

AUSTRALIE

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

A. APPLICATION DE LA CONVENTION

Questions formelles

L'Australie a signé la Convention le 7 décembre 1998 et déposé l'instrument de ratification le 18 octobre 1999. La loi d'application de la Convention a été adoptée par le Parlement de l'Australie et a reçu la sanction royale le 17 juin 1999. Cette loi est entrée en vigueur le 18 décembre 1999.

La Convention dans son ensemble

L'Australie a choisi, pour appliquer la Convention, d'amender le *Criminal Code Act* (Loi sur le Code pénal) de 1995¹ et le Code pénal. C'est ainsi qu'après amendement du Code pénal, l'article 70.2 codifie l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, l'article 70.1 fournit toutes les définitions pertinentes, dont celle d'« agent public étranger », et l'article 70.5 énonce les exigences concernant la compétence territoriale et la compétence fondée sur la nationalité applicables à l'infraction.

D'autres lois en vigueur, dont le *Proceeds of Crime Act* (Loi sur les produits des actes criminels) de 1987, le *Mutual Assistance in Criminal Matters Act* (Loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale) de 1987, l'*Extradition Act* (Loi sur l'extradition) de 1988 et la *Corporations Law* (Loi sur les sociétés) comportent des dispositions concernant les autres obligations découlant de la Convention.

Toute personne qui cherche à influencer un agent public étranger dans un Etat de l'Australie peut être poursuivie, dans le cadre de l'infraction de la commission secrète d'Etat, une infraction de corruption qui consiste à payer une personne (du secteur public ou privé) en vue de l'influencer. L'article 70.6 du Code pénal précise qu'une infraction peut donner lieu à des poursuites en vertu de la législation d'un Etat à la condition que la loi applicable ne soit pas exclue ou que sa portée ne soit pas restreinte par la législation fédérale. Toutefois, les autorités australiennes prévoient que la plupart des poursuites pour corruption d'agents publics étrangers seront engagées en vertu du Code pénal.

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

L'article 70.2 introduit par amendement au Code pénal définit l'infraction de corruption d'agents publics étrangers :

(1) *Commet une infraction*

(a) *toute personne qui :*

(i) *fournit un avantage à une autre personne ; ou*

(ii) *fait en sorte qu'un avantage soit fourni à une autre personne ; ou*

(iii) *offre ou promet de fournir un avantage à une autre personne ; ou*

¹ La Constitution de l'Australie confère au gouvernement fédéral, en plus de ses pouvoirs spécifiques, des pouvoirs accessoires en matière de droit pénal. En vertu de ses pouvoirs spécifiques concernant les affaires étrangères, il peut légiférer en vue de la mise en œuvre de la Convention.

- (iv) fait en sorte qu'il soit offert ou promis de fournir un avantage à une autre personne ; et
- (b) l'avantage n'est pas légitimement dû à cette autre personne ; et
- (c) la première personne nommée agit en vue d'influencer un agent public étranger (qui peut être l'autre personne) dans l'exercice de ses fonctions en tant qu'agent public étranger pour :
- (i) obtenir ou conserver un marché; ou
- (ii) obtenir ou conserver un avantage commercial qui n'est pas dû légitimement au bénéficiaire ou au bénéficiaire visé de l'avantage commercial (qui peut être la première personne mentionnée).

Sanction : 10 ans d'emprisonnement.

L'article 70.3 prévoit un moyen de défense lorsque la conduite n'est pas interdite par la législation du pays de l'agent public étranger (voir point 1.1.4 « un avantage indu pécuniaire ou autre ») et l'article 70.4 prévoit un moyen de défense au titre de « paiements de facilitation » (voir point 1.1.9 « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu »). De plus, la Partie 2.3 Chapitre 2 du Code pénal prévoit des moyens de défense généraux, y compris la déficience mentale, l'intoxication, l'erreur de fait, l'ignorance de fait et la contrainte. Le Chapitre 2 du Code pénal est nouveau et n'a jamais été appliqué à des infractions au niveau national. Il existe toutefois des moyens de défense semblables dans le droit coutumier. Les autorités australiennes indiquent que la plupart de ces moyens de défense ne s'appliquent pas à l'infraction de corruption d'agent public étranger mais que certains d'entre eux, comme l'erreur de fait et la contrainte, pourraient s'appliquer dans certains cas.

L'action sous la contrainte peut être invoquée lorsqu'une personne a accompli un acte constituant une infraction en croyant raisonnablement² :

1. qu'une menace sera mise à exécution à moins qu'une infraction soit commise (c'est-à-dire qu'un pot-de-vin soit versé);
2. qu'il n'existe pas de moyen raisonnable de rendre la menace inopérante ; et
3. que la conduite est une réaction raisonnable à la menace.

L'invoquer l'action sous la contrainte comme moyen de défense n'est pas possible lorsque la menace s'exerce à l'endroit ou au nom d'une personne avec laquelle la personne agissant sous la contrainte s'associe volontairement pour commettre l'acte visé.³ Les autorités australiennes indiquent que ce moyen de défense serait utilisable dans le cas, par exemple, où le corrupteur menace de détruire un navire ou son chargement ou de blesser les employés de la personne qu'il cherche à corrompre si il/elle n'effectue pas un paiement. Elles indiquent que ce moyen de défense n'est pas applicable lorsqu'il peut être démontré que l'accusé aurait de toute façon cherché à corrompre l'agent public étranger. Bien que l'action sous la contrainte n'ait pas encore été invoquée dans des affaires de corruption au niveau national, le concept existe depuis longtemps dans le droit coutumier.

² Paragraphe 10.2 (2) du Code pénal.

³ Paragraphe 10.2(3) du Code pénal

1.1 Les éléments constitutifs de l'infraction

1.1.1 toute personne

Le paragraphe 70.2 (1) du Code pénal s'applique à « une personne ». Les autorités australiennes précisent qu'en vertu de l'alinéa 22(1)(a) de l'*Acts Interpretation Act* (Loi sur l'interprétation des textes législatifs) de 1901, « personne » fait référence à une personne morale aussi bien qu'à un individu et aux termes de l'alinéa 22(1)(aa), un individu est une personne physique.

1.1.2 le fait intentionnel

L'alinéa 70.2(1)(c) précise qu'une infraction est commise lorsqu'une personne fournit un avantage, etc. « (...) en vue d'influencer un agent public étranger (...) dans l'exercice » de ses fonctions pour « obtenir ou conserver un marché » etc. L'article 5.2 du Chapitre 2 du Code pénal stipule qu'une personne a l'« intention » d'accomplir un acte lorsqu'elle a la volonté de se livrer à cet acte. Une personne a l'intention de se comporter d'une certaine façon dans une circonstance donnée si elle croit que cette circonstance existe ou existera ou si, en ce qui concerne un résultat, elle fait en sorte de le provoquer ou sait qu'il interviendra dans la suite normale des événements.

1.1.3 d'offrir, de promettre ou d'octroyer

L'article 70.2 s'applique lorsqu'une personne « fournit un avantage »⁴, « fait en sorte qu'un avantage soit fourni »⁵, « offre (...) de fournir un avantage »⁶, « promet de fournir un avantage »⁷, « fait en sorte qu'il soit offert (...) de fournir un avantage »⁸ ou « fait en sorte qu'il soit promis de fournir un avantage »⁹. Comme le terme « fournir » est synonyme d'« octroyer », tous les éléments de la Convention à cet égard sont couverts.

1.1.4 un avantage indu pécuniaire ou autre

Le paragraphe 70.2(1) fait référence au fait de fournir, etc., un « avantage » qui n'est pas « légitimement dû »¹⁰. Aux termes des définitions de l'article 70.1, « un avantage peut être n'importe quel avantage et n'est pas exclusivement un bien ». Dans l'exposé des motifs des amendements au Code pénal, il est précisé qu'un avantage peut être « pécuniaire ou non-pécuniaire ».¹¹

Il incombe aux autorités chargées des poursuites de prouver qu'un avantage n'est pas « légitimement dû à une personne dans une situation donnée ». Aux termes du paragraphe 70.2 (2), les facteurs suivants ne doivent pas être pris en considération pour l'établissement de la preuve de cet élément de l'infraction :

⁴ Sous-alinéa 70.2(1)(a)(i)

⁵ Sous-alinéa 70.2(1)(a)(ii)

⁶ Sous-alinéa 70.2(1)(a)(iii)

⁷ Ibid.

⁸ Sous-alinéa 70.2(1)(a)(iv)

⁹ Ibid.

¹⁰ Alinéa 70.2(1)(b).

¹¹ Exposé des motifs (1999) diffusé sous l'autorité du ministre de la Justice (Mme Amanda Vanstone, sénatrice) sur le projet d'amendement au Code pénal (Corruption des agents publics étrangers) 1999, paragraphe 24, page 15.

- a) *le fait que l'avantage soit une coutume ou soit perçu comme telle en l'occurrence ;*
- b) *la valeur de l'avantage ;*
- c) *une quelconque tolérance des autorités de l'avantage.*

Les alinéas (a) et (c) codifient le commentaire 7 sur la Convention et l'alinéa (b) stipule qu'il n'y a pas de règle de minimus à cet égard. Les autorités australiennes expliquent que ces concepts ne sont pas utilisés dans la législation sur la corruption nationale et qu'il n'existe par conséquent pas de jurisprudence susceptible d'éclairer leur interprétation.

