dont un gouvernement étranger détient plus de 50 pour cent du capital souscrit ou sur la gestion générale de laquelle il exerce un pouvoir de contrôle substantiel, y compris de décision dans des affaires importantes et pour la nomination ou la révocation de ses dirigeants. Cet alinéa n'est pas applicable à un dirigeant ou cadre des entreprises opérant sur une base commerciale normale dans le marché concerné, c'est-à-dire sur une base fondamentalement équivalente à celle d'une entreprise privée, sans aides préférentielles ou autres privilèges ;

3. toute personne travaillant pour une organisation internationale publique.

La description de l'agent public étranger de l'article 2.1 de la LPCE est pratiquement identique à la première partie de la définition de l'agent public étranger figurant à l'article 1.4.a. de la Convention à ceci près qu'elle ne comporte pas de référence aux subdivisions de l'administration publique. Toutefois, la Corée confirme que cette définition s'applique à l'ensemble des subdivisions de l'administration publique.

Les descriptions de l'article 2.2.a, b et c de la LPCE sont destinées à intégrer la partie de la définition ayant trait à « toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger » contenue dans la seconde partie de l'article 1.4.a de la Convention.

La Corée indique que la définition recouvre également les fonctionnaires militaires des pays étrangers et des organisations internationales.

Les Commentaires 12 et 13 relatif à la Convention définissent les notions de « fonction publique » et les « organismes publics » en termes de missions, et non « d'activité ». L'article 2.2.a et b de la LPCE contient des descriptions qui portent sur l'exercice d'une activité à l'alinéa a et d'activités spécifiques à l'alinéa b. Les autorités coréennes explique qu'en coréen, il est très difficile de distinguer entre les termes « opération », « mission » et « activité ». En conséquence, dans la version coréenne de la LPCE le terme « activité » de l'article 2.2.a. pourrait être remplacé par « opération » ou « mission », tandis que « activités spécifiques » de l'article 2.2.b pourrait l'être par « opération spécifique » ou « mission spécifique ».

L'article 2.2.c de la LPCE définit les agents publics étrangers en relation avec des « entreprises publiques ». Il s'applique à « une entreprise quelconque dont un gouvernement étranger détient plus de 50 pour cent du capital souscrit ou sur la gestion générale de laquelle il exerce un pouvoir de contrôle substantiel », etc. Ainsi, contrairement au Commentaire 14, la LPCE n'indique pas qu'un contrôle direct ou indirect constitue un critère suffisant, ou qu'il s'applique au cas où plus d'un Etat exerce une influence. De plus, en utilisant l'expression « pouvoir de contrôle substantiel » il pourrait sembler que la LPCE demande plus que le contrôle de fait dans les cas où l'Etat étranger ne détient pas plus de 50 pour cent des actions.

La Corée indique que, conformément au Commentaire 14 relatif à la Convention, l'article 2.2.c. de la LPCE sera interprété comme couvrant le contrôle direct ou indirect. Il s'appliquera aussi au cas où plusieurs Etats exercent une influence.

De plus, l'expression « pouvoir de contrôle substantiel » a été utilisée pour correspondre à l'expression « influence dominante » dans les Commentaires. En conséquence, la Corée affirme que la LPCE ne demande pas plus que le contrôle de fait dans les cas où l'Etat étranger ne détient pas plus de 50 pour cent des actions.

La dernière partie de l'alinéa c, qui traite de la non-applicabilité de l'alinéa au cas dans lequel une entreprise opère dans des conditions de concurrence « sur une base fondamentalement équivalente à celle d'une entreprise privée, sans aides préférentielles ou autres privilèges », reprend la formulation du Commentaire 15 relatif à la Convention.

1.1.7 à son profit ou au profit d'un tiers

La LPCE ne couvre pas expressément le cas dans lequel c'est un tiers qui bénéficie de l'avantage. Toutefois, la Corée indique que l'article 3.1 couvre le cas dans lequel l'avantage est attribuée à un agent public étranger au profit d'un tiers et le cas dans lequel l'avantage est attribuée à un tiers au profit d'un agent public étranger. Pour étayer ces affirmations, la Corée donne un exemple de sa jurisprudence (Arrêt de la Cour suprême 1955.10.18, 55 Do 235). Dans cette affaire, un officier de l'armée avait reçu de l'argent en rétribution d'un acte commis en lien avec sa mission au profit de l'unité militaire à laquelle il était attaché (en d'autres termes, l'argent a été dépensé pour le compte de l'unité et non de l'officier). La Cour a estimé que l'officier était coupable de l'infraction de corruption parce que le fait que l'argent ait été dépensé au profit d'un tiers ne modifie pas le fait qu'il s'agissait d'une faveur. On considère que les tribunaux coréens appliqueraient le même raisonnement dans le cas d'une personne accordant un pot-de-vin au profit d'un tiers.

Les autorités coréennes indiquent en outre que si par ailleurs la Convention stipule que la situation doit être couverte par le texte dès lors qu'un accord est conclu entre le corrupteur et l'agent public étranger en vue de la transmission directe de la faveur à un tiers (par exemple, conjoint, ami ou parti politique), on doit appliquer une interprétation correspondante à l'article 3.1 de la LPCE. Cela étant, elles ne sont pas certaines que cette situation soit couverte par la Convention.

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

La LPCE ne fait pas spécifiquement référence aux actes commis « dans l'exécution de fonctions officielles ». Toutefois, la Corée affirme qu'aux termes du code pénal coréen, l'expression « faveur » implique qu'un avantage indu est promis, proposé ou accordé pour que l'agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de ses fonctions ou compétences officielles. La Corée précise en outre que dans la pratique, cette disposition est interprétée de façon très générale et qu'il importe peu que l'acte ou l'absence d'acte de la part de l'agent public entre dans le cadre de sa mission ou de sa compétence officielle ou encore qu'il soit légal ou illégal.

La Corée indique, comme elle l'a fait dans le passage 1.1.4, que même si les textes à caractère pénal ou la jurisprudence ne définissent pas directement le terme « faveur », la jurisprudence implique que ce terme signifie « tout avantage indu donné, etc. en vue d'actes en lien avec la fonction ou les activités d'un agent public ». La Corée propose les exemples suivants de la jurisprudence rendant compte de ce que recouvre ce terme :

- La fonction ne correspond pas nécessairement à ce que stipule la loi, mais peut aussi recouvrir tout l'éventail des fonctions dont est responsable l'agent. Cela peut couvrir des activités relevant de sa compétence, mais aussi des activités étroitement liées à sa compétence ou qu'il traite de facto en lien avec sa compétence. (Arrêt de la Cour suprême 1982. 11. 23, 82 Do 1549)

- L'éventail des fonctions couvre celles qui sont expressément stipulées par les textes ainsi que celles qui reposent sur des directives, des ordonnances, des instructions internes ou des mesures administratives. (Arrêt de la Cour suprême 1984. 9. 25, 84 Do 1568)
- La fonction n'est pas nécessairement de caractère indépendant – elle peut comprendre l'exercice des missions d'une personne qui exerce une influence sur l'accomplissement des fonctions d'une autre personne occupant un rang hiérarchique plus élevé. (Arrêt de la Cour suprême 1987. 9. 22, 67 Do 1472)
- Peu importe que la contravention à la fonction ait eu lieu ou non. (Arrêt de la Cour suprême 1995. 9. 25, 95 Do 1269)

1.1.9/1.1.10 en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international

L'article 3.1 de la LPCE s'applique à une faveur accordée à un agent public étranger « en vue d'obtenir un avantage indu dans le cadre de transactions commerciales internationales ». Cette formulation s'écarte un peu de celle de l'article 1 de la Convention.

