

## ETATS-UNIS

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

#### A. MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION

##### Eléments formels

La Convention a été signée par les Etats-Unis le 17 décembre 1997 et ratifiée le 10 novembre 1998. Les Etats-Unis ont déposé leur instrument de ratification auprès de l'OCDE le 8 décembre 1998.

Le Congrès a donné suite à la signature de la Convention en modifiant le Foreign Corrupt Practices Act (« FCPA ») le 21 octobre 1998. La loi modifiée, qui est entrée en vigueur le 10 novembre 1998, étend le FCPA à toute personne qui se livre à tout acte alors qu'elle se trouve sur le territoire des Etats-Unis et à tout ressortissant et toute personne morale des Etats-Unis se livrant à un acte en dehors des Etats-Unis en vue de servir des fins interdites ; en outre, elle ajoute « obtenir tout avantage indu » dans la liste des paiements effectués indûment à des agents publics étrangers ; élargit la définition de l'« agent public étranger » à toute personne agissant pour le compte ou au nom d'une « organisation internationale publique » et ouvre la possibilité à l'Attorney General des Etats-Unis de demander une injonction à l'encontre de ressortissants ou résidents étrangers ou d'entités autres que des « émetteurs » ou des « entreprises nationales » qui ont commis ou sont sur le point de commettre une infraction au FCPA.

##### Prise en compte globale de la Convention

Depuis 1977, les Etats-Unis ont proscrit la corruption, par leurs ressortissants et les personnes morales organisées selon leur droit, d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales. Le FCPA, tel que modifié, conserve la même structure depuis son adoption en 1977. Il comporte deux volets : les dispositions anti-corruption et celles qui concernent les livres et documents ainsi que les contrôles internes. Tout en incriminant la corruption d'agents publics étrangers par des personnes physiques ou morales dans le but d'obtenir ou de conserver un marché et en prévoyant de lourdes sanctions civiles et pénales, y compris injonctions, amendes et peines d'emprisonnement, le FCPA oblige les sociétés cotées à établir des livres et documents détaillés reflétant exactement leurs paiements et leurs opérations et de prendre d'autres mesures de sorte que les investisseurs puissent obtenir une image financière exacte de leurs activités. Au FCPA vient s'ajouter une modification antérieure de la réglementation fiscale des Etats-Unis refusant la déductibilité fiscale des pots-de-vin.

Selon les autorités des Etats-Unis, l'adoption du FCPA en 1977 a incité les sociétés américaines engagées dans le commerce internationale à mettre au point des dispositifs complets de mise en conformité, par lesquelles les sociétés instituent des procédures destinées à empêcher le paiement de pots-de-vin, procèdent à des enquêtes internes lorsqu'une allégation de corruption est portée à la connaissance de la direction, et divulguent spontanément à l'autorité publique tout acte de corruption mis à jour à la suite de ces enquêtes.

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

La structure de la définition de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers est similaire dans le FCPA et dans la Convention. Les différents éléments s'articulent comme suit :

## 1.1 Eléments de l'infraction

### 1.1.1 toute personne

Avant les modifications de 1998, le FCPA interdisait les actes de corruption et les tentatives d'actes de corruption émanant d'« émetteurs » et d'« entreprises nationales »<sup>1</sup>. Les modifications de 1998 élargissent le champ d'application du FCPA à toutes les autres personnes, physiques ou morales, qui accomplissent tout acte aux Etats-Unis en vue de servir une opération de corruption<sup>2</sup>.

Les « émetteurs » sont essentiellement les sociétés cotées – toute personne morale (nationale ou étrangère) qui a enregistré une catégorie de titres auprès de la SEC ou est tenue de fournir certains rapports à la SEC, par exemple toute société dont les actions, obligations ou American depository receipts sont négociés sur une bourse américaine ou au NASDAQ, ainsi que leurs dirigeants, administrateurs, salariés, agents et actionnaires agissant pour le compte de l'émetteur.

On entend par « entreprises nationales autres que les émetteurs » tout citoyen, ressortissant ou résident des Etats-Unis ainsi que toute personne morale, société de capitaux ou de personnes, association, fiducie industrielle ou commerciale, organisation non dotée de la personnalité morale ou entreprise individuelle qui a son principal établissement aux Etats-Unis ou qui est organisée selon la loi des Etats-Unis, d'un territoire, d'une possession ou d'une dépendance des Etats-Unis.

On entend par « toute personne autre qu'un émetteur ou une entreprise nationale » toute personne physique qui n'est pas un citoyen, un ressortissant ou un résident des Etats-Unis et toute entité industrielle ou commerciale qui est organisée selon la loi d'un pays étranger et dont les titres ne sont pas négociés sur une bourse des Etats-Unis.

### 1.1.2 caractère intentionnel

En vertu du FCPA, la personne incriminée doit avoir agi en vue de servir un paiement illicite d'une « façon corruptrice ». L'intention de corrompre est exigée pour les quatre actions interdites par le FCPA : (i) influencer tout acte ou toute décision d'un agent public étranger ; (ii) inciter un tel agent à violer ses obligations légales ; (iii) assurer un avantage indu ; et (iv) inciter un tel agent à user de son influence auprès de l'autorité publique ou de l'instrument de cette autorité.

Agir « de façon corruptrice » suppose l'intention de corrompre. Pour ces quatre actions, l'auteur du paiement doit avoir l'intention de corrompre. Dans certains cas, par exemple un paiement visant à inciter un agent public à abuser de son statut officiel, l'intention de corrompre résulte clairement du but dans lequel le paiement est effectué. Mais, dans d'autres cas, la violation de ses obligations par un agent public n'est pas si manifeste. En effet, il peut s'avérer que l'agent public n'a pas été au-delà de ce qu'il aurait fait sans le paiement. Les Etats-Unis interprètent le FCPA en ce sens qu'il interdit tous les paiements effectués à des agents publics étrangers afin d'atteindre les buts proscrits par la loi ; il n'y a pas à prendre en compte le fait que l'agent public étranger aurait agi ou n'aurait pas agi en l'absence du paiement<sup>3</sup>. Dans ces cas, l'autorité publique doit prouver que l'auteur du paiement a agi dans l'intention précise d'accomplir un acte que la loi interdit.

---

1. 15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-2(a).

2. 15 U.S.C. §§ 78dd-3.

3. Il n'y a qu'une exception : lorsque la loi écrite du pays étranger autorise *expressément* l'agent public étranger à accepter le paiement. Voir 15 U.S.C. §78dd-1(c)1), 78dd-2a(c) 1), 78dd-3(c)1).

L'expression de « façon corruptrice », telle qu'elle ressort des travaux préparatoires du FCPA, est utilisée pour indiquer clairement que l'offre, le paiement, la promesse ou le don doivent avoir été effectués dans l'intention d'inciter le bénéficiaire à abuser de son statut officiel. « Un acte est 'commis' de façon corruptrice s'il est accompli volontairement et intentionnellement, et dans le but condamnable d'obtenir un résultat illicite ou d'obtenir un résultat licite par une méthode ou un moyen illicites»<sup>4</sup>. Il n'est pas nécessaire que l'acte soit pleinement réalisé ou produise le résultat souhaité.

En outre, en vertu des dispositions du FCPA concernant les sanctions applicables aux personnes physiques, il doit y avoir eu « violation intentionnelle » du FCPA<sup>5</sup>. Les autorités américaines expliquent à ce sujet qu'il n'en résulte pas un élément supplémentaire d'intention criminelle pour l'infraction, ni une charge plus lourde pour l'autorité chargée des poursuites. Dans une affaire récente, le défendeur faisait valoir qu'une « violation intentionnelle » imposait une charge plus lourde au gouvernement. Le juge n'a pas statué sur ce point, mais dans ses directives au jury, il a défini une « violation intentionnelle » dans les mêmes termes qu'agir « de façon corruptrice », de sorte qu'en fait la charge imposée au gouvernement n'est pas plus lourde.

### 1.1.3 offrir, promettre ou octroyer

Le FCPA interdit les actes accomplis « en vue de servir une offre, un paiement, une promesse de paiement ou une autorisation de paiement, une somme d'argent ou une offre, un don, une promesse de don ou une autorisation de don d'une chose de valeur ». Les termes « acte en vue de servir » visent à écarter le cas où le défendeur a simplement conçu l'idée de verser un pot-de-vin sans la concrétiser. Pour prouver l'« acte en vue de servir », il faut établir que le défendeur s'est résolu à verser un pot-de-vin et a accompli ensuite un acte à cette fin et qu'il n'a pas simplement conçu cette idée, puis l'a écartée.

Le FCPA établit une distinction entre les personnes physiques ou morales des Etats-Unis et les personnes physiques ou morales étrangères en ce qui concerne l'acte en vue de servir une offre, etc. Pour les actes de corruption commis aux Etats-Unis, les personnes physiques ou morales américaines doivent avoir utilisé le commerce ou des instruments inter-Etats. Dans le cas des personnes physiques ou morales étrangères, il peut s'agir de « tout acte ». Il peut également s'agir de "tout acte" pour les actes de corruption commis à l'étranger par des personnes physiques ou morales américaines. Cette distinction se fonde sur la compétence limitée accordée à l'Etat fédéral dans la Constitution des Etats-Unis, à savoir « réguler le commerce avec les nations étrangères et entre les Etats de l'Union »<sup>6</sup>. Comme le montrent les travaux préparatoires aux modifications de 1998, l'exigence d'un rattachement au commerce inter-Etats est remplie pour les personnes et entreprises qui ne sont pas ressortissantes des Etats-Unis et qui, de par leur nature même, agissent dans le cadre du commerce international lorsqu'ils entrent aux Etats-Unis pour accomplir un acte en vue de servir une opération de corruption à l'étranger. De même, selon le Département de la Justice des Etats-Unis, lorsqu'un ressortissant ou une entreprise des Etats-Unis agit à l'étranger, il agit nécessairement dans le cadre du commerce international<sup>7</sup>.

Les Etats-Unis précisent que, dans la pratique, le fait de devoir prouver un rattachement avec le commerce inter-Etats ne pose pas de problème, en partie grâce à la définition extensive du commerce inter-Etats telle qu'elle est codifiée dans le FCPA et d'autres lois. Par exemple, la notion d'instrument de commerce

---

4. Voir *United States v. Liebo*, 923 F.2d 1308, 1312 (8<sup>th</sup> Cir. 1991).

5. Voir 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2)(A), 78dd-3(e)(2)(A).

6. Constitution des Etats-Unis, Art. I, section 8, 3<sup>ème</sup> alinéa ; voir également le X<sup>ème</sup> amendement de la Constitution des Etats-Unis (« Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux Etats-Unis par la Constitution ni refusés par elle aux Etats sont réservés aux Etats ou au peuple »).