Moyens de défense invoquant la légalité du comportement dans le pays de l'agent public étranger

Le paragraphe 70.3 (1) explique à l'aide d'un tableau qu'en ce qui concerne toutes les catégories d'agents publics étrangers, il n'y a pas d'infraction lorsque l'avantage n'est pas interdit par la législation du pays de l'agent public étranger. Une note précise ensuite que la charge de la preuve incombe à la défense. Pour un agent public étranger qui serait au service d'une organisation internationale, la législation applicable serait celle du « lieu » ou se trouve le « siège » de l'organisation. Les autorités australiennes expliquent que dans ce dernier cas, le choix de la législation applicable a pour but d'empêcher les abus de la part de la défense en s'assurant que des personnes ne puissent délibérément s'installer dans un territoire particulier dans le but de se soustraire à leur responsabilité.¹²

Les paragraphes 70.3 (2) et (3) semblent préciser que lorsque l'offre, etc. d'un avantage est faite à un intermédiaire qui agit ou prétend agir au nom d'un agent public étranger, il n'y a pas d'infraction si l'avantage n'est pas interdit par la législation du pays de l'agent public étranger au nom duquel l'intermédiaire agit ou prétend agir¹³.

Les autorités australiennes notent que selon le commentaire 8 sur la Convention, une infraction n'est pas constituée lorsque « l'avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l'agent public étranger, y compris la jurisprudence ». Pour l'Australie, l'interprétation à donner à ce commentaire n'est pas qu'un comportement doit être expressément autorisé pour être licite. Son interprétation est qu'un comportement ne constitue pas une infraction s'il n'est pas interdit par la loi du pays de l'agent public étranger.

1.1.5 directement ou par des intermédiaires

Le sous-alinéa 70.2(1)(a)(ii) s'applique lorsqu'une personne « fait en sorte » qu'un avantage soit fourni et le sous-alinéa 70.2(1)(a)(iv) s'applique lorsqu'une personne « fait en sorte » qu'une offre ou une promesse qu'un avantage sera fourni soit faite. Il semble clair que « fait en sorte » renvoie à la situation où une personne fait en sorte qu'un avantage soit procuré, offert ou promis par un intermédiaire.

1.1.6 à un agent public étranger

La définition d'« agent public étranger » et toutes les définitions complémentaires, comme celles de « pays étranger » et d'« entreprise publique » sont données à l'article 70.1 du Code amendé.

La définition de « pays étranger » est très large et, contrairement à la définition de l'article 1.4(b) de la Convention, n'est pas limitée aux entités « publiques ». Elle englobe un territoire situé à l'extérieur de l'Australie « dont les relations internationales relèvent dans une quelconque mesure d'un pays étranger »

¹² Ibid. paragraphe 35, page 20.

¹³ Là encore, il ressort que lorsque l'agent public étranger est au service d'une organisation internationale, la législation applicable est celle du « lieu » où se trouve le « siège » de l'organisation internationale.

ou « qui dans une certaine mesure est autonome mais n'est pas reconnu comme un Etat souverain indépendant par l'Australie ».

La première partie de la définition d' « agent public étranger » à l'article 1.4(a) de la Convention (c'est à dire « toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue ») est couverte par les définitions des alinéas (f) et (k) après amendement du Code pénal. Bien que ces alinéas ne désignent pas expressément des personnes ayant été « nommées ou élues », il semble bien que cela soit leur intention. La référence à la « partie d'un pays étranger » semble indiquer clairement que ces définitions s'appliquent lorsque la personne en question exerce le type de fonctions décrites pour « tous les niveaux et subdivisions » du pays étranger, comme l'exige la Convention.

La deuxième partie de la définition d' « agent public étranger », à l'article 1.4(a) de la Convention (c'est à dire « toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme public »), est couverte par les définitions contenues dans différents alinéas de l'article 70.1 du Code pénal amendé, à l'inclusion des alinéas (a), (b), (c), (d) et (e). L'économie de la définition de l'Australie n'est pas exactement la même que celle de la Convention, puisque l' « agent public étranger » n'est pas défini comme exerçant une « fonction publique ». La définition ressortant des amendements au Code pénal s'articule plutôt sur les tâches exercées par les différents individus. L'effet est cependant le même et il ne semble pas que la définition de l'Australie omette des personnes qui seraient couvertes par la définition de la Convention. De fait, la définition de l'Australie précise que les personnes sous contrat sont couvertes, ainsi que les personnes qui exercent les tâches rattachées à leurs fonctions en vertu de la législation d'un pays étranger ou conformément à une coutume ou à une convention d'un pays étranger. Aux termes de l'article 70.1, la définition d'une « instance publique étrangère » englobe « une autorité publique d'un pays étranger » ou « une composante du gouvernement d'un pays étranger », ce qui couvre la notion d'« organismes publics » exigée par la Convention. Il est aussi précisé qu' une « instance publique étrangère » comprend une « instance publique locale étrangère ou une instance publique régionale étrangère » et une « entreprise publique étrangère ».

L'article 70.1 du Code pénal donne une définition large d'« entreprise publique étrangère ». Conformément au commentaire 14 sur la Convention, le contrôle de fait exercé par un gouvernement étranger sur une entreprise suffit pour que celle-ci soit considérée comme une « entreprise publique ». Le terme « contrôle » défini à l'article 70.1 comprend le contrôle exercé sous forme « de tutelle, d'accord, d'arrangement, d'entente et de pratique, qu'il ait ou non une valeur fondée sur la loi ou l'équité et qu'il repose ou non sur des droits conférés par la loi ou l'équité », et couvre le contrôle « indirect » prescrit par le commentaire 14. L'article 70.1 précise en outre que la définition d' « entreprise publique » s'applique à une entreprise à laquelle sont attribués par la loi des droits, avantages ou privilèges, etc. particuliers en raison de sa relation avec le gouvernement du pays étranger (ou d'une partie du pays étranger).

La définition d' « agent public étranger » donnée à l'article 70.1 du Code pénal amendé relativement à des « organisations internationales publiques » s'applique à toute personne visée par la partie correspondante de la définition de la Convention.

1.1.7 à son profit ou au profit d'un tiers

Aux termes du paragraphe 70.2(1) des amendements au Code pénal, l'infraction de corruption d'un agent public étranger s'applique aux cas où un tiers reçoit un avantage. L'alinéa 70.2(1)(a) exige que l'avantage soit fourni, etc. à « une autre personne » et l'alinéa 70.2(1)(c) précise que l'agent public étranger « peut être l'autre personne » à laquelle l'avantage n'était pas légitimement dû. Le paragraphe 26 de l'exposé des

motifs¹⁴ précise que l'« autre personne » peut être « l'agent public étranger ou un tiers, par exemple son associé ».

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

Le paragraphe 70.2(1) s'applique lorsqu'un avantage est fourni, etc. dans l'intention d'influencer un agent public étranger « dans l'exécution de ses fonctions officielles en tant qu'agent public étranger ». L'article 70.1 définit le terme « fonction » comme « une autorité, une attribution, une tâche ou un pouvoir » :

- (a) qui est confié à l'agent; ou*
- (b) que l'agent prétend avoir.*

Ensemble, les deux parties de la définition répondent aux prescriptions de l'article 1.4© de la Convention, aux termes desquelles « toute utilisation qui est faite de la position officielle » doit être couverte, « que cette utilisation relève ou non des compétences conférées à cet agent ». Les autorités australiennes expliquent que comme le terme « fonction » est défini au sens large et englobe « tâche », le paragraphe 70.2(1) couvre les actes et les omissions commis par l'agent public étranger dans l'exécution de ses fonctions, comme l'exige la Convention.

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

L'infraction de corruption d'un agent public étranger s'applique à la disposition d'avantages, etc. « en vue d'obtenir ou conserver un marché », conformément au sous-alinéa 70.2(1)(c)(i) ou « en vue d'obtenir ou conserver un avantage commercial¹⁵ qui n'est pas légitimement dû au bénéficiaire ou au bénéficiaire visé par l'avantage commercial, qui peut être la première personne nommée », conformément au sous-alinéa 70.2(1)(c)(ii). Seul le fait d'obtenir ou de conserver un « avantage commercial » est assorti de l'exigence qu'il doit s'agir d'un avantage qui n'est pas légitimement dû. Le paragraphe 28 de l'exposé des motifs des amendements au Code pénal¹⁶ explique que le sous-alinéa (c)(i) met l'accent sur des « avantages assez importants pour influencer le marché et dont la portée est telle qu'ils ne pourraient inclure des petits paiements de 'facilitation' ». C'est pourquoi le sous-alinéa (c)(ii) a été ajouté relativement à un « avantage commercial », ce qui est « beaucoup moins précis » et ce qui, à défaut de moyen de défense en vertu de l'article 70.4 (traité ci-dessous) serait « plus susceptible d'englober les petits paiements de 'facilitation' ». ¹⁷

Conformément au commentaire 7 de la Convention, le paragraphe 70.2(3) dispose que la preuve qu'un « avantage commercial n'est pas dû de manière licite au bénéficiaire » les facteurs suivants ne peuvent être considérés :

- (a) le fait que l'avantage commercial puisse être une coutume ou perçu comme telle en l'occurrence ;*
- (b) le fait que l'avantage commercial fasse l'objet d'une quelconque tolérance par les autorités.*

Qui plus est, dans l'Exposé des motifs, les autorités australiennes précisent que le sous-alinéa 70.2(1)(c)(ii) a pour but, conformément au commentaire 5 sur la Convention, de couvrir les circonstances où un avantage est fourni, etc., en vue d'obtenir ou conserver un avantage que la personne n'aurait pas clairement

¹⁴. Supra, 11.