L'article 3.1 de la LPCE ne fait pas explicitement référence à l'idée de « marché » ou à celle de « conserver un avantage ». Toutefois, la Corée explique qu'un « avantage indu » appelle l'idée de « marché », entre autres, et que le mot coréen correspondant à « obtenir » équivaut également à « conserver ». En conséquence, l'article 3.1 s'applique au cas dans lequel la faveur a pour objet de préserver un « marché » déjà obtenu.

1.2/1.3 Complicité, complot et tentative

L'article 1.2 de la Convention stipule que les Parties prennent 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 ». L'article 1.2 stipule en outre que les Parties prennent les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public étranger dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette Partie constituent une telle infraction.

La Corée explique qu'il existe dans le *Code pénal* coréen des principes généraux sur la complicité, y compris en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Le *Code pénal* prévoit trois catégories en matière de complicité : co-perpétration, 'assistance' et aide. Ces dispositions sont rattachées à l'infraction de corruption d'un agent public étranger aux termes de la LPCE par l'intermédiaire de l'article 8 du *Code pénal*, qui stipule que les dispositions générales du *Code pénal* s'appliquent aux infractions prescrites dans d'autres textes à caractère pénal.

L'article 30 du *Code pénal* traite de la co-perpétration. Il stipule que lorsque deux personnes ou plus commettent conjointement une infraction, chacune de ces personnes sera responsable séparément, en tant qu'auteur de l'infraction dans sa totalité.

En outre, la jurisprudence confirme bien qu'en ce qui concerne la corruption interne, si deux personnes ou plus complotent pour commettre une infraction, tout conspirateur qui ne participe pas à la perpétration effective de l'infraction est aussi responsable d'une infraction pénale en tant qu'auteur de l'infraction dans son ensemble (par exemple, Arrêt de la Cour suprême 1985. 3. 12, Do 2197). La Corée donne ainsi l'exemple d'une affaire dans laquelle des administrateurs d'une société complotent pour proposer une

somme considérable en vue d'obtenir un nouveau marché auprès d'un gouvernement étranger, sans prendre d'autre initiative. La faveur est ensuite proposée à un agent public étranger par un des salariés. Dans cette affaire, chacun des administrateurs impliqués dans le complot est individuellement responsable aux termes de la LPCE en tant qu'auteur de la corruption dans son ensemble. Toutefois, si aucune faveur n'a été accordée après que les administrateurs ont formulé la proposition, il n'y a pas de responsabilité pénale aux termes de la LPCE parce que, d'après le droit pénal coréen, le simple complot (à savoir sans autre initiative après le complot visant à faire une proposition, etc. de faveur n'a été prise) n'est pas passible de sanctions en lien avec l'infraction concernée. De plus, aux termes du droit coréen, il n'y a pas de disposition particulière attribuant la qualification pénale à un simple complot en matière de corruption (nationale ou étrangère).

L'article 31.1 du *Code pénal* stipule que toute personne qui 'assiste' une autre personne pour commettre une infraction assume la même responsabilité pénale que la personne commettant effectivement l'infraction.

L'article 32 du *Code pénal* stipule qu'une personne qui aide une autre à la perpétration d'une infraction est passible d'une sanction, même si ladite sanction doit être moins grave que celle dont est passible l'auteur de l'infraction. La Corée explique à cet égard qu'aider diffère 'd'assister' au sens où aider consiste simplement à appuyer la volonté d'une autre personne de commettre une infraction ou l'aider à commettre cette infraction. En revanche, 'assister' consiste à faire en sorte que l'autre personne ait la volonté de commettre l'infraction.

La Corée indique que son droit pénal ne traite pas directement des questions de l'incitation et de l'autorisation, mais que ces aspects pourraient être intégralement couverts par les trois catégories de complicité mentionnées précédemment. La Corée précise qu'en coréen, il est impossible de distinguer les termes « incitation » et « assistance » et donc qu'il n'y a pas de fondement juridique à l'appui de son affirmation selon laquelle « l'incitation » est couverte. De plus, la Corée pense qu'une autorisation peut être traitée dans le cadre de la notion de co-perpétration, 'd'assistance' ou d'aide, selon les circonstances.

La Corée précise qu'aux termes de l'article 29 de son *Code pénal*, une tentative n'est pas passible de sanction sauf disposition spécifique concernant l'infraction en question (comme en ce qui concerne le simple complot). Et pour ce qui est des infractions de corruption (nationale ou étrangère), il n'existe pas de disposition attribuant spécifiquement la qualification pénale à la tentative.

2. ARTICLE 2. Responsabilité des personnes morales

L'article 2 de la Convention stipule que « Chaque Partie prend 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 4 de la LPCE établit la responsabilité pénale des personnes morales en vue de la corruption d'un agent public étranger. Cette disposition, reproduite ci-après, a été spécifiquement établie pour répondre aux prescriptions de la Convention, et il n'existe pas de disposition équivalente en ce qui concerne les infractions de corruption nationale :

Dans le cas où un représentant, agent, salarié ou autre personne physique travaillant pour la personne morale a commis l'infraction énoncée à l'article 3(1) en relation avec ses affaires, la personne morale sera également passible d'une amende maximale de 1000 000 000 won en sus des sanctions imposées à la personne perpétrant effectivement l'infraction. Dans le cas où le profit obtenu par l'intermédiaire

de l'infraction dépasse une somme totale de 500 000 000 won, elle sera passible d'une amende maximale correspondant à deux fois le montant du profit. Si la personne morale a accordé l'attention qu'il convient ou exercé une surveillance convenable en vue d'empêcher l'infraction à la présente loi, elle ne sera pas passible des sanctions prévues ci-dessus. (Souligné par les autorités coréennes dans leur réponse au questionnaire de la Phase I)

La Corée explique qu'aux termes de sa législation, les personnes morales peuvent correspondre à diverses formes d'organisation, notamment les associations, fondations, sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, sociétés en commandite simple ou en commandite par action, etc.

Bien qu'il n'existe pas de référence juridique pour la définition d'une personne morale, aux fins de l'article 4 de la LPCE, la Corée considère qu'une personne morale est une entité quelconque qui n'est pas une personne physique et à laquelle la personnalité morale est attribuée ou reconnue par la loi. Il existe divers textes régissant les diverses formes de personnes morales, comme le *Code civil*, le droit administratif et autres textes spécifiques.

La Corée précise en outre qu'il n'y a pas d'obstacle juridique à l'engagement de poursuites ou l'application de sanctions pénales à des personnes morales appartenant à l'Etat ou contrôlées par l'Etat. De fait, on compte de nombreuses décisions des tribunaux dans lesquelles une amende a été imposée au pénal à des personnes morales appartenant à l'Etat ou contrôlées par lui. Par exemple, dans une affaire, un hôpital universitaire appartenant à l'Etat et qui avait contrevenu à la *Loi sur la pollution de l'air* a été poursuivi et condamné (Décision de la Cour suprême 1991. 2. 26, 90 Do 2597). La Corée précise que le principe de la responsabilité pénale des sociétés appartenant à l'Etat ou sous contrôle de l'Etat s'applique à l'article 4 de la LPCE et que ces sociétés seront normalement passibles de poursuites pénales pour les infractions aux termes de la LPCE.

2.1.2 Norme de responsabilité

La Corée explique que la seule prescription importante en matière de responsabilité pénale d'une personne morale réside dans le fait qu'un représentant, agent, salarié ou autre particulier travaillant pour cette personne morale a commis l'infraction de corruption étrangère « en relation avec ses affaires ». La Corée précise que cela signifie que la responsabilité pénale d'une personne morale aux termes de la LPCE repose sur une responsabilité stricte et qu'il n'est pas nécessaire de prouver la négligence de la personne morale, etc. Toutefois, la défense peut invoquer aux termes de l'article 4 le fait que la personne morale a « *accordé l'attention qu'il convient ou exercé une surveillance convenable en vue d'empêcher l'infraction* ».