7. Voir S. Rep. 277, 105<sup>th</sup> Cong., 2<sup>nd</sup> Sess. (1998) ; H. Rep. 802, 105<sup>th</sup> Cong., 2<sup>nd</sup> Sess (1998).

inter-Etats couvre un aéroport et l'usage, dans l'Etat, du téléphone, de la télécopie et du courrier électronique. Les autorités américaines relèvent en outre qu'il est en pratique quasiment impossible de mettre en œuvre un plan de corruption d'un agent public étranger sans accomplir un acte quelconque impliquant l'utilisation de la poste ou d'un moyen ou instrument de commerce inter-Etats. Même lorsque tous les éléments de l'infraction prennent uniquement la forme d'une rencontre entre individus physiquement présents, sans utilisation de courriers ou d'un moyen quelconque de commerce inter-Etats, le voyage de retour de l'agent public étranger dans son pays présenterait un lien de causalité au moins partiel avec l'offre de corruption émanant d'une personne physique ou morale américaine, de sorte que la condition de rattachement serait remplie.

#### 1.1.4 un avantage indu, pécuniaire ou autre

Le FCPA interdit deux catégories d'avantages indus : (i) l'offre, le paiement, la promesse de paiement ou l'autorisation de paiement de *toute somme d'argent* ; (ii) l'offre, le don, la promesse de don ou l'autorisation de don d'une *chose de valeur*. Les Etats-Unis considèrent que les termes « chose de valeur » ont une aussi large portée que les termes « autre avantage ». L'expression « chose de valeur » signifie toute chose de valeur pour le bénéficiaire et couvre tout ce qui est donné à un agent public pour obtenir un avantage indu<sup>8</sup>.

Le FCPA prévoit deux moyens de défense dits « affirmatifs ». Le premier invoqué pour un paiement qui « était licite en vertu des lois et règlements écrits du pays ... de l'agent public étranger » paraît conforme à la Convention (voir le commentaire 8 de l'article 1 de la Convention).

La seconde défense alternative, qui n'a pas d'équivalent dans la Convention, concerne un paiement qui était une « dépense raisonnable et de bonne foi, tels des frais de voyage et d'hébergement », encouru par l'agent public étranger ou pour son compte et étant « directement liée » à « la promotion, la démonstration ou la présentation de produits ou services » ou à « la conclusion ou l'exécution d'un contrat avec une autorité publique étrangère ou l'un de ces organismes »<sup>9</sup>. Les autorités américaines indiquent qu'il n'y a clairement pas corruption en cas de dépense raisonnable et de bonne foi au sens du FCPA. Selon elles, cependant, l'existence de ce moyen de défense se justifie parce que le FCPA, en conférant un caractère affirmatif audit moyen de défense, établit clairement que le tribunal ne peut pas imposer à l'autorité chargée des poursuites de prouver qu'un paiement n'était pas de bonne foi au cours de la phase initiale du jugement où elle soumet ses éléments de preuve. Il n'existe pas de jurisprudence illustrant l'application de ces dispositions. Toutefois, le Département de la Justice a publié, dans le cadre d'une procédure à caractère réglementaire, un certain nombre d'avis sur l'application de ces dispositions spécifiques en réponse à des questions posées par des émetteurs et des entreprises nationales sur la conformité de certains actes<sup>10</sup>.

---

8. Par exemple, lors de la première affaire ayant donné lieu à poursuites en vertu de la FCPA, *Kenny Int'l Corp.* (D.D.C. 1979), le pot-de-vin avait été versé pour affréter un vol charter afin de transporter des électeurs aux Iles Cook pour réélire le Premier Ministre.

9. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(c), 78dd-2(c) et 78dd-3(c). Toutefois, si le ministère public prouve qu'il y a eu intention de corrompre, le paiement ne peut être considéré comme ayant été effectué de bonne foi : « Si un paiement ou un don est effectué de façon corruptrice, en contrepartie d'un acte ou d'une abstention de l'agent public, il ne peut être de bonne foi et ce moyen de défense ne peut être valablement invoqué ». Voir H. Conf. Rep. 576, 100<sup>th</sup> Cong. 2<sup>nd</sup> Sess. 922 (1988).

10. A titre d'exemple, dans l'avis 81-02 (11 décembre 1981), le Département de la Justice indiquait qu'il n'avait pas lieu d'agir lorsque le demandeur souhaitait fournir des échantillons de ses produits à des agents du Ministère du Commerce extérieur de l'Union soviétique. Selon le Département de la Justice, le FCPA ne vise pas les cas où (i) les échantillons sont destinés à un examen, des essais et un échantillonnage de la part des agents publics, (ii) les échantillons ne sont pas destinés à leur usage personnel et (iii) le gouvernement soviétique a été informé que l'entreprise a l'intention de fournir les échantillons. Dans

A ce jour, aucun paiement ayant fait l'objet d'une enquête de la part des autorités américaines n'a été considéré comme relevant de cette exception. Les autorités américaines font observer qu'une entreprise peut tenter de dissimuler un pot-de-vin sous la forme d'un de ces paiements admissibles, mais que la qualification donnée par l'entreprise n'a aucune valeur.

(En droit américain, un moyen de défense « affirmatif » opère comme un fait justificatif dès lors que le ministère public a établi l'existence de l'infraction. En général, c'est au défendeur qu'incombe la preuve de ce moyen de défense<sup>11</sup>. Dans certains Etats, la charge de la preuve incombe au ministère public, mais seulement après que le défendeur a produit des éléments de preuve étayant un moyen de défense<sup>12</sup>.)

### 1.1.5 directement ou par des intermédiaires

Le FCPA interdit les paiements ou dons, ou offres de paiements ou dons, directement ou par des intermédiaires. Sont illicites en vertu du FCPA les paiements effectués « à toute personne, en ayant connaissance que tout ou partie de l'argent ou de la chose de valeur sera offert, donné, ou promis, directement ou indirectement » à un agent public étranger<sup>13</sup>. Le FCPA définit comme suit la connaissance de l'acte<sup>14</sup> :

(A) Une personne a « connaissance » d'un acte, d'une circonstance ou d'un résultat si : (i) elle sait qu'elle se livre à cet acte, que cette circonstance existe ou que ce résultat se produira très certainement ; ou (ii) si elle a la conviction que cette circonstance ou que ce résultat se produira très certainement.

(B) Lorsque la connaissance de l'existence d'une circonstance particulière est exigée pour qu'il y ait infraction, cette connaissance est établie si la personne sait que l'existence de cette circonstance est très probable, à moins qu'elle croie effectivement que cette circonstance n'existe pas.

Il ressort des travaux préparatoires que le Congrès a décidé que la personne devait se trouver dans un état d'esprit n'allant pas jusqu'à la connaissance effective, mais allant au-delà de la simple négligence. Il doit y avoir eu absence délibérée de diligence ou méconnaissance délibérée. Une entreprise peut être considérée comme ayant su qu'une conséquence « se produirait très certainement » lorsqu'elle a sciemment choisi de ne pas procéder à un examen plus approfondi. « En pareil cas, la connaissance d'un fait peut être induite lorsque le défendeur sait que l'existence du fait est très probable et ne s'est pas honnêtement efforcé d'établir le contraire. Le défendeur ne peut pas invoquer à cet égard son « refus délibéré de savoir », sa

---

l'avis 83-02 (26 juillet 1983), le Département de la Justice a fait savoir qu'il n'avait pas lieu d'agir lorsqu'une société américaine propose d'inviter le Directeur général d'un organisme public étranger à prolonger ses vacances aux Etats-Unis pour effectuer une tournée promotionnelle ayant pour objet de visiter les installations de l'entreprise, celle-ci devant payer les dépenses effectives et raisonnables nécessaires exposées par le Directeur général et son épouse durant le temps passé à visiter les installations. Le Département de la Justice a conclu que le FCPA ne visait pas le cas où les dépenses seraient payées directement au prestataire de services et non au Directeur général et seraient comptabilisées avec exactitude dans les livres de la société.

11. Voir *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197, 210 (1977) (en vertu des droits de la défense, c'est au ministère public qu'il incombe de prouver que les éléments de l'infraction sont réunis ; le législateur peut imposer au défendeur la preuve du moyen de défense « affirmatif »). Voir également 4 W. Blackstone, *Commentaries* 201 (la charge de la preuve concernant « l'effet justificatif des excuses absolutoires ou atténuantes » incombe au défendeur) ; M. Foster, *Crown Law* 255 (1762).
12. Voir Model Penal Code (Am. Law Inst.) § 1.12 (1997).
13. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a)(3), 78dd-2(a)(3), 78dd-3(a)(3).
14. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(3), 78dd-2(h)(3), 78dd-3(f)(3).

« méconnaissance délibérée » ou son « refus conscient » de prendre en compte la circonstance ou le résultat en cause. En l'occurrence, « toute personne raisonnable aurait reconnu » l'existence des circonstances ou du résultat et le défendeur a « sciemment choisi de ne pas se demander s'il avait de justes motifs de croire ce qu'il découvrirait<sup>15</sup> ».

### **1.1.6 à un agent public étranger**

#### ***Agent public étranger et pays étranger***

Telle que modifiée, la définition donnée par le FCPA de « l'agent public étranger » couvre « tout agent ou salarié d'une autorité publique étrangère ou d'un de ses organismes, ou d'une organisation internationale publique, ou toute personne agissant officiellement au nom ou pour le compte d'une telle autorité publique ou d'un tel organisme, ou au nom ou pour le compte d'une telle organisation internationale »<sup>16</sup>. Les autorités américaines soulignent que "l'agent public étranger", est défini de manière autonome de sorte à ne pas être fonction de la classification opérée par l'Etat étranger. En outre, la jurisprudence a confirmé que certaines personnes dont le statut n'allait pas de soi relevaient de la catégorie des agents publics. La définition couvrirait, par exemple, les juges, même s'ils ne sont pas expressément mentionnés et même si, dans un pays donné, l'indépendance du pouvoir judiciaire peut amener à s'interroger sur la qualité d'agent public étranger dans le cas d'un juge.

Le FCPA interdit aussi expressément les paiements à « tout candidat à des fonctions publiques étrangères » et à « tout parti politique étranger ou responsable d'un tel parti » pour influencer une décision du parti ou de la personne ou pour inciter ce parti ou cette personne à agir ou à user de son influence en liaison avec l'obtention ou la conservation d'un marché. Dans ce sens, le FCPA a une couverture plus large que la Convention.

Bien que le FCPA ne définit pas la notion de « pays étranger », d'autres dispositions du droit américain comportent des précisions à ce sujet, par exemple le Foreign Agent Registration Act, qui a été incorporé dans d'autres lois.