¹⁵ L'article 70.1 des amendements au code pénal définit « avantage commercial » comme « un avantage dans la conduite d'un marché ».

¹⁶ Voir page 16, supra, 11.

¹⁷ Paragraphe 29, page 17, supra 11.

dû recevoir, par exemple le permis d'exercer une activité pour une usine ne remplissant pas les conditions réglementaires.¹⁸ Elles précisent également que les tribunaux établiront l'absence de toute prétention légale à un paiement, ce qui serait le cas, par exemple lorsque le paiement ne constitue pas le remboursement d'une créance. Il n'existe pas de jurisprudence relative à cet élément parce que le concept n'est pas utilisé dans la législation sur la corruption nationale.

Moyens de défense pour les paiements de facilitation

L'article 70.4 des amendements au Code pénal prévoit vis-à-vis de l'infraction visée à l'article 70.2 un moyen de défense relatif aux « paiements de facilitation » qu'il appartient à la défense d'invoquer et de soutenir. Aux termes de cet article, une personne n'est pas coupable d'une infraction de corruption d'un agent public étranger lorsque :

- (a) L'acte a été accompli dans le seul ou principal but d'accélérer ou obtenir l'exécution d'un acte de routine de nature mineure d'une administration publique ; et lorsque*
- (b) la personne a consigné cet acte, dans les meilleurs délais, dans une déclaration, conformément aux prescriptions du paragraphe (3).*

L'alinéa 70.4(1)(c) stipule en outre que pour que le moyen de défense soit applicable, la déclaration doit être conservée durant toutes les périodes visées, la perte ou la destruction éventuelle de la déclaration doit être imputable à des raisons échappant au contrôle de la personne ou les poursuites doivent être engagées plus de 7 ans après les faits. Le paragraphe 70.4(3) précise les éléments que doivent contenir ces déclarations. Selon les autorités australiennes, cette prescription relative aux déclarations a pour objet de s'assurer que ce moyen de défense soit utilisable uniquement lorsqu'une personne révèle intégralement la nature d'un paiement dans une déclaration établissant clairement que le paiement était réellement « un authentique paiement de facilitation destiné à obtenir ou accélérer l'exécution d'un acte de routine non discrétionnaire de nature mineure des autorités publiques ».¹⁹

Le paragraphe 70.4(2) définit le terme « acte de routine des autorités publiques » comme l'acte d'un agent public étranger qui « est généralement et normalement accompli par l'agent » et qui peut comprendre :

1. la délivrance d'un permis, d'une licence ou d'un autre document officiel qui habilite une personne à exercer une activité commerciale dans un pays étranger ou une partie d'un pays étranger ;
2. la délivrance ou l'obtention d'un document officiel tel un visa ou un permis de travail ;
3. la fourniture d'une protection policière ou la collecte ou la distribution de courrier ;
4. l'organisation d'inspections relatives à l'exécution de contrats ou au transport de biens; et
5. tout autre acte de nature similaire.

Les alinéas 70.4(2)(c) et (d) précisent que les « actes de routine des autorités publiques » ne comprennent pas la prise d'une décision (l'incitation à la prise d'une décision) concernant l'attribution d'un nouveau marché à une partie en particulier, la reconduction d'un marché à une partie en particulier ou les conditions d'un marché nouveau ou existant.

Bien que l'article 70.4 ne se limite pas expressément aux situations où l'avantage accordé à un agent public étranger est de faible valeur, les autorités australiennes expliquent que ce moyen de défense n'est utilisable que lorsque l'avantage est « de nature mineure ». L'Australie explique en outre que cette approche est préférable à celle qui consisterait à préciser la valeur de l'avantage parce qu'elle permet au tribunal de prendre en compte toutes les conditions entourant le paiement et d'éviter les distorsions inéluctables

¹⁸ Ibid., paragraphe 30, page 17.

¹⁹ Paragraphe 51, pages 24-25, supra, 11.

qu'entraînerait la fixation d'un montant spécifique (par exemple en raison des différences de taux de change et de l'incidence du paiement de montants différents dans différents pays).

Les autorités australiennes précisent aussi que même si certains des « actes de routine des autorités publiques » énumérés au paragraphe 70.4(2) supposent une certaine marge discrétionnaire (par exemple, la délivrance d'un permis de travail), cette marge ne correspond pas à un pouvoir purement discrétionnaire.

1.1.10 dans le commerce international

Le paragraphe 70.2(1) dispose que l'infraction de corruption d'un agent public étranger s'applique au fait d'obtenir ou conserver un « avantage » ou un « avantage commercial » sans qualifier cet avantage d'« international ».

1.2 Complicité

L'article 1.2 de la Convention demande aux parties d'attribuer la qualification d'infraction pénale au fait de se rendre « complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation ».

Les autorités australiennes prévoient qu'aux termes du paragraphe 11.1(1) du Code pénal, l'assistance, le conseil et l'encouragement fournis en vue de la commission d'une infraction sont traités comme la commission d'une infraction. Les termes « conseil » et « encouragement » engloberaient l'instigation et l'autorisation. Il est entendu que le paragraphe 11.1(1) est une disposition générale applicable à toutes les infractions en vertu du Code pénal.

1.3 Tentative et complot

L'article 1.2 de la Convention demande aux parties d'incriminer la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public étranger dans la même mesure que sont incriminés la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette partie.

Les autorités australiennes indiquent que la tentative de « corrompre un agent public étranger » constitue une infraction aux termes du paragraphe 11.1(1) Partie 2.4 (Chapitre 2) du Code pénal et est sanctionnée comme si l'infraction avait été commise.

En outre, le complot en vue de commettre l'infraction de corruption d'un agent public étranger est une infraction aux termes du paragraphe 11.5(1) de la partie 2.4 (Chapitre 2) du Code pénal et est sanctionné comme si l'infraction avait été commise.

Les dispositions secondaires aux termes de la partie 2.4 Chapitre 2 du Code pénal s'appliquent à tous les autres éléments constitutifs de l'infraction de corruption d'un agent public étranger en vertu de l'article 70.2 (c'est-à-dire offrir, promettre, faire en sorte que soit fourni, faire en sorte que soit offert et faire en sorte que soit promis un avantage).

2. ARTICLE 2. RESPONSABILITE 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

Aux termes du paragraphe 12.1 (1) Partie 2.5 (Chapitre 2) du Code pénal, le Code pénal s'applique aux personnes morales de la même manière qu'aux personnes physiques moyennant les modifications prescrites à la Partie 2.5 concernant la responsabilité pénale des personnes morales, et de toutes les autres modifications nécessitées par le fait d'attribuer une responsabilité pénale à une personne morale (body corporate) plutôt qu'à une personne physique.

Les autorités australiennes expliquent que le terme « body corporate » est usité dans les textes de loi australiens mais qu'il y est rarement défini. Le *Butterworths Australian Legal Dictionary*²⁰ le définit comme « une entité juridique artificielle ayant une personnalité juridique distincte » et comprenant « les personnes morales créées par le droit coutumier (comme les entreprises individuelles et les personnes morales composées), par un texte législatif ou réglementaire (comme l'*Australian Securities Commission* -- Commission australienne des valeurs mobilières) et par immatriculation en vertu de la loi (comme les sociétés, les sociétés de crédit immobilier, les coopératives de crédit, les syndicats ou les syndicats sans personnalité morale) ». Même s'il y a peu de jurisprudence à ce sujet, les autorités australiennes sont certaines que le terme couvre toutes les entreprises, y compris les entreprises appartenant à l'Etat ou contrôlées par l'Etat.

2.1.2 Norme de responsabilité

L'article 12.2 du Code pénal dispose que lorsqu'un salarié, un agent ou administrateur d'une personne morale commet ce qui constitue un « élément matériel » d'une infraction alors qu'il agit dans le cadre réel ou apparent de ses fonctions ou de son pouvoir, l'« élément matériel » est aussi attribué à la personne morale. Le paragraphe 12.3(1) stipule également que lorsque l'intention, la connaissance ou l'insouciance sont requises pour former « l'élément matériel » d'une infraction, elles seront attribuées à une personne morale qui a « expressément, tacitement ou implicitement autorisé ou permis la commission de l'infraction ». Les autorités australiennes confirment que tous les moyens prévus pour la commission de l'infraction de corruption d'un agent public étranger aux termes de l'article 70.2 des amendements au Code pénal (c'est-à-dire fournir, offrir de fournir et promettre de fournir un avantage) seraient considérés comme des éléments matériels. L'article 4.1 du Code pénal stipule que les éléments matériels d'une infraction peuvent être le comportement (un acte, une omission de réaliser un acte et une situation), la circonstance dans laquelle un comportement intervient ou le résultat d'un comportement.