Pour déterminer s'il y a eu infraction à la loi de la part du salarié de la personne morale, etc. « en relation avec ses affaires », la Cour suprême, dans un arrêt sur une infraction à la législation douanière (1991. 2. 26, 90 Do 25897), a estimé que :

1. Objectivement, il devait apparaître que l'acte a été commis en vue des affaires de la personne morale et,
2. Subjectivement, le salarié, etc. devait avoir eu l'intention de commettre l'acte pour la personne morale. La Cour a estimé que pour déterminer si le salarié, etc. avait eu l'intention requise, on devait prendre en considération l'ensemble des éléments suivants :
 - Le champ juridique des affaires de la personne morale.
 - Le rang hiérarchique ou le poste du salarié, etc.
 - La relation entre l'infraction à la loi et le champ juridique des affaires de la personne morale.
 - Le motif du salarié et sa situation après perpétration de l'infraction.

- La question de savoir si la personne morale était au fait de la perpétration de l'infraction ou de l'importance de son implication dans la perpétration de l'infraction.
- L'origine des fonds ayant servi à l'infraction.
- La possession finale des avantages résultant de l'infraction et autres circonstances connexes.

Les autorités coréennes indiquent qu'il n'est pas nécessaire que le salarié, etc. ait été jugé coupable de corruption d'un agent public étranger aux termes de l'article 3.1 de la LPCE pour que des poursuites soient engagées aux termes de l'article 4 en ce qui concerne la personne morale. (La Corée affirme qu'il y a sans doute des exemples de jurisprudences pour le confirmer.)

La Corée indique qu'en ce qui concerne les arguments pouvant être invoqués par la défense aux termes de l'article 4 de la LPCE, la personne qui doit avoir « accordé l'attention qu'il convient ou exercé une surveillance convenable en vue d'empêcher l'infraction » est celle qui assume les fonctions de surveillance destinées à empêcher l'infraction. Selon une décision de la Cour suprême (1992. 8. 18, 92 Do 1395) la surveillance doit être concrète et spécifique — une surveillance générale et abstraite ne suffit pas. La Cour suprême a par ailleurs estimé que la réserve pouvant être évoquée par la défense induit une forte présomption de négligence de la part de la personne morale et qu'il y a donc là renversement de la charge de la preuve. (La Corée précise que dans ce contexte, la responsabilité pénale de la personne morale aux termes de la LPCE ne repose pas sur la responsabilité stricte.) En outre, la Corée indique que lorsqu'une personne exerçant les fonctions de surveillance commet l'infraction de corruption, on doit considérer que la personne morale a elle-même commis l'infraction de façon intentionnelle. En pareil cas, il n'y a peu de possibilités d'invoquer la réserve relative à l'attention ou la surveillance convenables.

La Corée explique que la personne morale est responsable des actes de tout salarié susceptibles de constituer une infraction de corruption aux termes de la LPCE, indépendamment du rang hiérarchique ou du poste du salarié au sein de l'organisation.

3. ARTICLE 3. SANCTIONS

La Convention stipule que les Parties doivent mettre en place « des sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables à celles qui s'appliquent à la corruption des agents publics de la Partie en question. Lorsque le droit interne d'une Partie n'applique pas la responsabilité pénale aux personnes morales, la Convention stipule que la Partie doit faire en sorte qu'elles soient « soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires, en cas de corruption d'agents publics étrangers. » La Convention prescrit en outre que pour une personne physique, les sanctions pénales incluent des peines privatives de liberté » suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition. De plus, la Convention impose aux Parties de 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 demande à chaque Partie d'envisager l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

3.1/3.2 Sanctions pénales pour corruption d'un agent public national ou étranger

En ce qui concerne les sanctions pénales pour corruption nationale, les personnes physiques sont passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de 5 ans, ou d'une amende maximale de 20 millions de won.³ Les personnes morales ne sont pas passibles de sanctions pénales pour corruption nationale.

³ Art. 132 du *Code pénal*.

En ce qui concerne les sanctions pénales applicables à la corruption étrangère s'agissant de personnes physiques, l'article 3.1 de la LPCE stipule :

Toute personne... sera passible d'une peine maximale d'emprisonnement de 5 ans ou d'une amende maximale de 20 000 000 de won. Dans le cas où le profit obtenu par le biais de l'infraction s'élève au total à plus de 10 000 000 won, ladite personne sera passible d'une peine maximale d'emprisonnement de 5 ans et d'une amende équivalent au plus à deux fois le montant du profit.

La Corée explique que le montant de l'amende relative à l'infraction de corruption étrangère repose sur le « Lee-ik » (gains) ce qui a un sens proche de la notion de « produit » figurant dans la Convention. Le « profit » (ou gain) est calculé aux termes des articles 3.1 et 4 de la LPCE conformément à la définition de la notion de « produit » figurant dans le Commentaire 21 relatif à la Convention. En conséquence, il convient d'interpréter « profit » comme « les profits ou autres bénéfices que le corrupteur retire de la transaction ou tout autre avantage indu obtenu ou conservé au moyen de l'acte de corruption. ». Il n'existe pas d'autre référence juridique de calcul du « profit » en ce qui concerne l'infraction de corruption étrangère.

En outre, l'article 3.3 de la LPCE stipule :

Le montant prévu de l'amende sera imposé concurremment à la personne lorsqu'elle est condamnée à une peine d'emprisonnement pour l'infraction prévue au paragraphe 1.

Cette disposition est destinée à faire en sorte qu'une amende soit imposée en tout état de cause lorsqu'une peine d'emprisonnement est prononcée.

En ce qui concerne les personnes morales, l'article 4 de la LPCE stipule que :

... la personne morale sera également passible d'une amende maximale de 1000 000 000 won en sus des sanctions imposées à la personne perpétrant effectivement l'infraction. Dans le cas où le profit obtenu par l'intermédiaire de l'infraction dépasse une somme totale de 500 000 000 won, elle sera passible d'une amende maximale correspondant à deux fois le montant du profit.

La Corée confirme que cette disposition ne signifie pas que les sanctions à l'encontre de la personne perpétrant effectivement l'infraction constituent un préalable à l'imposition d'une pénalité à l'encontre de la personne morale.

En conclusion, la Corée précise que les dispositions répressives prévues aux termes de la LPCE sont « beaucoup plus rigoureuses » que celles que prévoit le *Code pénal* pour la corruption nationale. En effet, les personnes morales ne sont pas passibles de sanctions pour corruption nationale et, en ce qui concerne les personnes physiques, la LPCE (dans certains cas qui doivent être clarifiés) permet l'imposition d'amendes supérieurs à ce que prévoit le *Code pénal*.

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

La Corée indique qu'aux termes de la *Loi relative à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale* et aux traités sur l'entraide judiciaire en matière pénale, la gravité des sanctions ne constitue pas un facteur pertinent pour décider de l'octroi d'une entraide judiciaire. En conséquence, la Corée précise qu'il n'y a pas d'obstacle juridique à l'octroi d'une entraide judiciaire pour des infractions relevant de la LPCE, à condition que d'autres conditions générales, comme les principes de double qualification pénale et de réciprocité, etc. soient satisfaites.