#### ***Entreprises publiques***

En ce qui concerne les entreprises publiques, le FCPA ne fait pas expressément référence aux « entreprises publiques » et ne comporte aucune définition de ces entreprises. En revanche, le FCPA s'applique aux paiements effectués à des agents publics étrangers qui sont salariés « d'organismes » d'autorités publiques étrangères, ce qui couvre les dirigeants, administrateurs et salariés des entreprises publiques. Selon le Département de la Justice, qui a en charge l'application des dispositions pénales du FCPA, les entreprises industrielles et commerciales à capitaux publics peuvent, *dans des circonstances appropriées*, être considérées comme des organismes d'une autorité publique étrangère, leurs dirigeants et salariés étant alors considérés comme des agents publics étrangers. Parmi les facteurs qui sont pris en compte par le Département de la Justice figurent la façon dont l'Etat étranger caractérise lui-même l'entreprise et ses salariés – c'est-à-dire s'il interdit et poursuit les actes de corruption des salariés de l'entreprise en tant que corruption publique – l'objet de l'entreprise et le degré de contrôle exercé sur l'entreprise par l'autorité publique étrangère. Il n'y a pas de jurisprudence sur ce point, mais dans plusieurs avis rendus au titre du

---

15. H. Conf. Rep. n° 576, 100<sup>th</sup> Cong., 1<sup>st</sup> Sess. 921 (1988).

16. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(3), 78dd-2(h)(3), 78dd-3(f)(3).

FCPA, le Département de la Justice a considéré comme des organismes de l'autorité publique étrangère des entités qui étaient la propriété d'un Etat étranger ou étaient contrôlées par cet Etat<sup>17</sup>.

### ***Organisation internationale publique***

Le terme « agent public » vise également tout agent ou salarié d'une « organisation internationale publique » ou toute personne agissant dans l'exercice d'une capacité officielle pour le compte ou au nom d'une telle « organisation internationale publique ». Le FCPA définit comme suit une « organisation internationale publique<sup>18</sup> » :

*(i) une organisation désignée comme telle par décret de l'exécutif en vertu de l'article 1 de la loi sur les immunités des organisations internationales ; ou*

*(ii) toute autre organisation internationale désignée par le Président par décret de l'exécutif aux fins du présent article.*

Sur ce point, la définition de l'« agent public » diffère de celle de la Convention en ce que le FCPA vise les organisations internationales publiques désignées par décret de l'exécutif et ne vise pas d'une façon générale les organisations internationales publiques. Les autorités américaines précisent que la loi sur les immunités des organisations internationales<sup>19</sup> couvre pratiquement toutes les organisations internationales censées être visées par le FCPA, sauf quelques-unes. L'Union européenne, par exemple, ne figure pas dans la liste au titre de la loi sur les immunités des organisations internationales. Pour remédier à ces lacunes, on a prévu, lors de la modification du FCPA, un mécanisme permettant d'ajouter une organisation dans le cadre de la loi sur les immunités des organisations internationales, sous la forme d'une mesure présidentielle, ou d'une désignation spécifique par le Président aux fins du FCPA. L'intention est de procéder ainsi pour l'Union européenne, et toute autre organisation internationale publique pourra être désignée dans le cadre de ce dispositif.

### ***Capacité officielle ou fonction publique***

Le FCPA n'utilise pas le terme « fonction publique » ; il utilise, sans le définir, le terme « capacité officielle ». Les commentaires de la Convention fournissent des indications aux personnes physiques et morales qui cherchent à déterminer si une personne peut exercer une fonction publique au sens des dispositions anti-corruption, alors que les lois américaines ne donnent guère d'indications sur les cas où une personne peut agir dans l'exercice d'une capacité officielle. Toutefois, les autorités américaines expliquent que l'expression « capacité officielle » a pour but de distinguer entre les actes qu'un agent public accomplit ou peut accomplir parce qu'il a le statut d'agent public et les actes qu'il peut accomplir en tant que personne privée.

#### **1.1.7 à son profit ou au profit d'un tiers**

Le FCPA s'attache rigoureusement aux offres, paiements, etc. à des agents publics étrangers. Les autorités américaines confirment que l'avantage ne doit pas être accordé directement à l'agent public étranger. Par exemple, si l'agent public convient d'attribuer un marché à une entreprise en contrepartie d'un avantage

---

17. Voir l'avis 80-04 (29 octobre 1980) (Arabie Saoudite, compagnie aérienne appartenant à l'Etat) ; l'avis 83-2 (26 juillet 1983) (dépenses d'un Directeur général d'une entité étrangère qui était la propriété de l'Etat étranger et était contrôlée par ce dernier) ; l'avis 93-01 (20 avril 1993) (entité quasi commerciale qui était la propriété d'un Etat étranger et était supervisée par celui-ci) ; l'avis 96-02 (26 novembre 1996) (entreprise à capitaux publics).

18. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(1)(B), 78dd-2(h)(2)(B), 78dd-3(f)(2)(B).

19. 22 U.S.C. 288

accordé par cette entreprise à un tiers, on considère que l'agent public étranger a bénéficié d'un avantage. L'aptitude à désigner un tiers comme bénéficiaire de l'avantage, si intangible que soit cet avantage, constitue également un avantage pour l'agent public étranger et est suffisante aux fins du FCPA.

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

Le FCPA interdit les paiements qui ont pour but « d'influencer tout acte ou décision d'un agent public étranger dans l'exercice de capacités officielles, ou d'inciter cet agent public étranger à accomplir ou ne pas accomplir tout acte en violation de ses obligations légales, ou d'inciter cet agent public étranger à abuser de son influence auprès d'une autorité publique étrangère ou d'un de ses organismes pour modifier ou influencer tout acte ou décision de cette autorité ou de cet organisme »<sup>20</sup>. Les modifications de 1998 ont ajouté les termes « ou pour obtenir un avantage indu ».

Le FCPA vise les paiements qui ont pour but d'inciter un agent public étranger à user de son influence, que l'attribution d'un certain marché relève ou non de ses prérogatives.

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

La Convention interdit la corruption d'agents publics étrangers non seulement pour « obtenir ou conserver un marché », mais aussi pour obtenir « un autre avantage indu ». Dans les commentaires, l'« avantage indu » est défini comme « un avantage qu'une entreprise n'aurait pas clairement dû recevoir, par exemple l'autorisation d'exercer une activité pour une usine ne remplissant pas les conditions réglementaires ».

La loi de 1998 modifiant le FCPA a ajouté aux trois éléments existants l'« avantage indu ». Cette formulation est différente de celle de la Convention, parce que dans cette dernière cet élément fait partie de l'élément final de l'infraction (« obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu ... »). Les autorités américaines font observer que la raison d'être de cette formulation est d'éviter que les modifications de 1998 retranchent quoi que ce soit à l'interprétation large qui a été donnée dans le passé de l'infraction. Si cet élément avait été placé à la fin, une interprétation a contrario aurait été possible rétrospectivement. Dans les affaires antérieures aux modifications, le défendeur aurait pu faire valoir qu'en modifiant la loi pour ajouter « tout avantage indu » à l'élément global « obtenir ou conserver un marché », la loi était nécessairement, avant la modification, équivoque ou inapplicable à l'égard des paiements destinés à obtenir un avantage indu.

Les gratifications octroyées à un agent public étranger sont autorisées par la FCPA dans la mesure où elles servent à accélérer l'instruction de permis ou d'autorisations non discrétionnaires ou l'examen d'autres documents de routine<sup>21</sup>. Le FCPA contient une liste non exhaustive d'« actes de routine des autorités publiques »<sup>22</sup>.

Il n'existe pas de jurisprudence au sujet de l'application des dispositions concernant les actes de routine de l'autorité publique. Toutefois, dans une affaire récente<sup>23</sup>, une société a été poursuivie au motif que des

---

20. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a).

21. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(b), 78dd-2(b), 78dd-3(b).

22. Le FCPA précise que l'expression « actes de routine des autorités publiques » ne couvre pas « toute décision... d'attribution d'un nouveau marché ou de poursuite des relations d'affaires avec une partie, ni toute mesure prise par un agent public étranger participant au processus de prise de décision en vue de favoriser une décision d'attribution d'un nouveau marché ou de poursuite de relations d'affaires avec une partie. » Voir 15 U.S.C. §§ 78dd-1(f)(3)(B), 78dd-2(h)(4)(B), 78dd-3(f)(4)(B).

23. U.S. v. Saybolt, Inc. (D. Mass. 1998)



paiements effectués à des agents publics panaméens pour obtenir une autorisation de location avaient pour but d'obtenir ou de conserver un marché. Dans cette affaire, les Etats-Unis n'ont pas considéré que l'attribution de l'autorisation était un acte de routine d'une autorité publique ; leur position était que le paiement pour l'autorisation (50 000 \$) allait bien au-delà de tout type de paiement admissible au titre d'un acte de routine d'une autorité publique. De plus, en 1988, le rapport de la Commission mixte parlementaire sur les propositions de modification du FCPA de 1977 indiquait que les actes « à caractère ordinaire et courant » se rapportant à des permis ou autorisations ne couvraient pas les autorisations publiques comportant l'exercice d'une marge d'appréciation par un agent public lorsque ces actes équivalent, du point de vue fonctionnel, à « l'obtention ou la conservation d'un marché pour ou avec une personne ou à l'attribution d'un marché à une personne »<sup>24</sup>.

Les autorités américaines font observer que contrairement au commentaire n°9 de la Convention, l'exception valable pour les « actes de routine d'une autorité publique » ne se limite pas aux "petits paiements dits de facilitation". En raison du problème d'agrégation ( la pratique de scinder une dépense d'un montant élevé en plusieurs dépenses d'un plus faible montant) les autorités chargées des poursuites aux Etats-Unis préfèrent ne pas avoir de plancher pour déterminer s'il y a ou non violation du FCPA. En outre, les autorités américaines confirment qu'un acte de routine d'une autorité publique peut être entaché de corruption si le paiement est d'un montant trop élevé, comme dans l'exemple ci-dessus concernant une affaire panaméenne.

Enfin, les autorités américaines font observer que la disposition concernant les « actes de routine de l'autorité publique » s'applique uniquement lorsque l'acte en question est juridiquement fondé. A titre d'exemple, l'exception ne saurait être valable en cas de paiement se rapportant à une autorisation d'exploiter une usine ne répondant pas aux prescriptions légales.

### **1.1.10 dans le commerce international**

Le FCPA ne couvre que les paiements destinés à obtenir ou conserver un marché. Ces paiements, lorsqu'ils sont effectués à un agent public étranger par des ressortissants ou entreprises des Etats-Unis, ont nécessairement un caractère « international ».