Pour établir qu'une personne morale a autorisé ou permis que soit commise une infraction, il faut apporter l'une des preuves suivantes :

1. Le « conseil d'administration » de la personne morale a, intentionnellement, sciemment ou de façon insouciance, adopté le comportement en question ou a expressément, tacitement ou implicitement autorisé ou permis la commission de l'infraction.²¹ Le paragraphe 12.3(6) du Code pénal définit le « conseil d'administration » comme l'entité (peu importe son appellation) exerçant l'autorité de gestion de la personne morale. Les autorités australiennes ajoutent que même s'il n'existe pas de jurisprudence sur ce point, il suffirait qu'un membre du conseil d'administration adopte le comportement en question. Etant donné qu'un membre du conseil d'administration serait considéré comme un « haut cadre dirigeant », une affaire de cette nature serait couverte par la définition ci-après.

²⁰ Ed. Dr. Peter E Nygh and Peter Butt (1977).

²¹ Alinéa 12.3(2)(a) du Code pénal.

2. Un « haut cadre dirigeant » de la personne morale a intentionnellement, sciemment ou de façon insouciance, adopté le comportement en question ou a expressément, tacitement ou implicitement autorisé ou permis la commission de l'infraction.²² Le paragraphe 12.3(6) du Code pénal définit le « haut cadre dirigeant » comme un salarié, un agent ou un administrateur de la personne morale dont les fonctions et les responsabilités font qu'il est justifié de supposer que son comportement reflète la politique de la personne morale.

Cette disposition ne s'applique pas lorsque la personne morale prouve qu'elle a exercé « la diligence raisonnable » pour empêcher le comportement, l'autorisation ou la permission en question²³.

3. La « culture d'entreprise » prévalant au sein de la personne morale qui a orienté, encouragé, toléré ou guidé le non-respect de la disposition pertinente;²⁴ ou la personne morale n'a pas réussi à implanter et entretenir la « culture d'entreprise » qui exigeait le respect de la disposition pertinente.²⁵ Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence sur cette disposition, les autorités australiennes ne doutent pas que la « disposition pertinente » serait interprétée comme une référence à l'infraction pertinente.

Le paragraphe 12.3(6) du Code pénal définit « culture d'entreprise » comme une attitude, une politique, une règle ou ligne de conduite ou une pratique existant au sein de la personne morale ou de la partie de la personne morale dans laquelle les activités visées se déroulent.

Les facteurs suivants peuvent être pris en considération pour déterminer si les dispositions concernant la « culture d'entreprise » s'appliquent :

- (a) Le fait qu'un « haut cadre dirigeant » a déjà autorisé auparavant que soit commise la même infraction ou une infraction similaire.²⁶
- (b) Le fait que le salarié, l'agent ou l'administrateur qui a commis l'infraction avait de bonnes raisons de croire ou pensait raisonnablement, qu'un « haut cadre dirigeant » de la personne morale aurait autorisé ou permis que l'infraction soit commise.²⁷

3. ARTICLE 3. SANCTIONS

La Convention demande aux parties d'instaurer des « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables à celles qui s'appliquent 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 stipule que cette partie doit faire en sorte que les personnes morales soient « passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires ». La Convention stipule en outre que pour une personne physique, les sanctions pénales comprennent des « peines privatives de liberté » suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition. En outre, la Convention demande à chaque partie 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

²² Alinéa 12.3(2)(b) du Code pénal.

²³ Paragraphe 12.3(3) du Code pénal.

²⁴ Alinéa 12.3(2)(c) du Code pénal.

²⁵ Alinéa 12.3(2)(d) du Code pénal.

²⁶ Alinéa 12.3(4)(a) du Code pénal.

²⁷ Alinéa 12.3(4)(b) du Code pénal.

d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un « effet comparable » soient prévues. La Convention stipule enfin que chaque partie doit envisager l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

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

La peine maximale en vigueur concernant l'infraction de corruption d'un agent public national applicable à une personne physique est de 2 ans d'emprisonnement et/ou d'une amende de 13 200 dollars²⁸ et la peine correspondante applicable à une « personne morale » est de 66 000 dollars.

La peine maximale imposée en vertu des amendements au Code pénal concernant l'infraction de corruption d'un agent public étranger est de 10 ans d'emprisonnement. Les personnes physiques sont aussi passibles d'une amende de 66 000 dollars en plus de l'emprisonnement ou en remplacement de celui-ci. Une « personne morale » est passible d'une amende de 330 000 dollars.²⁹

Les autorités australiennes indiquent que les peines imposées pour l'infraction de corruption d'agent public étranger sont proportionnelles à celles qui sont applicables à d'autres infractions. L'Australie précise que l'imposition d'une amende ne peut être envisagée seule, mais en relation avec l'emprisonnement des dirigeants concernés et l'ouverture d'un casier judiciaire, ce qui a pour effet d'écarter bon nombre de personnes physiques et morales de nombreux secteurs d'activité commerciale.

L'article 16A établit des lignes directrices que les tribunaux doivent prendre en considération lors de l'établissement de la peine appropriée dans un cas particulier. Celles-ci incluent la prise en compte de la situation personnelle de la victime de l'infraction, la perte ou les dommages qui résultent de l'infraction et le degré de repentir manifesté par l'accusé par rapport à l'infraction.

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

En vertu du *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act* (Loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale) de 1987, l'Australie est habilitée à demander et à fournir une aide judiciaire dans les cas d'« infractions pénales graves », passibles d'un emprisonnement maximal d'au moins 12 mois.

3.4 Sanctions et extradition

Les autorités australiennes indiquent qu'en vertu de l'*Extradition Act* (Loi sur l'extradition) de 1988, peut donner lieu à une extradition l'infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 12 mois.

3.6 Saisie et confiscation de l'instrument et du produit de la corruption

Le *Proceeds of Crime Act* (Loi sur les produits des actes criminels) de 1987 s'applique aux infractions passibles d'un d'emprisonnement de 12 mois ou plus et, par conséquent, à l'infraction de corruption d'agent public étranger.

Conformément à l'article 19 de la Loi, un tribunal peut à sa discrétion ordonner la confiscation d'un « bien compromis ». L'article 4 définit le « bien compromis » comme « un bien ayant servi ou étant lié à la

²⁸ Le 9 novembre 1999, 1 dollar des Etats-Unis valait 1,63 dollar australien

²⁹ Le paragraphe 4B(2) de la Loi sur les actes criminels (*Crimes Act*) de 1914 stipule que lorsque la sanction prévue pour une infraction est une peine d'emprisonnement, le tribunal peut imposer une amende en plus de l'emprisonnement ou en remplacement de celui-ci. Ce paragraphe indique une méthode de calcul de l'amende selon qu'elle est imposée à un individu ou à une personne morale.

commission de l'infraction » ou comme « un produit de l'infraction ». L'article 4 définit « produit » comme « un bien obtenu ou réalisé directement ou indirectement par une personne à la suite de la commission d'une infraction ». Les autorités australiennes indiquent qu'en vertu de ces dispositions, le pot-de-vin versé et le produit de la corruption d'un agent public étranger peuvent être confisqués. L'Australie précise en outre que l'article 4 est formulé de telle sorte qu'un tribunal peut ordonner la confiscation de tout bien ayant été acquis à l'aide du produit.

Conformément à l'article 9A de la Loi, un bien peut être confisqué à un tiers si le tribunal estime qu'il est placé sous le contrôle effectif de l'auteur de l'infraction. Le tiers peut faire opposition à la confiscation en faisant valoir qu'il n'a pas pris part à l'infraction, a acquis le bien moyennant contrepartie suffisante et n'avait aucune raison de soupçonner qu'il avait été acquis à la suite d'une infraction.³⁰

4. ARTICLE 4. COMPETENCE

4.1 Compétence territoriale

L'article 4.1 de la Convention stipule que chaque partie « prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire ». Le commentaire 25 sur la Convention explique « qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption » n'est pas exigé.

Le paragraphe 70.5(1) établit la compétence sur la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise pour tout ou partie sur le territoire australien ou pour tout ou partie à bord d'un aéronef ou d'un navire australien.

4.2 Compétence fondée sur la nationalité

L'article 4.2 de la Convention stipule qu'une partie compétente 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 sur la Convention précise que lorsque les principes d'une partie comportent l'obligation de double incrimination, 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 dans ce territoire ».