3.4 Sanctions et extradition

La Corée indique qu'aux termes de la Loi relative à l'extradition et aux traités relatifs à l'extradition signés par la Corée, une infraction pouvant donner lieu à extradition est une infraction passibles aux termes du droit de la Corée et du pays requérant d'une peine privative de liberté d'au moins un an.⁴ En conséquence, la Corée précise que l'infraction de corruption aux termes de la LPCE, passible d'une peine maximale d'emprisonnement de 5 ans, peut donner lieu à extradition en Corée.

3.6 Saisie et confiscation de l'instrument et de son produit

La réponse coréenne au questionnaire précise que l'article 5 de la LPCE prévoit, en ce qui concerne la confiscation de l'instrument, que :

Pour le cas où le contrevenant aux termes de la présente Loi (y compris les personnes morales passibles de sanctions aux termes de l'article 4) serait en possession de l'instrument (donné) lors de la perpétration de l'infraction dans les conditions prévues par la Loi ou pour le cas où l'instrument est obtenu par une autre personne que le contrevenant, en connaissance de cause (après que l'infraction a été commise) l'instrument sera confisqué.

Les autorités coréennes soulignent que la formule « après que l'infraction a été commise » a été insérée par erreur et doit être supprimée. Elles demandent aussi que le mot « utilisé » figurant dans la réponse soit remplacé par « donné ».

La Corée confirme que l'instrument peut être confisqué à des personnes morales.

La Corée confirme que « en connaissance de cause » signifie que la personne ayant obtenu l'instrument aurait dû savoir, au moment où elle l'a obtenu, que l'instrument était quelque chose de proscrit par la LPCE. Il ne suffit pas, aux fins de l'article 5 que ladite personne en ait eu connaissance ultérieurement.

Les autorités coréennes précisent que lorsque l'instrument est converti sous une autre forme, il ne peut pas être confisqué aux termes de l'article 5, mais que les autorités compétentes ont le pouvoir discrétionnaire, aux termes de l'article 48(3) du *Code pénal*, d'ordonner la confiscation de cette chose convertie ou la déchéance des droits sur « des biens équivalents en valeur à cette chose », en fonction de la nature de la conversion.

Aux termes de la LPCE, les produits ne sont directement soumis à confiscation.

3.7 Sanctions pécuniaires en lieu et place de la confiscation des produits

Bien que la LPCE ne prévoit pas la confiscation des produits, les peines d'amendes sont dans certains cas calculées en tenant compte du « profit » obtenu par le biais de l'infraction.⁵ Lorsque le profit obtenu par le biais de l'infraction de corruption étrangère dépasse le montant total de 10 000 000 won dans le cas d'une personne physique, et 500 000 000 won dans le cas d'une personne morale, la LPCE prescrit l'imposition d'une amende équivalant à deux fois le montant du profit.

⁴ Art. 6 de la Loi relative à l'extradition

⁵ Voir art. 3.1 sur les personnes physiques et art. 4 sur les personnes morales.

3.8 Sanctions civiles et administratives

Le droit coréen ne prévoit pas actuellement l'imposition de sanctions civiles ou administratives complémentaires à l'encontre d'une personne déjà soumise à une sanction pénale pour corruption d'un agent public étranger. La Corée indique néanmoins qu'elle cherchera des moyens d'imposer des sanctions non pénales aux « entreprises » en étudiant les méthodes et expériences des autres pays de l'OCDE.⁶

4. ARTICLE 4. COMPETENCE

4.1 Compétence territoriale

L'article 4.1 de la Convention impose à chaque Partie de « prendre 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 relatif à la Convention précise qu'un « large rattachement matériel à l'acte de corruption » n'est pas exigé.

L'article 2 du *Code pénal* établit sa compétence en ce qui concerne toutes les infractions commises sur le territoire⁷ de la République de Corée. En outre, l'article 2 du *Code pénal* sera interprété dans un sens large conformément à l'article 4.1 de la Convention dans le sens d'une compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie en Corée, puisque l'article 4 a été repris dans la Loi coréenne de ratification de la Convention. En d'autres termes, la Corée exerce sa compétence à l'égard de tout élément d'un acte constituant l'infraction aux termes de la LPCE de corruption d'un agent public étranger. La Corée donne l'exemple de l'affaire dans laquelle l'administrateur d'une société de Séoul incite une personne à donner des fonds à un agent public étranger afin d'obtenir un nouveau marché dans un pays étranger. Si la personne incitée commet effectivement l'acte de corruption, la Corée aura compétence sur les agissements des deux personnes.

4.2 Compétence par la nationalité

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

Aux termes de l'article 3 du *Code pénal*, la Corée a compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger et il n'y a aucune prescription supplémentaire comme la double qualification pénale. La Corée affirme que ce principe s'applique à toute infraction pénale, dont la corruption d'un agent public étranger. Toutefois, l'exercice concret de cette compétence peut être une autre affaire. Par exemple, lorsqu'il n'y a pas de preuve fiable ou qu'il y a d'autres raisons juridiques quelconques, comme un délai, etc., la Corée peut renoncer à exercer sa compétence. La Corée ajoute qu'en tout état de cause, elle exercera sa compétence conformément aux dispositions de la Convention.

⁶ La Corée formule cette remarque en lien avec la question 5.1 des Questions concernant la mise en œuvre de la Convention et de la Recommandation de 1997, qui porte sur les textes législatifs et réglementaires permettant aux autorités d'exclure des entreprises de procédures d'attribution de marchés publics.

⁷ Aux termes de l'art. 3 de la Constitution, le territoire correspond aux limites territoriales actuelles de la péninsule coréenne et les îles qui y sont rattachées. Aux termes de l'art. 4 du *Code pénal*, il comprend aussi les zones appartenant à ses eaux territoriales et les navires et aéronefs à l'étranger battant pavillon coréen.

4.3 Procédures de consultation

L'article 4.3 de la Convention stipule que lorsque plusieurs Parties ont compétence, 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.

La Corée précise que la notion de consultation avec un autre pays en vue d'un éventuel transfert de compétence lui est étrangère. Elle précise en outre que le ministère de la Justice (4^e Division des poursuites auprès du Procureur général) est l'autorité centrale chargée de l'entraide judiciaire en matière pénale et donc l'autorité chargée de ces consultations et des questions connexes. Elle indique en outre qu'aux termes de la législation coréenne, la communication correspondante doit être établie par la voie diplomatique sauf disposition contraire des traités concernés.

La Corée confirme qu'elle est prête à traiter les demandes d'autres parties en matière de consultation et concernant un éventuel transfert de compétence, le cas échéant.

4.4 Examen du fondement actuel de la compétence

La Corée indique que le fondement actuel de sa compétence est efficace pour la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers. En outre, un projet de loi portant amendement du *Code pénal* a été déposé auprès de l'Assemblée nationale, de sorte que la Corée verra ses compétences renforcées à l'égard des infractions lorsqu'elle a l'obligation d'établir sa compétence aux termes d'une convention internationale multilatérale à laquelle elle est partie prenante. Toutefois, cet amendement sera sans effet sur la compétence de la Corée en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger.

Plus précisément, la Corée a l'intention d'étudier la question de la compétence sur les sociétés coréennes pour les agissements d'agents non coréens à l'étranger dans la mesure où le point de savoir si la Corée a une compétence sur les sociétés coréennes dans de tels cas, prête à controverse.

5. ARTICLE 5. MISE EN ŒUVRE

L'article 5 de la Convention dispose que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger « sont soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie. ». Elle stipule en outre que chaque Partie prendra des mesures pour faire en sorte que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger « 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 concernant les enquêtes et poursuites

La Corée explique qu'il n'y a pas de différence dans la façon dont se déroulent les enquêtes et poursuites entre les affaires de corruption d'agents publics étrangers et les autres affaires pénales.