## **1.2 Complicité**

En vertu de l'article 1 paragraphe 2 de la Convention, les parties doivent prendre les mesures nécessaires que pour constituer 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.

En ce qui concerne l'« autorisation », le FCPA interdit expressément « l'autorisation de payer toute somme d'argent ou ... l'autorisation de donner toute chose de valeur »<sup>25</sup>. L'infraction est consommée en droit américain dès lors que l'acte de corruption est autorisé, que le paiement ou le don soit ou non effectivement offert ou effectué et qu'il ait ou non le résultat recherché, à partir du moment où la condition de compétence est remplie.

Le FCPA ne comporte pas de dispositions expresses concernant la complicité, mais le *Code pénal* fédéral comporte une disposition générale relative à la complicité, à l'instigation et au complot qui s'applique aux infractions établies dans d'autres lois pénales, dont le FCPA<sup>26</sup>.

---

24. H. Conf. Rep. 576, 100<sup>th</sup> Cong. 2<sup>nd</sup> Sess. 921 (1988).

25. 15. U.S.C. §§ 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a).

26. Voir 18 U.S.C. §2 (complicité par assistance et instigation).

Lorsqu'une personne encourage ou incite un tiers à commettre un acte, mais ne commet pas elle-même un acte relevant du FCPA, par exemple lorsqu'elle n'a pas le pouvoir d'autoriser l'acte, cette personne ne peut être poursuivie que si le tiers enfreint effectivement le FCPA. En droit américain, la personne qui « fait délibérément accomplir un acte qui, s'il était directement accompli par elle ou par autrui, constituerait une infraction aux lois des Etats-Unis, est punissable à titre d'auteur » de l'infraction<sup>27</sup>. Il n'est pas nécessaire que le paiement illicite soit effectué ou soit couronné de succès ; il suffit que le tiers commette une infraction au FCPA en offrant, promettant ou autorisant l'acte interdit.

### 1.3 Tentative et complot

En vertu de la Convention, les parties doivent incriminer la tentative et le complot. La tentative et le complot en vue de corrompre un agent public étranger doivent constituer une infraction pénale dans la même mesure qu'une tentative ou un complot en vue de corrompre un agent public de cette partie.

Le droit américain interdit et punit le complot en vue d'une infraction au FCPA<sup>28</sup>. Les Etats-Unis ont à plusieurs reprises intenté des poursuites pour complot en vue d'une infraction au FCPA<sup>29</sup>. En ce qui concerne la tentative, ni le FCPA, ni d'autres lois américaines n'incriminent de façon spécifique la tentative. Toutefois, le FCPA n'exige aucunement que le paiement soit effectué ni que le résultat recherché ait été obtenu<sup>30</sup>. Le FCPA interdit *l'offre* ou *la promesse* ainsi que le paiement (autrement dit, toute offre faite en vue de corrompre est suffisante). La démarche est identique à celle des lois des Etats-Unis concernant la corruption d'un agent public national<sup>31</sup>.

## 2. ARTICLE 2. RESPONSABILITE DES PERSONNES MORALES

En vertu de l'article 2 de la Convention, chaque partie doit prendre les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger.

### 2.1.1 Entités ayant la personnalité morale

En vertu des principes généraux du droit en vigueur aux Etats-Unis, les personnes morales sont tenues pour pénalement responsables d'actes de corruption d'un agent public étranger, comme pour toute autre infraction. Le Code des Etats-Unis prévoit que « les termes 'personne' et 'quiconque' visent les sociétés de capitaux et de personnes, associations, entreprises individuelles et sociétés en participation ainsi que les personnes physiques »<sup>32</sup>. Avant les modifications de 1998, le FCPA ne s'appliquait qu'aux « émetteurs » et aux « entreprises nationales ». Les modifications de 1998 élargissent le FCPA à toute personne morale organisée selon la loi d'un pays étranger, qui accomplit un acte en vue de servir une pratique corruptrice illicite sur le territoire des Etats-Unis. Dans le cadre de ces dispositions, les entreprises appartenant à l'Etat ou contrôlées par l'Etat encourrent une responsabilité pénale : si une entreprise à capitaux publics est

---

27. Ibid.

28. 18 U.S.C § 371.

29. Voir, pour une affaire récente, *United States v. Mead*, Cr. 98-250-01 (D.N.J. 1998) ; *United States v. Crites*, Cr. 3-98-073 (S.D. Ohio 1998).

30. Voir rapport du Sénat n° 114, 95<sup>th</sup> Cong. 1<sup>st</sup> Sess. 10, réimprimé dans 1977 U.S. CODE CONG & AD. NEWS 4098, 4108 (Le FCPA « n'exige pas que l'acte soit pleinement consommé ou produise le résultat souhaité. »).

31. Voir 18 U.S.C. § 201.

32. 1 U.S.C. § 1.

organisée sous la forme d'une entité dotée de la personnalité morale selon la loi de l'Etat où elle est constituée et entre donc dans la définition de l'« entreprise nationale », de l'« émetteur » ou de la « personne » au sens du FCPA, le Département de la Justice pourrait tenter des poursuites pénales contre cette entreprise.

### 2.1.2 Nature de la responsabilité

A quelques exceptions près, la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas fondée sur la notion de responsabilité objective en droit américain. Une personne morale est tenue pour responsable des actes illicites de ses dirigeants, salariés et agents selon la doctrine « *respondeat superior* » lorsque le salarié agit (i) dans le cadre de ses obligations et (ii) au bénéfice de la personne morale. Dans les deux cas, ces éléments sont interprétés largement. C'est ainsi qu'une personne morale est généralement tenue pour responsable des actes de ses salariés, à l'exception des actes qui ne se rattachent manifestement pas aux fonctions du salarié ou qui sont contraires aux intérêts de la personne morale (par exemple lorsque la personne morale est *victime* et non bénéficiaire du comportement illicite du salarié). Du point de vue de la responsabilité de la personne morale, peu importe que la direction de la société ait excusé ou condamné le comportement du salarié.

La responsabilité pénale de la personne morale est engagée du fait d'un acte de *tout* salarié, et pas seulement du fait d'un acte d'un de ses dirigeants. La sanction est fonction de la participation, de l'approbation, de l'information ou de l'autorisation de salariés d'un rang hiérarchique supérieur ou de dirigeants de la société.

En outre, en vertu des directives applicables en matière de sanctions, il peut y avoir atténuation de la sanction si un dispositif « efficace » d'application était en place<sup>33</sup>. Le principe est qu'une personne morale est tenue pour responsable des actes de ses salariés bien que certains de ces actes puissent échapper à son contrôle. Par conséquent, si une entreprise a mis en place un dispositif d'application efficace et appuyé par la direction et si, malgré tout, un salarié ne respecte pas la loi, le tribunal peut prendre en compte les efforts déployés par l'entreprise en atténuant la sanction.

## 3. ARTICLE 3. SANCTIONS

En vertu de la Convention, les parties doivent instaurer des « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables à celles applicables à la corruption des agents publics de la partie en question. Lorsque le droit interne d'une partie ne reconnaît pas la responsabilité pénale des personnes morales, la partie doit faire en sorte que les personnes morales « soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires. » La Convention exige en outre que, dans le cas des personnes physiques, les sanctions pénales incluent des « peines privatives de liberté » suffisantes pour permettre l'entraide judiciaire et l'extradition. En tout état de cause, la Convention, impose aux parties de prendre les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et le produit 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, chaque partie doit envisager l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

Le FCPA comporte de lourdes sanctions civiles et pénales et des sanctions administratives complémentaires. La peine maximale d'emprisonnement en vertu du FCPA est inférieure à celle qui est prévue (mais qui n'est pas impérative) dans la loi concernant la corruption d'agents publics nationaux (voir le tableau), mais les sanctions pécuniaires sont relativement équivalentes. Le FCPA ne prévoit pas

---

33. Cette directive s'applique à toutes les infractions fédérales, notamment la corruption sur le territoire national et à l'étranger.

directement la saisie et la confiscation de l'instrument ou du produit de la corruption d'un agent public étranger, ou d'avoirs d'une valeur équivalente à celle de ce produit. Il comporte uniquement des sanctions pécuniaires, qui peuvent, dans certains cas, avoir un effet comparable.

### 3.1 Sanctions pénales en cas de corruption d'un agent public national

L'infraction pénale de corruption d'un agent public des Etats-Unis est passible d'une amende « ne dépassant pas trois fois l'équivalent monétaire de la chose de valeur [offerte ou donnée à l'agent public] » ou d'un emprisonnement ne dépassant pas *quinze* ans, ou de ces deux peines<sup>34</sup>.

### 3.2 Sanctions pénales en cas de corruption d'un agent public étranger

En vertu du FCPA, les personnes physiques sont passibles d'une amende d'un montant maximal de 100 000 dollars et d'un emprisonnement de cinq ans au maximum, ou de ces deux peines. Quant aux personnes morales, elles sont passibles d'une amende maximale de 2 millions de dollars<sup>35</sup>.

En outre, comme pour la corruption d'un agent public national, si le délit pénal occasionne un gain ou une perte pécuniaires, les dispositions du Code des Etats-Unis relatives aux sanctions pécuniaires autorisent des amendes maximales alternatives égales au montant le plus élevé du double du gain brut ou du double de la perte brute. Les personnes physiques peuvent être condamnées à une amende calculée de cette manière, ou bien à une amende maximale de 250 000 dollars, et/ou peuvent être condamnées à une peine maximale d'emprisonnement de cinq ans. Les personnes morales peuvent être condamnées à une amende calculée comme précédemment ou à une amende maximale de 500 000 dollars<sup>36</sup>. Selon le Département de la Justice, les prévenus dans des affaires relevant du FCPA ont souvent été condamnés à des amendes supérieures aux montants prévus dans le FCPA.

2

	PEINES PREVUES PAR LE CODE DES ETATS-UNIS EN CAS DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS NATIONAUX		PEINES PREVUES DANS LE FCPA EN CAS DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS		PEINES ALTERNATIVES PREVUES DANS LE CODE DES ETATS-UNIS EN CAS DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS NATIONAUX OU ETRANGERS	
	Amende	Emprisonnement	Amende	Emprisonnement	Amende	Emprisonnement
<b>Personne morale</b>	Jusqu'à trois fois l'équivalent monétaire de la chose de valeur offerte ou donnée à l'agent public	--	Jusqu'à 2 000 000 \$EU	--	Jusqu'à deux fois le gain brut ou la perte brute ou jusqu'à 500 000 \$EU	--
<b>Personne physique</b>	Néant	Jusqu'à 15 ans	Jusqu'à 100 000 \$EU	Jusqu'à 5 ans	Jusqu'à deux fois le gain brut ou la perte brute ou jusqu'à 250 000 \$EU	Jusqu'à 5 ans

34. 18 U.S.C. § 201.