Le sous-alinéa 70.5(1)(b)(i) établit la compétence sur un citoyen australien qui commet une infraction de corruption d'agent public étranger entièrement à l'extérieur de l'Australie et le sous-alinéa 70.5(b)(ii) établit la compétence sur une personne morale constituée en vertu des lois de l'Australie qui commet une infraction de corruption d'agent public étranger entièrement à l'extérieur de l'Australie. Les autorités australiennes expliquent que le sous-alinéa 70.5(1)(b)(i) couvre aussi les personnes physiques résidentes. Les autorités australiennes indiquent que le concept de compétence a été élargi au-delà du principe de la compétence territoriale traditionnelle conformément aux recommandations de la *Federal Parliamentary Joint Standing Committee on Treaties* (Commission mixte permanente du parlement fédéral sur les conventions)³¹. Cette commission a estimé que la compétence était essentielle pour assurer les effets juridiques de l'infraction de corruption d'agent public étranger. La commission a conclu que comme la corruption d'agent public étranger est par définition une activité criminelle internationale susceptible de se

³⁰ Article 21 de la Loi sur les produits des actes criminels de 1987.

³¹ La Commission mixte permanente du parlement fédéral est une commission multipartite.

produire entièrement à l'extérieur de l'Australie, les objectifs et l'intention de la Convention ne seraient pas atteints si la compétence n'était pas élargie pour cette infraction.³²

4.3 Procédures de consultation

L'article 4.3 de la Convention stipule que lorsque plusieurs parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente convention, les parties concernées se consultent, 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 traités bilatéraux signés par l'Australie concernant l'entraide judiciaire et l'extradition prévoient généralement la tenue de consultations en cas de désaccord quant à la compétence mais sans fournir de procédure détaillée. Des consultations seraient menées en passant par la voie diplomatique habituelle et, le cas échéant, par l'entremise des voies prévues pour l'extradition et l'entraide judiciaire en matière de droit pénal.

4.4 Révision des fondements actuels de la compétence

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

La Commission mixte permanente du parlement fédéral a examiné la compétence de l'Australie en rapport avec l'infraction de corruption d'agent public étranger (voir ci-dessus le point 4.2 « Compétence fondée sur la nationalité »).

5. ARTICLE 5. MISE EN ŒUVRE

L'article 5 de la Convention demande 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 stipule aussi que chaque partie veille à ce que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger « ne soient 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 régissant les enquêtes et les poursuites

Les enquêtes sont normalement engagées par l'*Australian Federal Police* (autorités de police fédérale australiennes) et menées conformément aux procédures établies dans les Parties 1AA, 1C et 1D de la Loi sur les actes criminels de 1914. Lorsque les éléments de preuve réunis sont jugés suffisants pour justifier des poursuites, la procédure prévoit la transmission du dossier au *Commonwealth Director of Public Prosecutions* (Directeur du parquet fédéral). Celui-ci détermine si des poursuites doivent être engagées de même que la nature de la charge ou des charges. Dans certains cas, il est jugé nécessaire ou approprié que les autorités de police fédérale australiennes engagent les poursuites en procédant à une arrestation et en portant une accusation sans consultation préalable du Directeur du parquet fédéral. En pareils cas, le Directeur du parquet fédéral se prononce a posteriori sur l'opportunité de maintenir les poursuites et de modifier la ou les charges formulées par la police.

Toutes les décisions d'engager des poursuites ou d'y mettre fin doivent être prises conformément aux lignes directrices contenues dans les paragraphes 2.8 à 2.13 du *Prosecution Policy Statement of the*

³² Paragraphe 54, page 26, supra, 11.

Commonwealth (Enoncé de la politique des pouvoirs publics fédéraux en matière de poursuites judiciaires), aux termes desquelles les deux principales considérations sont les suivantes:

1. Les éléments de preuve doivent être suffisants pour justifier que des poursuites soient engagées ou maintenues. Il faut évaluer les chances raisonnables d'obtenir une condamnation.
2. Il faut déterminer s'il est dans l'intérêt général d'engager des poursuites. Les facteurs qui doivent être pris en considération varient selon les cas mais habituellement l'intérêt général joue moins pour les infractions plus graves.

L'article 2.10 de l'Enoncé de la politique en matière de poursuites judiciaires énumère les principes qui doivent être pris en considération pour décider si des poursuites sont justifiées dans l'intérêt général :

1. la présence de circonstances atténuantes ou aggravantes ;
2. les répercussions sur l'ordre public et moral ;
3. l'importance particulière de l'infraction présumée pour l'intérêt public ;
4. les éventuels droit de la Fédération, d'une personne physique ou d'une personne morale à dédommagement, réparation ou saisie de nature pénale si des poursuites sont engagées, et
5. l'attitude de la victime de l'infraction présumée vis-à-vis de la perspective de poursuites.

Les victimes (par exemple des concurrents) ne sont pas clairement habilitées à contester la décision d'un procureur de ne pas engager de poursuites dans un cas d'infraction présumée. Conformément à l'*Administrative Decisions (Judicial Review) Act* [Loi sur les décisions administratives (révisions judiciaires)] de 1977, une décision rendue en vertu d'une loi peut faire l'objet d'une demande de révision. Par conséquent, il est possible de demander que soit révisée la décision d'un procureur de refuser l'autorisation d'engager des poursuites, conformément au *Director of Public Prosecutions Act* (Loi sur le Directeur du parquet) de 1983 ou à l'article 70.5(2) du Code pénal. Toutefois, les autorités australiennes expliquent qu'il n'est pas clair qu'une personne physique ou une personne morale qui a été lésée par le comportement du prévenu serait une « personne lésée » aux fins de la Loi sur les décisions administratives (révisions judiciaires) par une décision de ne pas engager des poursuites. De plus, bien que la question du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites n'ait pas été soumis à un nouvel examen par les tribunaux de droit coutumier, certaines décisions rendues récemment au Royaume-Uni portent à croire que ces décisions peuvent être réexaminées dans des circonstances exceptionnelles. L'Australie précise que l'avenir dira si les tribunaux australiens suivront cette nouvelle tendance.

5.2 Considérations d'intérêt économique national

Les autorités australiennes indiquent que les facteurs énumérés à l'article 5 de la Convention n'ont pas d'incidence sur la détermination par le Directeur du parquet fédéral du bien-fondé d'engager des poursuites dans l'intérêt public.

6. ARTICLE 6. PRESCRIPTION

L'article 6 de la Convention dispose que tout 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.

En Australie, il n'y a pas de délai de prescription en ce qui concerne l'engagement de poursuites à l'endroit d'une personne physique ou d'une personne morale relativement à une infraction de corruption d'agents publics étrangers.³³

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 soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment de capitaux, elle doit prendre la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite.

Les autorités australiennes indiquent que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et l'infraction de corruption d'agents publics nationaux sont des infractions principales aux fins de l'application des dispositions relatives au blanchiment des capitaux contenues dans la Loi sur les produits des actes criminels de 1987. La condamnation au titre de l'infraction principale n'est pas nécessaire pour déclencher l'application des dispositions afférentes de la législation sur le blanchiment des capitaux. Aux termes du paragraphe 81(3) de la Loi, l'infraction de blanchiment de capitaux est définie comme suit :

Une personne est réputée se livrer à du blanchiment de capitaux si et seulement si :

*(a) la personne prend part, directement ou indirectement, à une transaction qui fait intervenir une somme d'argent ou un autre bien qui est le produit d'une activité criminelle ;
ou*

(b) la personne reçoit, possède, recèle, dispose de ou introduit en Australie une somme d'argent ou un autre bien qui est le produit d'une activité criminelle ;

et sait ou devrait raisonnablement savoir que la dite somme d'argent ou l'autre bien est obtenu ou réalisé directement ou indirectement à la suite d'une activité illicite quelconque.³⁴

Aux termes du paragraphe 4(1), « le produit d'une activité criminelle » se définit comme suit :

(a) Le produit d'un acte criminel³⁵; ou

(b) tout bien obtenu ou réalisé directement ou indirectement par une personne à la suite d'actes ou d'omissions qui :

(i) sont intervenus à l'extérieur de l'Australie ; et

(ii) auraient constitué un acte criminel ou un acte criminel relevant d'un Etat s'ils étaient intervenus en Australie

Il semble donc que c'est le produit et non l'instrument de la corruption d'un agent public étranger ou d'un agent public national qui relève de l'infraction de blanchiment de capitaux. Il semble également que le lieu où la corruption est commise, en ce qui concerne l'infraction de corruption d'agents publics nationaux ou d'agents publics étrangers, importe peu dans la mesure où le comportement en cause aurait constitué une

³³ Article 15B de la Loi sur les actes criminels de 1914 (Loi fédérale).

³⁴ Cette disposition est citée dans : G. Moens, 'Bank Confidentiality and Governmental Control of Exchange Operations and of Their Unlawful Effects—Australia', P. Bernasconi (ed.) *Money Laundering and Banking Secrecy*, 31-48 (1996 Kluwer Law International).

³⁵ Les autorités australiennes précisent que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers est un acte criminel.

infraction en Australie s'il était survenu en Australie. Les autorités australiennes précisent toutefois que la portée de l'infraction de blanchiment de capitaux est restreinte par les limites de la compétence sur l'infraction en Australie. Par conséquent, la compétence ne s'étend pas, par exemple, à un comportement intervenu entièrement à l'extérieur de l'Australie lorsque l'auteur de la corruption est une personne morale non immatriculée en vertu de la législation australienne.

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, chaque partie interdit l'établissement de documents comptables faux ou frauduleux dans le but de corrompre un agent public ou de dissimuler cette corruption. La Convention dispose en outre que chaque partie doit prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de telles omissions ou falsifications.