Enquêtes

La Corée précise que les enquêtes pénales sont menées par les procureurs publics ou sous leur contrôle. Les procureurs publics ne se heurtent à aucun obstacle pour le lancement des enquêtes. De plus, leur indépendance politique est garantie par l'article 8 de la *Loi sur les Services des procureurs publics*.

L'article 195 du *Code de procédure pénale* prévoit que le procureur doit enquêter sur une infraction dès lors qu'il considère qu'il y a soupçon d'infraction. Dans la pratique, cependant, si l'infraction n'est pas

solidement établie ou s'il ne semble guère possible d'assurer le succès des poursuites, le procureur renonce à lancer l'enquête. Une enquête peut être suspendue lorsque l'accusé ou un témoin important ne peuvent être trouvés. En cas d'insuffisance de preuves ou si l'affaire a déjà fait l'objet de poursuites, l'enquête est terminée. Ces principes s'appliquent aussi bien lorsque les procureurs mènent leurs enquêtes que lorsqu'ils en assurent le contrôle.

Aux termes de l'article 196 du *Code de procédure pénale*, la police ne peut enquêter sur des affaires pénales que sous le contrôle des procureurs. Les autorités de police compétentes peuvent intervenir à tous les stades de l'enquête. Toutefois, dans la pratique, les enquêtes de la police interviennent en début de procédure. De plus, dans des affaires mineures, les procureurs n'interviennent guère dans les enquêtes policières. Toutes les affaires pénales ayant fait l'objet d'une enquête de la police doivent être immédiatement déferées aux procureurs à l'issue de l'enquête.

Poursuites

Aux termes de l'article 246 du *Code de procédure pénale*, les décisions d'engager des poursuites sont du seul ressort des procureurs publics. En outre, même lorsqu'il y a suffisamment de preuves pour engager des poursuites, le procureur public peut refuser d'engager des poursuites devant les tribunaux.⁸ Pour décider d'engager ou non des poursuites, les critères à examiner sont notamment, mais pas exclusivement :

1. l'âge, le caractère, l'intelligence et la situation personnelle du prévenu ;
2. les relations entre la victime et le prévenu ;
3. les motivations, méthodes et résultats de l'infraction présumée ; enfin,
4. la situation après la perpétration de l'infraction présumée.⁹

En outre, conformément à la décision de la Cour constitutionnelle (1995. 1. 20, 94 Human 246), les critères suivants seront aussi pris en considération dans la décision d'engager ou non des poursuites :

1. condamnations antérieures et antécédents de l'accusé ;
2. gravité de la sanction prescrite par la loi visée ;
3. impact social de l'infraction présumée ;
4. modification des conditions d'exercice de la vie publique et de l'évaluation du caractère pénalement répréhensible de certains agissements ;
5. évolution du droit ;
6. pardon accordé ou non à d'éventuels complices ; enfin,
7. délai écoulé depuis la perpétration de l'infraction.

Tous ces critères entrent également en ligne de compte lorsqu'il s'agit de décider de suspendre ou de clore des poursuites et ils sont normalement pris en considération lors de la phase de condamnation.

De plus, aux termes de l'article 10 de la *Loi sur les Services des procureurs publics*, les parties lésées ont le droit de faire appel d'une décision de ne pas poursuivre. Les appels contre la décision d'un procureur de district doivent être formés auprès des Services du Procureur général, puis des Services du Procureur suprême. Enfin, si une partie lésée ne se satisfait pas de la décision du Procureur suprême, conformément à l'article 68.1 de la *Loi sur la cour constitutionnelle*, elle peut faire appel de la décision auprès de la Cour constitutionnelle.

⁸ Art. 246 du *Code de procédure pénale*.

⁹ Art. 247.1 du *Code de procédure pénale*, Art. 51 du *Code pénal*.

5.2 Considérations de type intérêt économique national

La Corée confirme que conformément à l'article 5 de la Convention, les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger 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.

6. ARTICLE 6. PRESCRIPTION

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

Conformément à l'article 249 du *Code de procédure pénale*, le délai de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger aux termes de la LPCE est de cinq ans. Le délai commence à courir lorsque l'infraction en question est constituée et il peut être suspendu lorsque des poursuites sont engagées contre l'un des complices du contrevenant ou lorsque ce dernier se trouve en dehors du territoire de compétence de la Corée en vue d'échapper aux poursuites.¹⁰ Dans ce dernier cas, c'est le retour en Corée de l'accusé qui déclenche la reprise de la période de prescription.

7. ARTICLE 7. BLANCHIMENT DE CAPITAUX

L'article 7 de la Convention stipule que lorsqu'une Partie a fait en sorte que la corruption de ses agents publics constitue une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment de capitaux elle prendra 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 Corruption nationale

En Corée, la corruption d'un agent public national n'est pas une infraction principale aux fins de l'application de la législation relative au blanchiment de capitaux¹¹. Actuellement, un projet de loi déposé en juillet 1997 et intitulé *Loi sur la prévention du blanchiment de capitaux* est en cours d'examen devant une sous-commission. La Corée indique que ce projet n'a guère suscité l'intérêt des législateurs ou de l'opinion de sorte qu'il est difficile de dire actuellement quel sera son avenir.

Le projet de loi attribue la qualification pénale au blanchiment de capitaux correspondant au produit d'infractions de corruption passive nationale, de criminalité organisée, de collecte illégale de fonds à des fins politiques. Il impose aussi diverses obligations aux institutions financières afin de prévenir et de retracer les opérations de blanchiment de capitaux, comme l'obligation de déclarer les fonds d'origine illégale aux autorités chargées d'enquêtes, de tenir des comptes et de vérifier l'identité des personnes effectuant une opération financière.

¹⁰ Art. 253 du *Code de procédure pénale*.

¹¹ Seul sont considérées comme infraction principale aux fins de l'application de la législation relative au blanchiment des capitaux des infractions liées à la drogue et cela en raison de « L'acte spécial de prévention du trafic illégal de la drogue ».

7.2 Corruption étrangère

De même, la corruption d'un agent public étranger n'est pas une infraction principale aux fins de l'application de la législation relative au blanchiment de capitaux. Toutefois, une fois que le projet sur la corruption nationale sera prêt, on pourra prendre des mesures législatives correspondantes en ce qui concerne la corruption étrangère.

8. ARTICLE 8. NORMES COMPTABLES

L'article 8 de la Convention stipule que dans le cadre de ses lois et règlements concernant la tenue de livres et états comptables, la publication d'informations sur les états financiers et les normes de comptabilité et de vérification des comptes, une Partie interdit l'établissement de comptes, états ou enregistrements faux ou frauduleux dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption. La Convention stipule en outre que chaque Partie prévoit des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de telles omissions ou falsifications.

La Corée explique que les normes comptables sont régies par la *Loi sur l'audit externe*, qui impose des normes comptables, des audits externes et précise les sanctions pour infraction à ses règles.

8.1 Normes de comptabilité et de vérification comptable

8.1.1 Comptabilité

Les normes comptables imposent que toutes les transactions économiques soient convenablement constatées dans les états financiers. La Corée indique que cela suppose que les comptes ou opérations hors livres ne sont pas autorisés.

La Corée indique que ses normes comptables font appel à la comptabilité d'exercice pour constater les recettes et charges qui sont donc constatées au moment où elles interviennent. La Corée explique que cela interdit la constatation de dépenses inexistantes.

L'obligation de faire reposer toutes les transactions économiques sur des documents et éléments objectifs vise à dissuader le recours à de faux documents.

Aucun engagement dont l'objet n'est pas correctement identifié ne doit être inscrit dans les comptes parce que les normes comptables coréennes prescrivent le traitement comptable des passifs éventuels conformément aux pratiques exemplaires internationales.