35. 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g), 78dd-3(e), 78ff-(c).

36. 18 U.S.C. § 3571.

En ce qui concerne la différence entre la peine d'emprisonnement pour corruption interne (15 ans maximum) et pour corruption à l'étranger (5 ans maximum), les autorités américaines précisent que, conformément aux directives en matière de sanctions, qui s'appliquent à toutes les juridictions fédérales, il faut que le pot-de-vin ou le produit de la corruption ait dépassé 20 millions de dollars pour que la peine d'emprisonnement en cas de corruption interne puisse être supérieure à 5 ans. Pour atteindre la peine maximale (15 ans), il faut que le pot-de-vin ou le produit de la corruption soit supérieur à 80 millions de dollars. Les autorités américaines admettent qu'il est imaginable que des mondants de ce niveau soient en cause à l'avenir en liaison avec une infraction au titre du FCPA, mais cela n'a pas été le cas jusqu'à présent. Elles indiquent également que si, lors de l'évaluation de la loi, il s'avère que la peine maximale est relativement faible, ceci pourrait constituer le fondement sur la base duquel le Congrès pourrait être invité à réexaminer cet élément.

### **3.3 Sanctions et entraide judiciaire**

En vertu du FCPA, les personnes physiques sont passibles d'une peine maximale d'emprisonnement de cinq ans. Les délits relevant du FCPA sont donc des délits graves dans le système juridique des Etats-Unis et les autorités américaines demanderont l'assistance des autres pays pour poursuivre ces délits. Les Etats-Unis honoreront les demandes d'entraide judiciaire fondées sur la Convention. En général, les Etats-Unis ne subordonnent pas l'octroi de l'entraide judiciaire aux autres Etats à la nature ou à la quotité de la peine que les Etats-Unis prévoient en cas de délit analogue commis sur leur territoire national.

### **3.4 Sanctions et extradition**

La peine maximale prévue dans le FCPA à l'égard des personnes physiques est de cinq ans d'emprisonnement. Les délits relevant du FCPA sont donc des délits graves dans le système juridique des Etats-Unis, pour lesquels les Etats-Unis demanderont l'extradition. En général, les conventions d'extradition conclues par les Etats-Unis prévoient l'extradition pour toute infraction punissable, en vertu de la loi de l'Etat requérant et de l'Etat requis, d'une peine maximale d'emprisonnement supérieure à un an. La peine maximale encourue en cas de violation du FCPA est nettement supérieure à un an. En conséquence, même avant que les Etats-Unis soient devenus partie à la Convention de l'OCDE, si l'Etat étranger demandant l'extradition dans le cadre d'une telle convention prévoyait en cas de corruption commise à l'étranger dans les transactions commerciales une peine maximale d'emprisonnement supérieure à un an, l'extradition aurait été possible, sous réserve des autres dispositions de la convention d'extradition. En tout état de cause, depuis que les Etats-Unis sont devenus partie à la Convention, en vertu de l'article 10 paragraphe 1 de celle-ci toutes les traités d'extradition conclus par les Etats-Unis avec les pays qui ont également ratifié la Convention sont considéré incorporer automatiquement les infractions pénales visées à l'article 1 de la Convention.

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

Le FCPA ne prévoit pas la saisie et la confiscation de l'instrument de la corruption, de son produit, ou d'avoirs d'une valeur équivalente à celle de ce produit. En vertu des dispositions du Code des Etats-Unis relatives aux amendes alternatives, « toute personne » peut être condamnée à une amende ne dépassant pas le plus élevé des deux montants suivants : le double du gain pécuniaire procuré par l'infraction ou le double de la perte subie par toute personne autre que le défendeur. Les autorités américaines précisent que cela leur permet de prononcer de très fortes amendes et elles considèrent que la condition prévue à l'article 3 de la Convention (sanctions pécuniaires d'un effet comparable) se trouve remplie. Elles ajoutent qu'à leur avis l'absence de disposition concernant la saisie et la confiscation ne constitue pas un obstacle dans le cadre de demandes d'entraide judiciaire émanant d'autres parties pratiquant la saisie et la confiscation.

Toutefois, d'autres dispositions permettent une saisie ou une confiscation. L'infraction au FCPA étant une infraction principale dans le cadre de l'infraction de blanchiment de capitaux, une saisie est possible à ce titre. En outre, dans certaines circonstances, plusieurs lois des Etats-Unis ou conventions conclues par les Etats-Unis autorisent le partage des biens ou produits saisis ou confisqués avec un pays étranger ayant participé à la saisie ou à la confiscation des biens en cause. Et lorsqu'il n'existe pas de convention à ce sujet, les Etats-Unis négocient généralement des accords au cas par cas permettant le transfert de ces biens.

### 3.8 Sanctions civiles ou administratives

En plus des sanctions pénales, le FCPA prévoit une amende civile d'un montant maximal de 10 000 dollars applicable à toute personne physique ou morale coupable d'avoir enfreint les dispositions anti-corruption. La Securities and Exchange Commission (SEC) ou le Département de la Justice (selon que l'infraction est commise ou non par un « émetteur ») peut également demander une injonction à l'encontre de toute personne morale ou de toute personne physique agissant pour le compte d'une personne morale, en cas d'infraction ou de possibilité d'infraction au FCPA<sup>37</sup>.

Une infraction au FCPA peut entraîner également de lourdes sanctions connexes. Par exemple, le simple fait qu'une entreprise soit mise en accusation pour violation du FCPA peut l'exclure de l'attribution de marchés publics aux Etats-Unis et du bénéfice de certains avantages accordés par les pouvoirs publics (notamment en matière de financement) et/ou déclencher une suspension des autorisations d'exportation de biens et services destinés à la défense<sup>38</sup>.

En ce qui concerne les victimes, plusieurs actions privées à titre civil ont été intentées dans le cadre du *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (RICO)*<sup>39</sup>. Mais les tribunaux sont divisés quant à la reconnaissance d'un droit d'action privé au titre de cette loi.

## 4. ARTICLE 4. COMPETENCE

L'infraction de base de corruption d'un agent public étranger telle que définie dans la Convention s'applique à toute personne. En vertu de l'article 4 de la Convention, les parties doivent établir leur compétence à l'égard des infractions de corruption d'un agent public étranger commises en tout ou partie sur leur territoire, par des ressortissants ou des non-ressortissants, et les parties qui ont compétence pour poursuivre leurs ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger doivent prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes. Il est précisé dans les commentaires que le rattachement territorial exigé pour l'exercice de la compétence doit être interprété largement, de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé.

Avant les modifications de 1998, la compétence dans le cadre du FCPA s'exerçait uniquement sur une base territoriale. Pour se conformer à la Convention, un nouveau chef de compétence a été ajouté dans le FCPA pour les actes commis à l'étranger par des ressortissants et entreprises américains (compétence fondée sur la nationalité). Par ailleurs, le chef de compétence territoriale a été élargi aux actes accomplis en vue de

---

37. 15 U.S.C. §§ 78u(c) ; 78dd-2(d) & (g) ; 78dd-3(d) et (e) ; 78ff(c).

38. Voir 10 U.S.C. §2408 (interdisant l'emploi dans le secteur de la défense des personnes condamnées pour délit en rapport avec un marché public) ; 48 C.F.R. Subpt. 9.4 (exclusion de toute société condamnée pour une infraction concernant des pratiques frauduleuses ou révélant un manque d'intégrité) ; exclusion de divers programmes publics, par exemple les garanties accordées pour les investissements à l'étranger. Voir notamment Foreign Assistance Act de 1961 § 237(1) (Overseas Private Investment Corporation) ; 7 C.F.R. § 1493.270 (Commodity Credit Corporation).

39. 18 U.S.C., chapitre 96.

servir des pratiques corruptrices commises sur le territoire des Etats-Unis par des ressortissants et entreprises étrangers.

#### **4.1 Compétence territoriale**

Le FCPA, tel que modifié, établit la compétence territoriale à l'égard des infractions commises pour tout ou partie sur le territoire des Etats-Unis par des ressortissants ou des non-ressortissants.

La compétence territoriale s'exerce à l'égard de tous les « émetteurs » et autres entreprises (« entreprises nationales ») « organisés selon les lois des Etats-Unis, d'un Etat des Etats-Unis, d'un territoire, d'une possession ou d'une dépendance des Etats-Unis ou d'une de leurs subdivisions politiques », de toutes les entreprises organisées selon la loi d'un pays étranger ainsi que des ressortissants des Etats-Unis et des non-ressortissants. Toutefois, le FCPA fait une différence entre les actes commis, d'une part, par les personnes et entreprises qui ne sont pas ressortissants des Etats-Unis et, d'autre part, par les ressortissants des Etats-Unis et les entreprises organisées selon les lois des Etats-Unis.

Dans le cas des émetteurs, des entreprises nationales et des ressortissants des Etats-Unis, le FCPA exige que certains actes « en vue de servir » 'l'activité corruptrice' aient un lien avec la poste ou tout moyen de commerce inter-Etats. En vertu de cette disposition, il n'est pas nécessaire que le paiement, le don, l'offre ou l'autorisation ait lieu aux Etats-Unis. Il suffit d'un acte soit accompli en vue de servir. (Voir le point 4.4 ci-dessous).

Dans le cas des entreprises qui ne sont pas américaines et des non-ressortissants des Etats-Unis, le FCPA n'exige pas un lien avec la poste ou un moyen de commerce inter-Etats. Le FCPA établit la compétence à l'égard des entreprises non américaines et des non-ressortissants américains qui accomplissent *tout acte* en vue de servir une pratique corruptrice d'un agent public étranger alors qu'ils *se trouvent* aux Etats-Unis. (Voir le point 4.4 ci-dessous).

#### **4.2 Compétence fondée sur la nationalité**

Tel que modifié en 1998, le FCPA établit la compétence des Etats-Unis à raison de la nationalité en cas de corruption d'un agent public étranger. Il vise tous les « émetteurs » et autres entreprises (« entreprises nationales ») « organisés selon les lois des Etats-Unis ou d'un Etat des Etats-Unis, d'un territoire, d'une possession ou d'une dépendance des Etats-Unis ou d'une de leurs subdivisions politiques » et tous les ressortissants des Etats-Unis (tels que définis à l'article 101 de la loi sur l'immigration et la nationalité) qui « agissent de façon corruptrice en dehors des Etats-Unis en vue de servir [d'un paiement ou d'un don illicite, ou d'une offre ou autorisation d'un tel paiement ou don] »<sup>40</sup>.