8.1/8.2/8.3 Exigences relatives à la comptabilité et à la vérification/Entreprises soumises à ces exigences/Sanctions

Etats financiers

Aux termes de l'article 298 de la Loi sur les sociétés, toutes les entreprises (y compris celles qui ne sont pas tenues par la Loi sur les sociétés d'établir des rapports financiers annuels), les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) agréés et les entités déclarantes doivent tenir des « enregistrements financiers » écrits qui:

- (a) consignent et expliquent leurs transactions ainsi que leur situation et leur performance financière
- (b) devraient permettre l'établissement et la vérification d'états financiers donnant une image fidèle.

Aux termes de la définition de l'article 9 de la Loi sur les sociétés, les « enregistrements financiers » comprennent des factures, des reçus, des mandats, des lettres de change, des chèques, des billets à ordre, des documents commerciaux et des pièces justificatives.

Les autorités australiennes expliquent que l'établissement de comptes hors livres, les opérations hors livres ou insuffisamment identifiées, l'enregistrement de dépenses inexistantes, l'enregistrement d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié et l'utilisation de faux documents contreviendraient aux dispositions de l'article 298 de la Loi sur les sociétés parce ce qu'ils ne constitueraient pas un enregistrement et une explication correctes des opérations et ne permettraient pas l'établissement et la vérification d'états financiers donnant une image fidèle.

Le non-respect de l'article 298 constitue une infraction pénale et l'entreprise qui s'en rend coupable est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 12 500 dollars.

Les autorités australiennes expliquent que la Commission mixte permanente du parlement fédéral a recommandé d'entreprendre un examen des avantages et des modalités de l'introduction de l'obligation de déclarer les paiements de pots-de-vin dans les comptes d'entreprises.³⁶ Cette recommandation s'est traduite

³⁶ Lorsque l'examen a été rédigé, les détails de l'examen n'avaient pas encore été dévoilés mais il semblait probable que le gouvernement étudie sérieusement les recommandations de la Commission mixte permanente.

par le paragraphe 70.4(3) des amendements au Code pénal, qui demande que soit conservé un relevé des paiements de facilitation.

Etats financiers pour un exercice

Aux termes de l'article 296 de la Loi sur les sociétés, le rapport financier annuel doit être conforme aux normes comptables australiennes (*Australian Accounting Standards*), qui comprennent des exigences de divulgation des dettes éventuelles.

Les entités tenues de dresser des états financiers annuels sont :

- les entités déclarantes (principalement les sociétés cotées et les OPCVM agréés) qui détiennent des valeurs cotées ou ont émis des actions ou d'autres titres à la suite de la publication d'un prospectus ;
- les sociétés anonymes non cotées et les grandes sociétés fermées (c'est-à-dire les entreprises qui satisfont à au moins deux des critères suivants : 1. résultat brut d'exploitation de \$10 millions ou plus ; 2. actif net de \$5 millions ou plus ; et 3. 50 salariés ou plus) ; et
- les petites sociétés fermées contrôlées par une entreprise étrangère ou devant préparer des états financiers à la demande des actionnaires.

Les normes comptables australiennes ont force de loi en vertu de la Loi sur les sociétés³⁷. La plupart de ces normes concernent les différents aspects de la préparation des états financiers bien que certaines d'entre elles s'appliquent à des secteurs d'activités particuliers comme les établissements financiers et les compagnies d'assurance. La plupart des normes de comptabilité portent sur les méthodes applicables à certains postes comptables et sur les exigences de divulgation des états financiers. L'administrateur d'une entreprise, d'un OPCVM agréé ou d'une entité déclarante qui ne prend pas toutes les dispositions raisonnables pour se conformer ou assurer la conformité aux exigences relatives aux états financiers (Partie 2M.2) ou aux rapports financiers (Partie 2M.3)³⁸ est passible d'une sanction civile pouvant, selon le cas, consister en une ordonnance d'interdiction d'administrer une entreprise ou d'imposition d'une amende maximale de 200 000 dollars.

Normes de vérification

Les autorités australiennes indiquent que les entreprises, les OPCVM agréés et les entités déclarantes doivent mettre en œuvre des contrôles internes conformément aux normes de comptabilité, et que les rapports des vérificateurs doivent établir l'efficacité de ces contrôles. L'Australie ajoute qu'aux termes de l'article 310 de la Loi sur les sociétés, les entités précitées doivent remettre un rapport de vérification externe à l'*Australian Securities and Investment Commission* (Commission australienne des valeurs mobilières et des placements). Le vérificateur doit en outre établir à l'intention des membres du conseil d'administration un rapport dans lequel il déclare être satisfait que les états financiers sont conformes à la Loi. En outre, le vérificateur doit prévenir la Commission australienne des valeurs mobilières et des placements :

- lorsqu'il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'il y a eu contravention à la Loi sur les sociétés, et

³⁷ Le Conseil australien de normalisation comptable (*Australian Accounting Standards Board (AASB)*) a publié environ 40 normes de comptabilité.

³⁸ Voir article 344 de la Loi sur les sociétés.

- lorsqu'il croit que cette contravention n'a pas été ou ne sera pas convenablement réglée par les commentaires introduits à cet effet dans son rapport de vérification ou en la signalant aux administrateurs.

La Commission australienne des valeurs mobilières et des placements peut porter à l'attention du *Companies Auditors and Liquidators Disciplinary Board* (Conseil de discipline des vérificateurs et des liquidateurs de sociétés) les cas de vérificateurs qui ne s'acquittent pas de manière satisfaisante de leurs fonctions. Si la plainte est fondée, le Conseil peut radier ou suspendre les vérificateurs fautifs. Les vérificateurs sont également passibles de poursuites pour dommages civils si l'exécution de leurs fonctions de vérification entraîne une perte pour d'autres parties.

Afin de garantir l'indépendance des vérificateurs externes, une personne³⁹ (qui doit être un vérificateur d'entreprise agréé) ne peut accepter le mandat de vérificateur d'une entreprise lorsque :

- cette personne, ou une personne morale dont elle détient une grande partie des actions, doit plus de 5 000 dollars à l'entreprise, à une personne morale apparentée ou à une entité que l'entreprise contrôle; ou
- cette personne est un dirigeant de l'entreprise ou un associé, un employeur ou un employé d'un dirigeant de l'entreprise.

9. ARTICLE 9. ENTRAIDE JUDICIAIRE

L'article 9.1 de la Convention stipule que chaque partie accorde, dans toute la mesure du possible, « une entraide judiciaire prompte et efficace » 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 présente convention engagées par une partie contre des personnes morales. 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. Et conformément à l'article 9.3, une partie ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en invoquant le secret bancaire.

9.1 Lois, traités et mécanismes permettant l'entraide judiciaire

9.1.1 Affaires pénales

L'Australie indique que conformément à la Loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale de 1987 et aux traités et mécanismes conclus avec les autres pays aux termes de cette loi, elle peut apporter une entraide judiciaire en matière pénale pour l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Les autorités australiennes expliquent que l'entraide peut être fournie à quelque pays que ce soit, qu'existe ou non un traité ou des mécanismes mais que l'aide ne pourrait normalement pas être accordée à un pays qui ne s'engagerait pas à la réciprocité.

Le paragraphe 8(1) de la Loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale de 1987 énumère différentes raisons qui justifient le refus du Procureur général d'accorder une entraide judiciaire. Par exemple, l'entraide est refusée si la demande concerne une infraction à caractère politique ou si l'entraide aurait pour effet de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à l'intérêt national de l'Australie ou aux intérêts fondamentaux d'un Etat ou Territoire. Conformément au paragraphe 8(2) le Procureur général a le pouvoir discrétionnaire de refuser de fournir une entraide lorsque, par exemple, la condition de double

³⁹ Des prescriptions analogues s'appliquent à la nomination d'un cabinet (d'une société) de vérificateurs.

incrimination n'est pas remplie, les délais de prescription sont dépassés ou l'entraide aurait pour conséquence d'entraver une enquête ou un procès concernant une affaire pénale en Australie. Les autorités australiennes indiquent que le Procureur général n'est jamais tenu de fournir une entraide judiciaire mais que certains traités bilatéraux ont pour effet de restreindre son pouvoir discrétionnaire.

Aux termes de l'article 74 de la Loi, l'entraide judiciaire peut prendre les formes suivantes :

- obtention d'éléments de preuve et production de documents ou d'autres pièces ;
- perquisition et saisie ;
- prise de mesures pour que des personnes (notamment des personnes en détention) puissent témoigner ou participer à des enquêtes (et garde des personnes transférées);
- recherche, retenue et confiscation des produits de l'infraction (y compris la mise en œuvre d'ordonnances de confiscation étrangères); et
- communication d'informations financières obtenues en vertu de la loi (« information concernant les déclarations d'opérations financières »).

En outre, les traités bilatéraux d'entraide en matière pénale prévoient normalement un éventail de mesures non obligatoires comme l'obtention de témoignages spontanés de personnes non assermentées, la prise en charge du processus pénal (sans qu'il soit donné effet aux peines imposées à l'étranger), la transmission de documents officiels accessibles au public et tout autre type d'entraide qui ne contrevient pas à la législation australienne.