En outre, les normes de vérification comptable chargent les dirigeants d'établir et de maintenir un système convenable de contrôle interne.

8.1.2 Vérification comptable

Le rôle du vérificateur statutaire consiste à vérifier les affirmations des administrateurs et les autres documents pertinents et de rendre compte de toute infraction éventuelle à des lois, décrets, statuts, ou de toute autre impropriété importante lors de l'Assemblée générale des actionnaires. Il peut déclarer ces infractions aux autorités judiciaires, mais il n'y est pas tenu.

Les vérificateurs externes doivent obtenir des éléments objectifs et fiables sur les livres de compte et le système de contrôle interne. Si un vérificateur externe est informé d'éventuels actes ou faits illégaux notables ou contrevenant à des lois, décrets ou statuts et si ces actes ou faits ont été commis par un

responsable dans le cadre des affaires de la société, il doit notifier ces actes ou faits au vérificateur statutaire et rendre compte de ses observations à l'Assemblée générale des actionnaires. En outre, un vérificateur externe doit rendre compte au vérificateur statutaire des éventuelles émissions, falsifications ou fraudes comptables. Il peut déclarer ces infractions aux services du procureur, mais comme dans le cas du vérificateur statutaire, il n'y est pas tenu.

Les normes de comptabilité et de vérification comptable sont des règlements distincts mais complémentaires établis par la Commission de surveillance financière. L'application de ces normes est obligatoire pour les sociétés qui relèvent de la *Loi sur l'audit externe*.

De plus, la Commission des valeurs mobilières et des contrats financiers à terme (autorité de tutelle des comptes financiers) est tenue par la *Loi sur l'audit externe* d'examiner les rapports d'audit pour vérifier le respect par les vérificateurs des normes de vérification comptable ainsi que le respect par les entreprises des normes comptables, en vérifiant notamment si les comptes et états financiers donnent une image fidèle de la substance des opérations sans omission ni falsification. Elle est également tenue par la *Loi sur les Bourses de valeurs* de contrôler les documents publiés par les sociétés cotées. La Commission peut déclarer ces infractions aux services du procureur, mais elle n'y est pas tenue.

8.2 Sociétés soumises aux textes législatifs et réglementaires

Toutes les sociétés anonymes sont tenues par la *Code de commerce* de désigner un vérificateur interne qui est indépendant de la direction de la société. Ce vérificateur interne est qualifié de « vérificateur statutaire ».

En outre, les sociétés anonymes dont le total des actifs dépasse 7 milliards de won sont assujetties aux normes comptables et aux normes de vérification comptable que leurs actions soient ou non cotées en Bourse. Elles sont tenues de désigner un auditeur externe (expert-comptable ou cabinet d'expertise comptable) aux termes de la *Loi sur l'audit externe*. En conséquence, les sociétés anonymes dont le total des actifs dépasse 7 milliards de won sont tenues d'avoir des vérificateurs statutaires et des vérificateurs externes. Les rapports d'audit de ces cabinets sont examinés par la Commission des opérations de Bourse conformément à la *Loi sur l'audit externe*. La Corée indique que plus de 8 000 entreprises sont actuellement soumises à une vérification externe.

Néanmoins, indépendamment de leur taille ou de leur type, toutes les sociétés sont censées de façon générale observer les normes comptables prescrites par les principes comptables indiqués par la *Loi relative à l'impôt sur les sociétés*.

8.3 Sanctions

La Commission des valeurs mobilières et des contrats financiers à terme est habilitée à prendre des mesures administratives à l'encontre d'entreprises ou de vérificateurs ayant procédé à des omissions, falsifications ou fraudes comptables importantes. Ces mesures peuvent consister en avertissements et suspensions d'agrément ou d'émissions de valeurs, etc.

La Corée indique que les entreprises et vérificateurs sont passibles de sanctions pénales aux termes de la *Loi sur l'audit externe* si leurs infractions aux règles et à la réglementation comprennent une omission ou fraude intentionnelle provoquant un préjudice sensible, important ou considérable. Un expert-comptable ou un salarié d'entreprise est passible d'une peine maximale d'emprisonnement de 3 ans ou d'une amende. En cas d'amende, le plafond est fixé à 30 millions won, mais si ce plafond est inférieur à 5 fois les gains personnels (qu'ils aient été réalisés ou qu'ils soient attendus), le montant de l'amende peut être relevé au plafond.

9. ARTICLE 9. ENTRAIDE JUDICIAIRE

L'article 9.1 de la Convention invite chaque partie à coopérer avec les autres parties dans toute la mesure du possible en leur apportant « une entraide judiciaire prompte et efficace » aux fins des enquêtes et des procédures pénales ou des procédures non pénales engagées par une Partie contre une personne morale pour les infractions relevant de la convention.

En sus des dispositions de l'article 9.1 de la Convention, deux autres prescriptions portent sur des questions pénales. 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. Enfin, conformément à l'article 9.3, une Partie ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre de la présente convention en invoquant le secret bancaire.

9.1 Lois, traités et accords permettant l'entraide judiciaire

9.1.1. Affaires pénales

La Corée a conclu des conventions bilatérales sur l'entraide judiciaire en matière pénale avec un certain nombre de signataires de la Convention.¹²

La Corée indique en outre que la *Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale* lui permet d'accorder une entraide judiciaire en matière pénale aux pays avec lesquels la Corée n'a pas conclu de traité ou accord y afférant, à condition que la réciprocité soit assurée. La Corée confirme que ce critère de réciprocité est demandé lorsqu'une demande d'entraide judiciaire est reçue d'une partie avec laquelle la Corée n'a pas conclu de traité y afférant.

La loi ne prévoit pas de procédure spécifique garantissant la réciprocité, mais dans la pratique on procède au cas par cas par note diplomatique de l'ambassade du pays requérant ou par une déclaration figurant dans la requête en vue de garantir la réciprocité. Aux termes de la loi, le pouvoir d'accorder l'entraide judiciaire est discrétionnaire, mais la Corée affirme que conformément à l'article 9 de la Convention, elle respectera pleinement les demandes de Parties n'ayant pas conclu de traité avec elle en ce qui concerne les requêtes relatives à la corruption d'agents publics étrangers.

Parmi les autres prescriptions prévues par la *Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale* qui doivent être satisfaites pour pouvoir accorder une entraide judiciaire à un pays requérant (sauf disposition contraire d'un traité ou accord correspondant), on retiendra :

1. la double qualification pénale (voir plus loin, 9.2) ;
2. l'infraction visée ne doit pas être de caractère politique ;
3. il ne doit pas y avoir de risque de violation de la souveraineté, de la sécurité nationale, de la paix et de l'ordre ou des coutumes établies de la Corée.

En outre, la Corée précise que ses services opérationnels entretiennent des relations étroites avec leurs homologues étrangers, ce qui permet des consultations informelles et des échanges de renseignements rapides.

¹² Australie, Etats-Unis, Canada et France.

Les mesures prévues par les traités bilatéraux pertinents et par la *Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale* en vue de permettre à la Corée de répondre favorablement à une demande d'entraide judiciaire comprennent : la signification d'actes ; la collecte de preuves y compris de déclarations de personnes ; la communication d'informations, de documents, d'enregistrements et d'éléments de preuve ; la recherche ou l'identification de personnes ou de biens ; l'obtention et la fourniture d'expertises ; l'exécution de demandes de perquisition et de saisie ; la mise à disposition de personnes détenues ou d'autres personnes afin de fournir des témoignages ou d'aider à l'enquête ; les mesures d'assistance en ce qui concerne le produit de l'infraction pénale ; ainsi que d'autres formes d'entraide non interdites par la Loi..