Les principes constitutionnels en vigueur aux Etats-Unis permettent de poursuivre les ressortissants des Etats-Unis pour des infractions commises à l'étranger. Jusqu'à présent, cette compétence a été rarement exercée et les autorités américaines ne s'attendent pas à ce que la nouvelle compétence fondée sur la nationalité augmente sensiblement le nombre des poursuites ; en effet, depuis 1977, des poursuites sont possibles lorsque seulement une partie des actes d'exécution de l'opération de corruption ont eu lieu aux Etats-Unis. Toutefois, les autorités américaines indiquent que cette nouvelle compétence fondée sur la nationalité facilite leur tâche en ce que des poursuites sont possibles sur le seul fondement de la nationalité sans qu'il y ait à prouver qu'un acte a été commis sur le territoire des Etats-Unis.

---

40. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(g) ; §§ 78dd-2(i).

### 4.3 Concertation

Aucun texte n'oblige les Etats-Unis à se concerter avec une autre partie pour une éventuelle transmission d'une procédure pénale à des fins d'enquêtes ou de poursuites. Toutefois, les Etats-Unis procèdent régulièrement à une concertation dans ce domaine par l'intermédiaire du Service des affaires internationales du Département de la Justice, l'autorité centrale compétente aux Etats-Unis pour les questions qui se rapportent à l'entraide judiciaire.

### 4.4 Efficacité de la compétence

Du fait des modifications de 1998, le champ d'application ratione personae du FCPA a été sensiblement élargi. Toutefois, lorsque la compétence nationale s'applique, la nature de l'acte requis en vue de servir une offre etc. est plus large que lorsque la compétence territoriale s'applique aux personnes physiques ou morales des Etats-Unis et est la même lorsque la compétence territoriale s'applique aux personnes physiques ou morales étrangères. Le tableau ci-dessous illustre cet aspect :

Personnes visées	Compétence territoriale	Compétence fondée sur la nationalité
Les « émetteurs » et les « entreprises nationales » organisés selon les lois des Etats-Unis et « tout ressortissant des Etats-Unis »	L'acte exécutoire suppose « l'utilisation de la poste ou de tout moyen ou instrument de commerce inter-Etats ».	L'acte exécutoire n'exige pas un lien avec l'utilisation de la poste ou d'un moyen ou instrument de commerce inter-Etats.
« Toute personne » (personne ou entreprise non ressortissante)	L'acte exécutoire n'exige pas l'utilisation d'un instrument de commerce inter-Etats. La condition exigée est que cet acte ait lieu aux Etats-Unis.	--

Les autorités américaines expliquent que la différence de traitement tient aux principes constitutionnels qui régissent le système fédéral et à l'exigence d'un rattachement fédéral pour qu'il y ait infraction fédérale, en l'occurrence l'utilisation d'un moyen ou d'un instrument de commerce inter-Etats. Les autorités américaines ne considèrent pas qu'il en résultera une application inégale de la loi. Il n'arrivera que rarement qu'une entreprise se trouvant aux Etats-Unis parvienne à autoriser ou à verser un pot-de-vin sans utiliser la poste ou un autre moyen ou instrument de commerce inter-Etats. Par exemple, ces moyens et instruments comprennent les lignes de téléphone, couvrant par conséquent tous les appels téléphoniques, la transmission par télécopie, le télex et la messagerie électronique, les transports aériens, maritimes, ferroviaires et routiers ainsi que les virements bancaires électroniques entre les Etats des Etats-Unis et internationaux. De plus, pour les déplacements ou communications en cause, le franchissement de la frontière d'un Etat des Etats-Unis ou d'une frontière internationale n'est pas nécessaire ; il suffit que le défendeur utilise un instrument de commerce inter-Etats, même pour une communication ou un déplacement à l'intérieur d'un Etat<sup>41</sup>.

41. Voir 15 U.S.C. §§ 78c(a)(17), 78dd-2(h)(5), 78dd-2(f)(5).



## 5. ARTICLE 5. MISE EN OEUVRE

### 5.1 Règles et principes régissant les enquêtes et les poursuites

#### *Généralités*

La politique concernant la mise en œuvre du FCPA ne fait pas l'objet d'un document spécifique. Toutefois, la politique générale applicable aux poursuites fédérales dans le cadre de toutes les lois pénales fédérales, dont le FCPA, est formulée dans les *Principes régissant les poursuites fédérales*<sup>42</sup>.

Comme dans tous les cas, l'autorité chargée des poursuites doit procéder à une première évaluation de l'affaire sur le fond, déterminer la probabilité d'obtenir des éléments de preuve suffisants en vue d'une mise en accusation et examiner s'il existe des moyens suffisants pour l'enquête et les poursuites. Plus précisément, la décision d'engager ou de ne pas engager des poursuites dans chaque cas d'espèce dépend des facteurs suivants : (i) les priorités fédérales en matière d'application des lois ; (ii) la nature et la gravité de l'infraction ; (iii) l'effet dissuasif des poursuites ; (iv) la culpabilité de la personne en liaison avec l'infraction ; (v) les antécédents criminels de la personne en cause ; (vi) la volonté de l'intéressé de coopérer à une enquête ou à des poursuites concernant d'autres personnes ; (vii) la condamnation probable ou toute autre conséquence si la personne est condamnée<sup>43</sup>. La décision de classement sans suite par le Département de la Justice n'est généralement pas rendue publique. Mais le Département de la Justice peut aviser une personne ou une entreprise qu'une enquête a été achevée et la personne ou l'entreprise concernée peut rendre publique cette information.

Selon le Département de la Justice, les intérêts politiques ou économiques n'interviennent pas dans cette décision. Pour assurer l'uniformité et la cohérence des décisions de poursuites dans ce domaine particulier, toutes les enquêtes criminelles en vertu du FCPA sont supervisées par la Division des affaires pénales du Département de la Justice. Selon les autorités américaines, les intérêts politiques ou économiques n'interviennent pas dans les décisions prises par la SEC (Securities Exchange Commission) d'ouvrir une enquête ou d'intenter une action à l'encontre d'émetteurs pour la mise en œuvre des dispositions en matière civile du FCPA.

#### *Directives et avis de l'Attorney General*

Conformément au FCPA<sup>44</sup>, il appartient à l'Attorney General, en concertation avec les autres instances concernées du gouvernement des Etats-Unis, de décider s'il y a lieu d'adopter des directives particulières pour l'application du FCPA. A cet effet, un avis a été publié au journal officiel fédéral, les parties intéressées étant invitées à faire savoir si des directives leur paraissaient nécessaires ou adéquates. Il n'y a eu que 5 réponses, dont 3 considérant comme superflues de telles directives. En conséquence, l'Attorney General a décidé de ne pas adopter de directives.

Toutefois, conformément à une autre disposition du FCPA<sup>45</sup>, il existe une procédure d'avis : toute personne envisageant une opération réelle peut soumettre au Département de la Justice une demande d'avis sur la base d'un exposé des faits relatifs à cette opération. L'avis est un avis officiel du Département de la Justice et la partie demanderesse peut se fonder sur cet avis dans la mesure où les faits exposés restent les mêmes.

---

42. Manuel de l'Attorney des Etats-Unis, § 9-27.230.

43. *Principes régissant les poursuites fédérales* Manuel de l'Attorney des Etats-Unis, § 9-27.230.

44. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(d), 78dd-2(e).

45. 15 U.S.C. §§ 78dd-1(e), 78dd-2(f).

A ce jour, la plupart des demandes d'avis concernaient la question de savoir si une personne était ou non un agent public et dans quelles circonstances l'on pouvait faire appel à un mandataire.

### ***Transaction pénale***

Les autorités américaines font savoir que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites sous la forme d'une négociation (plea bargaining) ne s'est pas traduit par des peines moins lourdes ou des poursuites moins nombreuses au titre du FCPA. En fait, elles estiment que les amendes infligées aux personnes morales ont été dans ce cas plus lourdes qu'en cas de condamnation. La politique officiellement suivie est d'essayer d'obtenir l'amende pénale maximale en cas d'infraction de la part d'une personne morale et de demander l'amende maximale pour les personnes physiques lorsqu'elles sont en mesure de l'acquitter.

## **5.2 Considérations politiques ou économiques**

Les décisions de poursuites en vertu du FCPA sont prises en fonction des caractéristiques de l'affaire et non en fonction de considérations politiques ou économiques. Les instances politiques et les instances publiques autres que pénales n'ont aucune influence sur les enquêtes et poursuites en matière de corruption d'agents publics étrangers. Les enquêtes et poursuites pénales en vertu du FCPA sont traitées par des procureurs professionnels et supervisées par la Division des affaires pénales du Département de la Justice. Aucune autre instance du gouvernement des Etats-Unis ne doit être consultée avant une inculpation. La SEC, qui est chargée de l'application des dispositions en matière civile du FCPA à l'égard des émetteurs, est une instance indépendante non partisane.

## **6. ARTICLE 6. PRESCRIPTION**

### **6.1 Délai de prescription**

La prescription des infractions pénales au FCPA est de cinq ans à compter de la date à laquelle a été commise l'infraction potentielle ; ce délai de prescription résulte du régime général de la prescription en matière fédérale<sup>46</sup>. La prescription est également de cinq ans pour les infractions de nature civile. Le délai de prescription peut être prorogé de trois ans au maximum, sur demande d'un procureur et décision d'un tribunal constatant qu'un délai supplémentaire est nécessaire pour réunir des éléments de preuve localisés à l'étranger<sup>47</sup>.

## **7. ARTICLE 7. BLANCHIMENT DE CAPITAUX**

Conformément à la Convention, chaque partie ayant fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment de capitaux 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.

### **7.1/ Corruption d'un agent public national et d'un agent public étranger**

#### **7.2**

En vertu du Money Laundering Control Act, qui s'applique à la corruption active, la corruption d'un agent public national est une infraction principale ; la corruption d'un agent public étranger est également une

---

46. Voir 18 U.S.C. § 3282.

47. Voir 18 U.S.C § 3292.

infraction principale en vertu de cette loi depuis 1992<sup>48</sup>. Selon le Département de la Justice, le lieu où se produit la corruption n'entre pas en ligne de compte, aussi bien pour le FCPA que pour le Money Laundering Control Act. En outre, le Money Laundering Control Act prévoit expressément une compétence extraterritoriale à l'égard des ressortissants des Etats-Unis et, à condition qu'un acte se soit produit aux Etats-Unis, à l'égard des personnes qui ne sont pas des ressortissants des Etats-Unis<sup>49</sup>.