Le cas échéant, l'entraide judiciaire peut être accordée pour des affaires concernant une personne morale.

9.1.2 Affaires non pénales

Conformément au *Mutual Assistance in Business Regulation Act* (Loi sur l'entraide en matière de réglementation des sociétés) de 1992, le Procureur général peut autoriser des autorités fédérales de tutelle des sociétés à obtenir des preuves, des informations et des documents à la demande de leurs homologues à l'étranger et à leur transmettre aux fins de l'administration ou de l'application d'une législation étrangère sur les sociétés. Les autorités australiennes indiquent que cette législation leur permettrait de fournir une entraide pour certaines procédures non pénales engagées contre des personnes morales.

9.2 Double incrimination

Conformément aux alinéas 8(2)(a) et (b) de la Loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale de 1987, la double incrimination est habituellement un motif discrétionnaire sur la base de laquelle l'Australie peut refuser d'accorder une entraide judiciaire. Les autorités australiennes précisent toutefois que ce pouvoir discrétionnaire ne sera pas invoqué dans les cas de demandes d'entraide concernant des infractions présumées de corruption d'agents publics étrangers.

9.3 Secret bancaire

En Australie, la relation entre un banquier et ses clients est protégée par l'obligation de confidentialité.⁴⁰ Cette obligation étant née du droit coutumier, elle peut être annulée par la législation.⁴¹ Elle a été annulée dans une certaine mesure par le *Financial Transaction Reports Act* (Loi concernant la déclaration des transactions financières) de 1988, aux termes de laquelle les « prestataires de services monétaires ou

⁴⁰ Tournier v. National Provincial and Union Bank of England, [1924] 1 KB 461.

⁴¹ G. Moens, supra, 34, page 33.

financiers »⁴² sont tenus de fournir des informations sur les transactions de leurs clients à l'*Australian Transaction Reports and Analysis Centre* (Centre d'analyse et de déclaration des transactions financières -- AUSTRAC)⁴³ dans les cas suivants :⁴⁴

1. Conformément à l'article 7 de la Loi, les « transactions financières importantes » effectuées en Australie doivent être déclarées. Une « transaction financière importante » est un transfert de 10 000 dollars et plus de numéraire en monnaie australienne ou en devises.
2. Conformément à l'article 17B de la Loi, les instructions concernant les virements de et vers l'Australie doivent être déclarées lorsque le « prestataire de services monétaires ou financiers » agit pour le compte d'une personne qui n'est pas une banque ou lorsque le prestataire de services monétaires ou financiers n'est pas une banque.
3. Aux termes de l'article 15 de la Loi, constitue une infraction le transfert non déclaré en Australie ou à l'étranger de devises d'une contre-valeur de 5 000 dollars ou plus. Les établissements financiers, à l'inclusion des banques, des caisses de crédit hypothécaire et des coopératives de crédit sont exemptés de cette obligation de déclaration. La peine imposée en cas de contravention à ces dispositions est une amende maximale de 5 000 dollars, ou l'emprisonnement d'une durée de deux ans ou les deux pour les personnes physiques et une amende maximale de 20 000 dollars pour les personnes morales.
4. Conformément au paragraphe 16(1) de la Loi, un « prestataire de services monétaires ou financiers » est tenu de déclarer une transaction lorsqu'il y a raisonnablement lieu de penser que cela serait utile aux enquêtes sur la fraude fiscale ou d'autres infractions à la législation fédérale.

Conformément à l'article 27 de la Loi, les renseignements recueillis par l'AUSTRAC peuvent être transmis au Procureur général pour permettre à l'Australie d'accéder à la demande d'entraide d'un autre pays relevant de la Loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale.⁴⁵ De plus, conformément à l'article 37 de cette loi, l'Australie peut communiquer des informations sur des enregistrements bancaires même lorsque ces informations n'ont pas été transmises à l'AUSTRAC. Un mandat de perquisition ou une ordonnance peuvent être obtenus en cas d'infraction passible d'une peine maximale d'emprisonnement d'un an au moins lorsque des poursuites pénales ou une enquête ont été engagées dans le pays requérant. Lorsque la corruption d'un agent public étranger constitue aux termes de la Loi une « infraction de fraude organisée à l'étranger », il est également possible d'obtenir une ordonnance de surveillance de compte afin d'identifier les opérations ultérieures pendant une période pouvant aller jusqu'à trois mois. Il est également possible d'obtenir des enregistrements bancaires en vertu des pouvoirs généraux de perquisition et de confiscation prévus par la Partie III de la Loi.

⁴² Aux termes de l'article 3 de la Loi, « prestataire de services monétaires ou financiers » désigne un « établissement financier », « une compagnie ou un courtier d'assurance », un « courtier en valeurs mobilières », un « courtier en opérations à terme », un « agent fiduciaire ou un gestionnaire de fonds commun », une « personne qui exploite un établissement de jeu ou un casino », etc.

⁴³ Aux termes de la loi, l'AUSTRAC est l'autorité chargée de collecter des déclarations en vue d'aider les autorités fiscales australiennes et les services opérationnels du gouvernement fédéral et des Etats à détecter l'évasion fiscale et les activités criminelles.

⁴⁴ G. Moens, supra, 34, page 40 et pages 42-44.

⁴⁵ G. Moens, supra, 34, page 45.

10. ARTICLE 10. EXTRADITION

10.1 Extradition pour corruption d'agent public étranger

L'article 10.1 de la Convention oblige les parties à inclure la corruption d'agent public étranger dans les infractions pouvant donner lieu à une extradition en vertu du droit des parties et des traités d'extradition entre celles-ci.

Conformément à la Loi sur l'extradition de 1988, l'Australie peut procéder à une extradition vers un « pays d'extradition » défini aux termes de l'alinéa 5(a) de la Loi comme « tout pays (autre que la Nouvelle-Zélande⁴⁶) déclaré par les règlements comme un pays d'extradition ». L'Australie indique que selon la politique adoptée, un pays est normalement déclaré pays d'extradition lorsque :

- (a) L'Australie a un traité bilatéral d'extradition avec ce pays ;
- (b) ce pays et l'Australie sont tous deux parties à une convention multilatérale comportant des dispositions d'extradition ; ou
- (c) il existe, entre l'Australie et ce pays, un mécanisme bilatéral ou un mémorandum d'accord n'ayant pas le statut de traité, qui garantit la réciprocité.

Conformément à la Loi sur l'extradition de 1988, l'infraction de corruption d'agent public étranger peut donner lieu à une extradition si elle est punissable d'une peine minimum de 12 mois d'emprisonnement par le pays requérant. Toutefois, avant qu'une personne soit extradée, un magistrat doit établir que l'extradition est possible.⁴⁷ L'extradition n'est pas possible si le magistrat qui examine le dossier considère qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il y a une « objection à l'extradition » eu égard à l'infraction. Les objections possibles sont, en résumé, que l'infraction qui motive la demande d'extradition est de nature politique ou militaire, que le coupable présumé risque une double incrimination, pourrait être lésé à son procès ou puni, etc. en raison de sa race, de sa nationalité ou de ses opinions politiques.⁴⁸ Conformément à l'article 22, le Procureur général n'accorde pas l'extradition à moins d'être certain qu'il n'existe pas d'objection à l'extradition et que la personne extradée ne sera pas soumise à la torture ou à la peine de mort. Le Procureur général a le pouvoir discrétionnaire, conformément à l'alinéa 22 (3)(f) de la Loi, de refuser l'extradition à moins de considérer que la personne doit être extradée eu égard à l'infraction”.

Les autorités australiennes indiquent que lorsqu'une convention d'extradition bilatérale s'applique, des motifs additionnels de refus, ayant valeur obligatoire ou à caractère discrétionnaire, peuvent être invoqués. Il n'y a habituellement pas de dispositions sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire du Procureur général dans un traité bilatéral.

10.2 Fondement juridique de l'extradition

L'article 10.2 stipule que lorsqu'une Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité d'extradition reçoit une demande d'extradition de la part d'une autre Partie avec laquelle elle n'a pas de traité 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 ».

⁴⁶ Aux termes de la Partie III de la Loi sur l'Extradition de 1988, l'extradition vers la Nouvelle-Zélande n'est pas soumise à la restriction habituelle concernant l'extradition entre Etats indépendants, et par conséquent l'extradition en cas d'infraction aux termes de la Convention serait automatiquement accordée.

⁴⁷ Article 19 de la Loi sur l'extradition de 1988.

⁴⁸ Article 7 de la Loi sur l'extradition de 1988.

Les autorités australiennes précisent qu'elles ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité et que stricto sensu, les exigences de l'article 10.2 de la Convention ne sont par conséquent pas applicables. Cependant, considérant qu'elle serait tenue en droit international d'extrader aux termes d'un traité d'extradition, l'Australie donne effet à cette obligation en intégrant à la Loi sur l'extradition des dispositions à cette fin. Pour cette raison, la Loi sur l'extradition renferme depuis 1999 des dispositions concernant l'infraction de corruption d'agents publics étrangers [*Extradition (Bribery of Foreign Public Officials) Regulations 1999*] afin de donner à l'Australie une autorité légale, sous réserve des motifs de refus (voir point 10.1 ci-dessus) et des conditions applicables en vertu d'un traité bilatéral d'extradition conclue avec un pays Partie à la Convention, pour remettre à une partie à la Convention une personne dont l'extradition est demandée pour une infraction de corruption d'agent public étranger. Les autorités australiennes indiquent que sous cet angle général, la Convention peut être considérée comme une base juridique pour l'extradition en cas d'infraction de corruption d'agent public étranger.