9.1.2 Affaires non pénales

La *Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile* autorise la Corée à fournir une entraide judiciaire en matière civile. Aux termes de cette loi, la signification d'actes et la collecte de preuves dans des affaires civiles sont admises indépendamment de la question de savoir si les poursuites correspondantes engagées dans le pays requérant concernent une personne physique ou morale. L'octroi d'une entraide judiciaire en matière civile à des pays n'ayant pas signé de traité est discrétionnaire, mais la Corée traitera comme il se doit les demandes de pays n'ayant pas signé de traité, mais qui sont parties à la Convention.

En outre, pour faciliter l'entraide judiciaire en matière non pénale, la Corée va adhérer cette année à la *Convention de la Haye relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*.

9.2 Double qualification pénale

L'article 6.4 de la *Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale* stipule que la double qualification pénale est l'un des critères obligatoires à satisfaire pour pouvoir accorder une entraide judiciaire en matière pénale à un autre pays, sauf disposition contraire des traités ou accords y afférant. Toutefois, la Corée indique que la double qualification pénale est réputée exister si l'infraction pour laquelle est sollicitée l'entraide entre dans le champ d'application de la Convention.

9.3 Secret bancaire

Aux termes de l'article 4 de la *Loi sur la réalisation de transactions financières en nom propre et sur la protection de la confidentialité*, la production de relevés bancaires peut être obtenue sur délivrance d'un mandat de perquisition et de saisie par un juge. En outre, aux termes de l'article 17.2 de la *Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale*, la production de relevés bancaires peut être obtenue sur mandat de perquisition et de saisie si cela est nécessaire à l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire formulée par un autre pays. Lors de la formulation aux termes de cette loi d'une demande d'entraide prévoyant la production de relevés bancaires, le pays requérant est tenu de fournir des informations pertinentes démontrant la nécessité de la production de ces relevés.

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 figurer la corruption d'un agent public étranger comme une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu du droit des Parties et des conventions d'extradition entre celles-ci.

La Corée explique qu'elle a conclu des conventions bilatérales d'extradition avec un certain nombre de pays signataires de la Convention.¹³ En outre, comme on l'a vu précédemment, conformément à l'article 6 de la *Loi relative à l'extradition* et aux conventions sur l'extradition signées par la Corée, une infraction pouvant donner lieu à extradition est une infraction passible au regard de la loi coréenne et de celle du pays requérant d'une peine privative de liberté d'une durée d'un an au moins.¹⁴ En conséquence, la Corée confirme que l'infraction de corruption aux termes de la LPCE, qui prévoit une peine maximale d'emprisonnement de 5 ans, constitue une infraction pouvant donner lieu à extradition pour la Corée.

10.2 Fondement juridique de l'extradition

L'article 10.2 indique 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, 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 ».

La Corée indique que l'article 4 de la *Loi relative à l'extradition* autorise l'extradition vers un pays avec lequel la Corée n'a pas conclu de convention bilatérale d'extradition, à condition que la réciprocité soit garantie par le pays requérant.

La Corée précise en outre que la réciprocité est assurée aux termes de la *Loi relative à l'extradition* selon les mêmes modalités et principes que pour l'entraide judiciaire aux termes de la *Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale* (voir 9.1).

La Corée ajoute qu'elle ne considère pas la Convention comme un fondement juridique recevable pour l'extradition dans la mesure où elle ne peut pas être considérée comme une garantie de réciprocité au regard de l'article 4 de la *Loi relative à l'extradition*. La Corée explique que cette position vient du fait que certaines Parties ne considèrent pas la Convention comme un fondement juridique recevable pour l'extradition.

10.3/10.4 Extradition de ressortissants

L'article 10.3 de la Convention oblige chaque Partie à prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte soit de pouvoir extraditer ses ressortissants, soit de pouvoir les poursuivre à raison de l'infraction de corruption d'un agent public. De plus, lorsqu'une Partie refuse une demande d'extradition d'une personne au motif que cette personne est son ressortissant, elle doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

Conformément à l'article 9.1 de la *Loi relative à l'extradition*, les décisions relatives à l'extradition ou non de ressortissants coréens sont de caractère discrétionnaire.¹⁵ Il n'y a pas encore eu de cas où une demande d'extradition d'un ressortissant coréen a été formulée ; il n'existe donc pas de référence juridique claire sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire en l'occurrence.

¹³ Des conventions bilatérales d'extradition ont été conclues avec les pays suivants (dans l'ordre des dates de signature) : Australie, Espagne, Canada, Chili*, Argentine*, Brésil, Mexique et Etats-Unis* (* : indique que la convention n'est pas entrée en vigueur).

¹⁴ Art. 6 de la *Loi relative à l'extradition*

¹⁵ Le ministre de la Justice est habilité à décider s'il y a lieu d'extrader un ressortissant coréen.

De plus, l'article 4 de la *Loi relative à l'extradition* stipule que les ressortissants ne doivent pas être extradés vers des pays ne garantissant pas la réciprocité. Conformément à l'article 4 de la *Loi relative à l'extradition*, la Convention ne peut pas être considérée comme une garantie de réciprocité.

La Corée précise que lorsque la nationalité est le seul motif pour refuser une demande d'extradition d'une personne pour corruption d'un agent public étranger, il n'existe pas de règles et de procédures explicites régissant de telles situations. Là encore, comme il n'y a pas eu de cas de demande d'extradition à l'encontre d'un ressortissant coréen, il n'y a pas encore de pratique normale établie. Aux termes de la Convention, cependant, si la Corée refuse d'extrader une personne pour corruption d'un agent public étranger au seul motif que cette personne est son ressortissant, elle doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes. On attend à cet égard que la pratique consiste de la part du ministère de la Justice de déférer l'affaire aux Services du procureur suprême.

10.5 Double qualification pénale

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

La Corée précise que conformément à la *Loi relative à l'extradition* et aux conventions bilatérales d'extradition conclues avec d'autres pays, l'existence d'une double qualification pénale est une condition préalable obligatoire à l'extradition. Elle précise en outre que cette condition est réputée satisfaite si l'infraction demandée relève de l'article 1 de la Convention. En d'autres termes, l'article 10.4 de la Convention se voit accorder la même portée juridique que la législation interne dans le cadre du droit coréen.

11. ARTICLE 11. AUTORITES RESPONSABLES

L'article 11 de la Convention oblige les Parties à notifier au Secrétaire général de l'OCDE une autorité ou des autorités, chargées de l'envoi et de la réception des demandes de consultation, d'entraide judiciaire et d'extradition, qui joueront le rôle d'interlocuteur pour cette Partie.

La Corée a notifié au Secrétaire général de l'OCDE les autorités compétentes. Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce extérieur et le ministère de la Justice ont été désignés comme autorités responsables de l'envoi et de la réception des demandes de consultation, d'entraide judiciaire et d'extradition.

B. MISE EN ŒUVRE DE LA RECOMMANDATION RÉVISÉE

4. DEDUCTIBILITE FISCALE

Généralités

La Corée ne rejette pas expressément la déductibilité fiscale des pots-de-vin en général, ni celle des pots-de-vin accordés spécifiquement à des agents publics étrangers. La Corée précise que cette déductibilité fiscale des pots-de-vin accordés à des agents publics étrangers est refusée dès lors qu'aux termes de l'article 19.2 de la *Loi relative à l'impôt sur les sociétés* (Loi sur l'IS) et de la *Loi relative à l'impôt sur le revenu des personnes physiques* (Loi sur l'IRPP), ils ne constituent pas des « charges ou pertes liées à l'activité commerciale et communément admises comme ordinaires et normales ».