Les autorités américaines font observer que la confiscation est possible en vertu de la loi sur le blanchiment tant en ce qui concerne l'instrument même de la corruption lorsqu'il est blanchi au bénéfice de l'agent public étranger que le gain du corrupteur. Elles relèvent néanmoins que la loi sur le blanchiment n'est pas toujours le meilleur moyen de saisir les gains résultant d'actes de corruption. Par exemple, les économies qui ont pu être réalisées sont hors d'atteinte de la loi sur le blanchiment. En pareil cas, les autorités américaines considèrent qu'il est bien plus efficace d'infliger à une personne morale une amende pour la priver du produit de la corruption. C'est ce que permettent les dispositions alternatives en matière d'amendes du Code des Etats-Unis (voir les points 3.2 et 3.6 ci-dessus). Les autorités américaines estiment que ces deux instruments (la loi sur le blanchiment et les amendes alternatives) leur ménagent la souplesse nécessaire pour faire face aux diverses situations.

## **8. ARTICLE 8. NORMES COMPTABLES**

### **8.1 Tenue de livres et documents comptables, contrôles internes**

En dehors de ses dispositions anti-corruption, le FCPA comporte une série de dispositions concernant les livres et documents comptables ainsi que les contrôles internes. Les entreprises ont l'obligation de tenir des livres et documents comptables exacts et de mettre en œuvre un dispositif de contrôle interne adéquat pour s'acquitter de leurs obligations en matière de reddition de comptes.

A la suite de l'adoption du FCPA en 1977, la SEC a adopté en vertu de l'article 13 de la loi sur les opérations de bourse deux règles mettant en application les dispositions du FCPA concernant la tenue de livres et l'établissement de documents ainsi que les contrôles internes. Il s'agit des règles 13b2-1 et 13b2-2. La règle 13b2-1 interdit à toute personne « de falsifier ou faire falsifier, directement ou indirectement, tout livre, document ou compte soumis à l'article 13b(2)(a) » de la loi sur les opérations de bourse. Autrement dit, cette règle interdit toute falsification des livres et documents d'un émetteur. La règle 13b2-2 vise les fausses déclarations des administrateurs ou dirigeants d'un émetteur qui sont faites aux vérificateurs indépendants de l'émetteur. Plus précisément, il est interdit à tout administrateur ou dirigeant d'un émetteur, directement ou indirectement, de faire ou donner instruction de faire une déclaration fautive ou trompeuse, ou d'omettre de mentionner, ou de donner instruction d'omettre de mentionner, tout fait important nécessaire pour que ne soient pas mensongers les éléments communiqués à un comptable en liaison (1) avec la vérification ou l'examen des états financiers de l'émetteur ou (2) la préparation ou la communication de tout document ou rapport transmis à la SEC.

### **8.2 Entreprises soumises à ces lois et règlements**

Ces dispositions s'appliquent à un nombre bien plus restreint d'entreprises que les dispositions anti-corruption (en l'occurrence aux entreprises qui ont qualité d'émetteur au sens de la réglementation anti-corruption).

---

48. 18 U.S.C. § 1956(c)(7)(a) (incorporant 18 U.S.C. § 1961(1), qui énumère l'article 18 U.S.C. § 201 comme infraction principale) et 18 U.S.C. § 1956(c)(7)(D).

49. 18 U.S.C. § 1956(f).

### **8.3 Sanctions en cas d'omission ou de falsification**

Ce sont le Département de la Justice et la SEC qui, comme dans le cas des dispositions anti-corruption, sont chargés de l'application des dispositions du FCPA concernant les livres et documents ainsi que les contrôles internes. Dans le cadre de ses prérogatives générales, la SEC peut infliger des sanctions civiles à toutes les entreprises qui sont tenues de lui soumettre certaines informations. Le Département de la Justice est compétent en matière pénale. Les personnes physiques reconnues coupables d'une infraction « délibérée » aux dispositions du FCPA en matière comptable sont passibles d'une amende pouvant aller jusqu'à 1 million de dollars et/ou d'une peine d'emprisonnement de 10 ans maximum ; les entreprises coupables du même délit sont passibles d'une amende pouvant aller jusqu'à 2.5 millions de dollars.

## **9. ARTICLE 9. ENTRAIDE JUDICIAIRE**

En vertu de la Convention de l'OCDE, les parties sont tenues, « autant que le permettent leurs lois et leurs instruments internationaux pertinents », de s'accorder une entraide judiciaire « prompte et efficace » aux fins des enquêtes pénales et des procédures pénales et non pénales engagées pour les infractions relevant de la Convention. La Convention pose en outre le principe de la double incrimination lorsqu'elle conditionne l'octroi de l'entraide judiciaire. Enfin, elle précise que les pays ne peuvent pas refuser d'accorder l'entraide judiciaire en invoquant le secret bancaire.

### **9.1 Lois, traités et mécanismes permettant l'entraide judiciaire**

Aux Etats-Unis, les instruments essentiels d'une entraide judiciaire prompte et efficace sont les traités bilatéraux d'entraide judiciaire en vigueur entre les Etats-Unis et les autres parties à la Convention. Les Etats-Unis ont conclu des traités bilatéraux d'entraide judiciaire avec les signataires suivants de la Convention : Argentine, Canada, Corée, Espagne, Hongrie, Italie, Mexique, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suisse et Turquie. Le Congrès a approuvé d'autres traités bilatéraux d'entraide judiciaire avec le Brésil, le Luxembourg, la Pologne et la République tchèque, mais ces traités ne sont pas encore en vigueur. De façon générale, les traités bilatéraux d'entraide judiciaire prévoient une assistance pour la localisation de personnes, la notification de documents, la production et l'authentification de documents établis par une autorité publique ainsi que la production et l'authentification de certains documents établis par les entreprises et d'autres documents n'émanant pas d'une autorité publique, l'exécution d'enquêtes et les dépositions de témoins. Toutefois, la Constitution des Etats-Unis comporte à cet égard certaines restrictions qui, pour la plupart, permettent au gouvernement de refuser l'entraide judiciaire pour plusieurs motifs.

Dans certains cas, l'entraide judiciaire est également possible sans qu'il y ait à mettre en œuvre une procédure prévue par un traité. Par exemple, en vertu du titre 28 du Code des Etats-Unis, article 1782, les tribunaux des Etats-Unis peuvent – mais n'y sont pas tenus – ordonner la production de documents ou la déposition d'un témoin en liaison avec une procédure pénale étrangère. Un certain nombre d'organismes sont chargés de l'application des lois qui prévoient une coopération entre l'organisme concerné et son homologue étranger. Selon les autorités américaines, les lois et pratiques en vigueur aux Etats-Unis permettent et favorisent une coopération informelle.

### **9.2 Double incrimination**

En droit américain, l'entraide judiciaire n'est généralement pas subordonnée à la double incrimination, sauf si cette condition figure dans le traité d'entraide judiciaire entre les Etats-Unis et l'Etat requérant. A titre d'exemple, le traité bilatéral d'entraide judiciaire entre les Etats-Unis et la Suisse exige la double incrimination pour toute entraide nécessitant une mesure de contrainte. Toutefois, les demandes d'entraide

judiciaire pour les infractions visées par la Convention satisferont à toute condition de double incrimination résultant des lois ou traités des Etats-Unis.

### **9.3 Secret bancaire**

D'une façon générale, le droit des Etats-Unis n'oblige pas à refuser l'entraide judiciaire pour des raisons ayant trait au secret bancaire. Lorsqu'elles s'adressent à un tribunal afin d'obtenir une ordonnance pour le compte d'un Etat étranger requérant l'entraide judiciaire, les autorités des Etats-Unis ont pris la position devant leurs tribunaux que l'entraide ne peut être refusée du fait des dispositions de la loi bancaire américaine concernant la protection de la vie privée. De plus, lorsqu'en vertu d'une loi des Etats-Unis l'exécutif dispose d'une marge d'appréciation pour refuser l'entraide judiciaire, les Etats-Unis ont pour politique de ne pas refuser l'entraide judiciaire sur cette base.

En vertu de la loi sur le droit à la confidentialité<sup>50</sup>, le gouvernement peut avoir accès aux documents financiers de tout client d'une institution financière par injonction administrative, mandat de perquisition, injonction judiciaire ou demande officielle<sup>51</sup>. Les mandats de perquisition sont décernés conformément aux Règles fédérales de procédure pénale<sup>52</sup>. Dans les autres cas, le client peut contester la demande d'informations financières devant les tribunaux, qui peuvent refuser l'accès aux registres financiers « s'il n'est pas démontré que la demande d'application de la loi est légitime et s'il n'y a pas lieu de conclure raisonnablement que les documents recherchés sont en rapport avec cette demande<sup>53</sup> ».

## **10. ARTICLE 10. EXTRADITION**

### **10.1 Extradition pour corruption d'un agent public étranger**

C'est le traité bilatéral d'extradition en vigueur entre les Etats-Unis et l'Etat requérant qui détermine si la corruption d'un agent public étranger est une infraction qui peut donner lieu à extradition. Aux Etats-Unis, les infractions susceptibles d'extradition sont celles interdites par traités. L'infraction visée à l'article 10 paragraphe 1 de la Convention est une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu de tous les traités d'extradition en vigueur entre les Etats-Unis et les autres parties à la Convention.

### **10.2 La Convention en tant que fondement juridique de l'extradition**

En vertu de la Convention, les pays qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité d'extradition sont invités à considérer la Convention comme base juridique pour l'extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger.

En droit américain, l'extradition ne peut intervenir qu'en vertu d'un traité d'extradition. En général, un tel traité prévoit que l'extradition peut avoir lieu lorsque l'infraction est punie en vertu de la loi de l'Etat requérant et de la loi des Etats-Unis d'une peine maximale d'emprisonnement supérieure à un an. Par conséquent, même avant que soit conclue la Convention, l'extradition était normalement possible pour ce type d'infraction, sous réserve des autres dispositions de la convention d'extradition. Depuis que les Etats-Unis sont partie à la Convention, les traités d'extradition conclues avec les pays qui ont ratifié la Convention sont ipso facto réputées incorporer les infractions visées à l'article 1 de la Convention. Les Etats-Unis ont déjà des traités bilatéraux d'extradition en vigueur avec 31 pays qui ont signé la

---

50 . 12 U.S.C. chapitre 35.

51 . 12 U.S.C. § 3402.

52 . 12 U.S.C. § 3406.

53 . 12 U.S.C. § 3410.

Convention : Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Turquie. En outre, les Etats-Unis ont signé avec la Corée un traité d'extradition qui n'est pas encore en vigueur.