10.3/10.4 Extradition de ressortissants

L'article 10.3 de la Convention stipule que chaque partie prend les mesures nécessaires pour faire en sorte soit de pouvoir extrader ses ressortissants, soit de pouvoir les poursuivre à raison de l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Une partie qui refuse une demande d'extradition d'une personne au motif que cette personne est son ressortissant doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

L'Australie indique que les ressortissants australiens peuvent être extradés à raison de l'infraction de corruption d'agent public sur les mêmes bases que d'autres personnes. Bien que les conventions bilatérales prévoient la faculté de refuser l'extradition de ressortissants, cette faculté est rarement exercée.

En cas de rejet d'une demande d'extradition au motif de la nationalité, l'article 45 de la Loi sur l'extradition comporte un mécanisme permettant d'engager des poursuites pénales en Australie à raison d'agissements à l'extérieur de l'Australie qui auraient constitué une infraction en Australie. Le Procureur général a le pouvoir discrétionnaire d'engager des poursuites aux termes de cette disposition. L'Australie indique qu'il n'y a jamais eu de procès pour une infraction aux termes de cet article, et considère que cela s'explique en partie par le fait que l'Australie ne rejette habituellement pas les demandes d'extradition au motif de la nationalité. Elle admet que cela traduit peut-être aussi en partie le fait qu'il est dans la pratique difficile dans un système de droit coutumier de juger une personne pour une infraction commise hors du territoire sur lequel le tribunal est normalement compétent.

10.5 Double incrimination

L'article 10.4 de la Convention stipule 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 la présente convention.

L'Australie indique que la double incrimination est une condition pour l'extradition et que cette condition est remplie lorsque l'infraction pour laquelle elle est demandée relève de l'article 1 de la Convention et est passible d'un emprisonnement minimum de 12 mois dans le pays requérant.

11. ARTICLE 11. AUTORITES RESPONSABLES

L'article 11 de la Convention stipule que chaque partie notifie au Secrétaire général de l'OCDE une autorité ou des autorités qui joueront le rôle d'interlocuteur pour l'envoi et la réception des demandes de consultation, d'entraide judiciaire et d'extradition.

L'autorité responsable pour les missions évoquées à l'article 11 de la Convention est l'Attorney-General's Department (ministère de la Justice, Canberra).

B. APPLICATION DE LA RECOMMANDATION REVISEE

3. DEDUCTIBILITE FISCALE

Lorsque l'examen a été rédigé, les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers par des personnes ou des entreprises résidant en Australie pour générer des revenus imposables ou en procédant à une opération commerciale en vue de générer des revenus imposables étaient déductibles de l'impôt. De la même manière, les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers par des personnes ou des entreprises ne résidant pas en Australie pour générer des revenus imposables de source australienne ou en procédant à une opération commerciale en vue de générer des revenus imposables de source australienne étaient déductibles de l'impôt.

Un projet de loi en vue de rejeter la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers a été adopté par la Chambre des représentants et est actuellement examiné par le Sénat. Il est prévu, sous réserve de son adoption par le Parlement, que la Loi prendra effet au début de 2000.⁴⁹

Ce projet de loi rejette expressément la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers et ne subordonne pas le rejet de la déductibilité à une condamnation pénale.

Le projet de loi dispose qu'un paiement versé à un agent public étranger ne constitue pas un pot-de-vin lorsque personne n'aurait été coupable d'une infraction en vertu de la législation du pays de l'agent public étranger si l'avantage avait été fourni et si tous les actes connexes avaient eu lieu dans ce pays. Les autorités australiennes précisent que la déductibilité fiscale ne sera donc pas refusée si l'octroi de l'avantage était licite dans le pays de l'agent public étranger.

Le projet de loi comporte une exception pour les paiements de facilitation, qui sont des paiements engagés dans le but unique ou principal d'assurer ou accélérer l'exécution d'actes de routine de nature mineure des autorités publiques. Pour se prévaloir de cette exception, un contribuable devra, aux termes de l'alinéa 70.4(1)(c) des amendements au Code pénal, présenter à l'appui de sa demande de déduction le document attestant qu'il est requis de verser le paiement de facilitation. Le paragraphe 25-52(4) du projet de loi donne comme exemple de paiement de facilitation le cas où une personne, à son arrivée dans un pays étranger, est informée que son visa n'est pas valide et qu'il doit payer des honoraires à l'agent public étranger dans l'unique but d'accélérer la délivrance d'un nouveau visa.

⁴⁹ La loi s'appliquera aux années d'imposition 1999-2000 et aux années ultérieures.

EVALUATION DE L'AUSTRALIE

Remarques générales

Le Groupe de travail sur la corruption a remercié les autorités australiennes pour leur coopération et leur volonté manifeste de fournir des réponses très détaillées. Le Groupe de travail a noté que bien que l'Australie ait mis un certain temps pour signer la Convention, en raison de processus locaux, elle a pu la ratifier et adopter une loi d'application moins d'un an après avoir signé la Convention.

Le Groupe de travail a particulièrement apprécié le fait que l'Australie ait jugé utile d'adopter une loi spécifique et détaillée (*Criminal Code Amendment Bribery of Foreign Officials Act 1999 -- Loi sur l'infraction de corruption des agents publics étrangers de 1999 - Amendement au Code pénal*) - pour traiter cette question en profondeur.

Le Groupe de travail est d'avis que la loi adoptée par l'Australie est conforme aux prescriptions de la Convention.

Questions spécifiques

1. L'infraction de corruption d'agents publics étrangers

Le Groupe avait des questions à poser au sujet de deux moyens de défense prévus dans la loi adoptée par l'Australie.

1.1 Interprétation du paragraphe 8 des commentaires sur la Convention

L'article 70.3(1) comporte un tableau indiquant qu'une infraction n'est pas réputée commise si l'avantage n'est pas interdit en vertu de la législation du pays de l'agent public étranger. C'est une conséquence de l'interprétation par l'Australie du paragraphe 8 des commentaires sur la Convention.

Le paragraphe 8 des commentaires sur la Convention indique qu'une infraction n'est pas constituée lorsque « l'avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l'agent public étranger, y compris la jurisprudence ».

L'Australie est d'avis que l'interprétation donnée à ce paragraphe sera qu'un acte ne constitue pas une infraction dans la mesure où il n'est pas interdit dans le pays de l'agent public étranger. Cependant, une autre interprétation possible, compte tenu du caractère « autonome » de la définition du terme infraction et de la formulation du paragraphe 8, serait que ce paragraphe concerne essentiellement les cas où l'avantage a été expressément autorisé ou demandé par la loi du pays étranger en cause. Selon cette interprétation, l'avantage couvert par le paragraphe 8 des commentaires est un avantage « dû ». Dans ce contexte, le seul fait que la personne corrompue n'aurait pas été coupable d'une infraction aux termes de la loi du pays étranger ne saurait constituer un moyen de défense.

Le Groupe de travail est par conséquent d'avis que cette question nécessiterait une discussion plus poussée dans le cadre du premier état des lieux qui sera dressé à la fin de la phase 1.

1.2 Moyen de défense concernant les paiements de facilitation

Le Groupe de travail a soulevé deux points relatifs à ce moyen de défense. Le premier est le fait que l'Australie ait décidé de ne pas fixer un montant d'argent précis pour mieux s'attacher à définir l'aspect

« bénin » de tels paiements de facilitation. L'Australie a indiqué que cela aurait donné plus de certitude, mais qu'il a été très difficile d'arrêter un montant spécifique.

Le Groupe de travail a aussi noté que certains des actes entrant dans la catégorie des « actes de routine des autorités publiques » définis au paragraphe 70.4(2) de la loi australienne (par exemple l'établissement d'un permis de travail) supposent un certain pouvoir discrétionnaire. L'Australie a fait valoir que s'il est vrai qu'un certain pouvoir discrétionnaire s'exerce, il n'est pas absolu.

2. Sanctions

Le Groupe de travail a noté les observations des autorités australiennes selon lesquelles en raison de la durée de l'emprisonnement maximum prévu dans cette loi (10 ans), il est très peu probable qu'une personne physique reconnue coupable de l'infraction de corruption d'un agent public étranger ne se voie pas imposer une peine d'emprisonnement.

Pour ce qui est du montant des amendes infligées aux personnes morales, les autorités australiennes ont indiqué qu'il était comparable à celui imposé pour d'autres infractions pénales au niveau fédéral. Elles ont aussi noté que le fait d'être reconnu coupable de corruption empêcherait une entreprise d'exercer des activités dans certains secteurs (par exemple : casinos, télédiffusion).

Le Groupe de travail a indiqué que ces questions pourront être réexaminées lors de la phase 2 du processus d'évaluation.