D'autres dispositions pertinentes sont contenues dans l'article 24.1 de la *Loi sur l'IS* et l'article 35.1 du Décret d'application de la *Loi sur l'IS*, qui stipulent que les propositions faites par une société à une personne n'ayant pas de relation spécifique avec ladite société ne sont pas déductibles si elles ont été faites sans lien direct avec l'activité commerciale de la société. De plus, l'article 55 du Décret d'application de la *Loi sur l'IRPP* dresse une liste complète des éléments de dépenses ouvrant droit à déduction – les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers ne figurent pas dans cette liste et n'ouvrent donc pas droit à déduction.

Non-déductibilité fiscale en cas de condamnation pénale

Si une condamnation a été prononcée aux termes de la LPCE pour corruption d'un agent public étranger, la somme versée n'ouvre pas droit à déduction, parce qu'il est manifeste qu'il ne s'agit pas d'une charge commerciale « communément admise comme ordinaire et normale ».

Non-déductibilité fiscale en l'absence de condamnation pénale

Lorsqu'il n'y a pas eu de condamnation pénale, l'administration fiscale peut néanmoins refuser la déductibilité d'une somme versée à un agent public étranger si elle estime que les traces comptables du contribuable sollicitant la déduction sont manifestement fausses ou si la dépense correspondante ne peut pas être justifiée en tant que transaction commerciale normale. En pareil cas, l'autorité fiscale supporte la charge d'établir que la dépense n'ouvre pas droit à déduction.

ÉVALUATION DE LA CORÉE

Remarques générales

Le Groupe de travail a félicité la Corée pour l'application rapide de la Convention à laquelle elle a procédé à travers la promulgation de la Loi de prévention de la corruption étrangère (LPCE) le 28 décembre 1999, avant sa ratification de la Convention. La Corée a été le dernier pays à adhérer à l'OCDE, mais l'un des premiers à avoir adopté une loi d'application de la Convention.

La LPCE est généralement conforme aux prescriptions de la Convention. En outre, la Convention a la même portée juridique que la législation interne et les autorités coréennes interpréteront donc la LPCE de façon strictement conforme à la Convention. Le Groupe de travail note que la législation coréenne relative au blanchiment de capitaux ne s'applique pas actuellement à la corruption, mais il se félicite qu'un projet de loi étendant la liste des infractions principales du blanchiment à la corruption soit en cours d'examen et il espère que l'application de la Convention par la Corée donnera un nouvel élan en faveur de l'adoption prochaine de ce projet.

Le Groupe de travail a mis en évidence un certain nombre de problèmes méritant des précisions (voir ci-après) et note que dans certains cas, la nécessité de préciser les choses est due à une divergence avec les autorités coréennes quant à l'interprétation de certaines dispositions de la Convention et éventuellement à des problèmes de traduction. Le Groupe de travail note en outre que certains des problèmes mis en évidence méritent des clarifications en général et non pas uniquement en ce qui concerne la Corée.

Questions spécifiques

1. Termes utilisés pour décrire la nature de la faveur

L'article 3.1 de la LPCE attribue la qualification pénale au fait de promettre, de proposer ou d'offrir une « faveur ». Les autorités coréennes ont indiqué que cela correspond à la terminologie utilisée pour décrire l'infraction interne et qu'une traduction plus correcte à partir du coréen aurait été « chose corrompue ». En revanche, l'article 3.2 qui comporte deux exceptions à cette infraction décrit la substance de la faveur comme un « paiement » dans le cadre de la première exception et comme un « petit avantage pécuniaire ou autre », dans le cadre de la seconde exception. Le Groupe de travail est préoccupé par le risque de voir cette différence de terminologie poser des problèmes d'application.

Dans leur réponse, les autorités coréennes ont expliqué dans le détail que conformément à la formulation des commentaires sur la Convention, ces exceptions adoptent une terminologie plus neutre que le mot « faveur », car l'objet de l'article 3.2 est de préciser que certains actes ne constituent pas des faveurs visées à l'article 3.1. Les autorités coréennes ne pensent pas que cela puisse poser des problèmes d'application.

Le Groupe de travail comprend la logique de ce mélange de termes dans les articles 3.1 et 3.2, mais recommande que la question fasse l'objet d'un suivi lors de la phase 2 du processus d'évaluation afin de vérifier si des difficultés d'application de ces différents termes dans la pratique.

2. Petits paiements

L'article 3.2b de la LPCE prévoit une exception à l'infraction décrite à l'article 3.1 pour les « petits avantages pécuniaires ou autres » dans le cadre d'un travail ordinaire ou de routine.

Le Groupe de travail est préoccupé par le manque de repères judiciaires et législatifs pour l'interprétation de l'exception prévue à l'article 3.2b qui risque d'empêcher de savoir avec certitude ce qui constitue une

infraction aux termes de l'article 3.1, notamment en ce qui concerne le caractère modeste du paiement ou d'un autre avantage .

Les autorités coréennes ont indiqué que puisque la LPCE est un texte nouveau, on ne dispose pas encore d'un corpus jurisprudentiel permettant de donner des indications quant à la portée de cette exception, mais elles estiment que l'article 3.2b définit suffisamment cette portée. Elles précisent en outre que dans le droit coréen, la charge première de la preuve repose sur le procureur, mais que les tribunaux admettent un report de la charge de la preuve sur le prévenu afin qu'il démontre que ses actes entrent dans le cadre d'une exception à une infraction.

Le Groupe de travail recommande que la question fasse l'objet d'un suivi lors de la phase 2 du processus d'évaluation afin de suivre l'évolution de la jurisprudence à l'égard de cette exception.

3. Tierces parties

L'article 3.1 de la LPCE attribue la qualification pénale au fait de promettre, de proposer ou d'offrir une faveur à un « agent public étranger ». Il ne couvre pas expressément le cas dans lequel l'avantage est attribué à l'agent public étranger au bénéfice d'une tierce partie et celui dans lequel l'avantage est attribué à une tierce partie au bénéfice de l'agent public étranger. Les autorités coréennes ont indiqué que si la Convention impose en outre que soit couvert le cas où un accord intervient entre le corrupteur et l'agent public étranger pour transmettre l'avantage directement à une tierce partie (par exemple, conjoint, ami ou parti politique), elles appliqueraient une interprétation correspondante à l'article 3.1 de la LPCE. Toutefois, elles ont exprimé leurs doutes quant au fait que la Convention couvre cette situation.

4. Saisie et confiscation

L'article 5 de la LPCE prévoit la confiscation de l'instrument de la corruption auprès du contrevenant ou d'une autre personne ayant obtenu l'avantage en connaissance de cause. Les autorités coréennes ont expliqué que lorsque l'instrument est converti sous une autre forme, il ne pouvait être confisqué aux termes de l'article 5, mais que l'article 48(3) du Code pénal prévoit le pouvoir discrétionnaire de prendre une ordonnance de confiscation de la chose ou de déchéance des droits sur « un bien équivalant à la valeur de cette chose », en fonction de la nature de la conversion.

5. Compétence

Il a été noté que lorsqu'un non-Coréen qui travaille pour une société coréenne corrompt un agent public étranger à l'étranger, la Corée n'est pas compétente sur ce non-Coréen même s'il se trouve en Corée et s'il n'y a pas de rejet d'une demande d'extradition ou de l'extradition elle-même. Les autorités coréennes ont indiqué que la question de savoir si elles pouvaient exercer leur compétence sur la société coréenne en pareille situation prêtait à controverses.

Le Groupe de travail est convenu que les questions de compétence dans de telles situations constituaient un problème d'ordre général qu'il conviendrait d'approfondir en vue d'assurer une application efficace de la Convention.