### **10.3 Extradition de ressortissants**

Les Etats-Unis peuvent extraditer leurs ressortissants. Les Etats-Unis ont pour politique de ne pas refuser l'extradition pour des raisons de nationalité. De plus, en vertu du titre 18 du Code des Etats-Unis, article 3196, l'extradition de ressortissants des Etats-Unis est autorisée (sous réserve des autres conditions prévues dans le traité applicable) même si l'extradition n'est pas obligatoire pour les Etats-Unis en vertu du traité d'extradition applicable.

### **10.5 Double incrimination**

La double incrimination n'est pas exigée en vertu de la Constitution des Etats-Unis pour que les autorités américaines puissent procéder à une extradition. Toutefois, la double incrimination peut être exigée en vertu d'un traité d'extradition conclue entre les Etats-Unis et une autre partie à la Convention. Dans ce cas, les Etats-Unis considéreront que la condition est remplie si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée entre dans le champ d'application de l'article 1 de la Convention.

## **11. ARTICLE 11. AUTORITES RESPONSABLES**

En vertu de la Convention, les parties doivent désigner une autorité ou des autorités jouant le rôle d'interlocuteur pour les demandes d'entraide judiciaire et d'extradition soumises dans le cadre de la Convention.

Pour ce qui concerne les Etats-Unis, le Département de la Justice est l'autorité responsable pour l'envoi et la réception des demandes d'entraide judiciaire en vertu de l'article 9 et des demandes de consultation en vertu de l'article 4 paragraphe 3. C'est le Département d'Etat qui est l'autorité responsable pour l'envoi et la réception des demandes d'extradition en vertu de l'article 10.

## **B. MISE EN ŒUVRE DE LA RECOMMANDATION REVISEE**

### **3. DEDUCTIBILITE FISCALE**

La Recommandation révisée invite instamment les pays Membres à appliquer rapidement la Recommandation de 1996 sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, qui est libellée comme suit : [le Conseil] « recommande que ceux des pays Membres qui ne refusent pas la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers réexaminent ce traitement en vue de refuser cette déductibilité. » De la même manière, les commentaires de la Convention précisent que « le participant à part entière accepte non seulement la Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption, mais aussi la Recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, adoptée le 11 avril 1996, C(96)27/FINAL ».

Les Etats-Unis ont refusé la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers avant l'adoption du FCPA. En vertu de l'article 162(a) de l'Internal Revenue Code (« IRC »), les contribuables

---

54. Voir la réponse des Etats-Unis au questionnaire pour des informations plus détaillées concernant les mesures de mise en œuvre de la recommandation.

américains peuvent déduire toutes les dépenses « ordinaires et nécessaires » exposées au titre d'une activité industrielle ou commerciale. En 1958, le Congrès a modifié l'IRC en ajoutant un article 162(c), qui refuse la déductibilité fiscale en vertu de l'article 162(a) pour tout paiement constituant un dessous-de-table ou un pot-de-vin illicites. En outre, l'article 162(c) écarte la déduction de tout paiement illicite en vertu du FCPA.

## EVALUATION DES ETATS-UNIS

### Remarques générales

Le Groupe de travail remercie les autorités américaines pour les réponses complètes et précises qu'elles lui ont fournies et qui ont grandement contribué à l'évaluation. La loi américaine applicable, le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), tel que modifié, a été adoptée en 1977. Il faut saluer cette initiative importante des Etats-Unis et sa contribution à la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales. De même, les Etats-Unis ont-ils rapidement mis en œuvre la Convention, en modifiant le FCPA, ces modifications étant entrées en vigueur le 10 novembre 1998. Sur un plan général, le FCPA applique de façon détaillée et complète les normes fixées dans la Convention. Cette loi est bien articulée et répond à des impératifs pratiques du point de vue de sa portée et de son applicabilité. Le Groupe de travail a noté quelques points méritant d'être clarifiés. Certaines des questions recensées peuvent être le résultat de spécificités de la rédaction législative aux Etats-Unis. Le Groupe de travail recommande que les points et problèmes recensés fassent l'objet d'un examen plus approfondi durant la phase 2 de la procédure d'évaluation.

### Questions spécifiques

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

##### 1.1 Rattachement au commerce inter-Etats

A la suite de la modification de 1998, les sanctions pénales au titre du FCPA visent un cercle de personnes beaucoup plus large qu'auparavant. Toutefois, du point de vue d'un élément de l'infraction, le cercle est plus large lorsque l'infraction se produit en dehors du territoire des Etats-Unis et lorsqu'elle est commise par une personne ou une entreprise étrangère sur le territoire des Etats-Unis (utilisation de moyens ou instruments inter-Etats pour les entreprises et ressortissants des Etats-Unis alors qu'ils se trouvent aux Etats-Unis ; en revanche tout acte commis aux Etats-Unis dans le cas des entreprises et ressortissants étrangers). Les autorités américaines ont expliqué que la différence de traitement tient aux prérogatives législatives limitées accordées à l'Etat fédéral en vertu de la Constitution. En conséquence, la principale base juridique pour la plupart des lois pénales est la disposition concernant le commerce fédéral inter-Etats (c'est-à-dire le pouvoir de « réglementer le commerce avec les nations étrangères et entre les Etats »). Cette condition de rattachement au commerce inter-Etats est remplie dans le cas des personnes physiques ou morales qui ne sont pas ressortissantes des Etats-Unis lorsqu'elles entrent aux Etats-Unis pour accomplir un acte en exécution d'une opération de corruption à l'étranger, parce qu'elles agissent nécessairement dans le cadre du commerce international. Les autorités des Etats-Unis ne considèrent pas qu'il en résultera une application inégale de la loi, car le rattachement au commerce inter-Etats est interprété largement. Le Groupe de travail fait néanmoins observer que la condition de rattachement au commerce inter-Etats peut créer un problème de preuve en cas d'offre d'un pot-de-vin en personne.

##### 1.2 A un agent public étranger, pour cet agent ou pour un tiers

Le FCPA interdit le paiement de « toute chose de valeur » à un agent public étranger. Les Etats-Unis ont fait savoir que cette expression visait tout avantage matériel et immatériel. La possibilité de désigner un tiers comme bénéficiaire de l'avantage, fût-il immatériel, est également considérée comme un avantage pour l'agent public étranger et suffit pour que s'applique le FCPA. Le Groupe de travail voit néanmoins un problème dans le fait que le FCPA ne précise pas qu'un paiement à un tiers sur instruction de l'agent public étranger est interdit et il souhaiterait réexaminer cette question lors de la phase 2 de la procédure d'évaluation.



### **1.3 Moyen de défense affirmatif et acte de routine de l'autorité publique**

En vertu des articles 78dd-1(c), 78dd-2(c) et 78dd-3(c), le défendeur peut invoquer une exception (moyen de défense dit « affirmatif ») en faisant valoir que le paiement était « une dépense raisonnable et de bonne foi, notamment pour des frais de voyage et d'hébergement », exposée par l'agent public étranger ou pour son compte et « directement liée » à « la promotion, la démonstration ou la présentation de produits ou services » ou à « la conclusion ou l'exécution d'un contrat avec une autorité publique étrangère ou l'un de ces organismes ». Cette disposition n'a pas d'équivalent dans la Convention. Le Groupe de travail a exprimé des doutes quant à l'efficacité et à la nécessité d'une telle disposition.

Selon les commentaires de la Convention, les petits paiements dits « de facilitation » ne constituent pas des paiements « en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu ». La disposition du FCPA concernant les « actes de routine de l'autorité publique » contient une liste d'exceptions de ce type, subordonnées à la condition que le paiement ne soit pas effectué pour obtenir ou conserver un marché. Le Groupe de travail craint néanmoins que la liste des paiements ne soit pas suffisamment précise, notamment en ce qui concerne le montant ainsi que la nature discrétionnaire et la légalité de l'acte en contrepartie, et que cela puisse en conséquence donner lieu à des abus.

Les autorités américaines considèrent que ces dispositions sont conformes à la Convention, parce que dans les deux cas on interdit un paiement recherchant un « quid pro quo ».

### **1.4 Obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu**

La Convention interdit la corruption d'agents publics étrangers non seulement pour « obtenir ou conserver un marché », mais aussi pour procurer « un autre avantage indu ». Dans le FCPA, le libellé concernant l'avantage indu précède celui qui concerne l'obtention ou la conservation d'un marché. Les autorités américaines ont expliqué que la raison d'être de cette formulation était d'éviter tout ce qui pourrait, du fait des dispositions modificatives, restreindre la large interprétation qui était donnée antérieurement de l'infraction. Avant la modification du FCPA, les Etats-Unis avaient interprété les trois éléments préexistants du FCPA en ce qu'ils couvraient les paiements destinés à « obtenir tout avantage indu ». S'il est vrai que l'adjonction de ces termes dans la loi clarifie et renforce effectivement cette interprétation, le Groupe de travail considère qu'on ne peut écarter l'éventualité de problèmes pour la poursuite des infractions dus à la formulation retenue.

## **2. Sanctions**

En vertu de la Convention, les parties doivent instaurer des « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables à celles applicables à la corruption des agents publics de la partie en question. Bien que le FCPA prévoit des sanctions pénales assez lourdes et des sanctions civiles et administratives supplémentaires, le Groupe de travail note la différence entre la peine maximale d'emprisonnement en cas de corruption d'agents publics nationaux (15 ans) et la peine maximale d'emprisonnement applicable en cas de corruption d'agents publics étrangers (5 ans). Le Groupe de travail fait observer que, bien que les dispositions en vigueur aux Etats-Unis en matière d'amendes pénales soient pleinement conformes à l'article 3.3 de la Convention, le FCPA ne prévoit pas expressément la saisie et la confiscation du produit de la corruption d'agents publics étrangers (les Etats-Unis peuvent néanmoins, à l'heure actuelle, saisir et confisquer l'instrument même de la corruption). Cela peut avoir des conséquences pour les demandes d'entraide judiciaire. Le Groupe de travail convient qu'il s'agit d'une question générale nécessitant une analyse comparative de la situation juridique dans les pays Membres et qu'il faudrait donc réexaminer ultérieurement cette question.

### **3. Prescription**

En cas d'infraction pénale au FCPA, la prescription est de cinq ans à compter de la date à laquelle a été commise l'infraction potentielle. Ce délai peut être prorogé de trois ans, sur demande d'un procureur et décision d'un tribunal constatant qu'un délai supplémentaire est nécessaire pour réunir des éléments de preuve localisés à l'étranger. L'article 6 de la Convention exige un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites. Le Groupe de travail convient qu'il s'agit d'une question générale appelant une analyse comparative de la situation juridique dans les pays Membres et qu'il y a donc lieu de réexaminer cette question ultérieurement.

### **4. Règles comptables**

Le Groupe de travail note que les dispositions du FCPA concernant la comptabilité et les contrôles internes ne s'appliquent qu'aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne.