

# Transparence et intégrité dans l'intégration économique entre le Canada et l'Union européenne

## Nécessité d'une clause anticorruption dans l'AECG

Amissi M. Manirabona\*

L'auteur de cet article déplore le fait que l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) ne contienne pas de clause anticorruption. Étant donné que l'AECG vise à accroître l'exportation des biens et services et que la plupart des États concernés n'ont pas de dispositifs efficaces de lutte contre la corruption transnationale, l'absence d'une telle clause risque d'accentuer le niveau de corruption dans les transactions économiques entre le Canada et l'Europe. Dès lors, il est proposé que la réouverture prochaine des discussions autour de l'AECG soit l'occasion d'insérer cette précieuse clause. Cela ne devrait pas être une énorme contrainte pour le Canada ni pour plusieurs États développés de l'Union européenne qui répriment déjà très sérieusement ce phénomène.

\* Professeur adjoint, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Chercheur au Centre de droit des affaires et du commerce électronique (CDACE) et au Centre international de criminologie comparée (CICC).

<b>Introduction</b>	<b>93</b>
<b>1. Relation entre l'intégration économique et la corruption</b>	<b>96</b>
<b>2. Écarts de réglementation de la corruption transnationale au niveau des États concernés par l'AECG</b>	<b>100</b>
<b>3. Pour une clause anticorruption transnationale dans l'AECG</b>	<b>104</b>
3.1. Importance d'un robuste régime anticorruption	<b>104</b>
3.2. Opportunité d'intégrer des dispositions anticorruption à l'intérieur de l'AECG	<b>106</b>
3.3. Proposition d'un modèle de clause anticorruption pour l'AECG	<b>108</b>
<b>Conclusion</b>	<b>114</b>

# Transparence et intégrité dans l'intégration économique entre le Canada et l'Union européenne

## Nécessité d'une clause anticorruption dans l'AECG

Amissi M. Manirabona

### INTRODUCTION

En 2013, le Canada et l'Union européenne (UE) ont conclu un important accord de libre-échange qui fut par la suite signé en septembre 2014<sup>1</sup>. Selon le gouvernement canadien, cet accord historique "est de loin l'initiative commerciale la plus ambitieuse du Canada, plus vaste et plus approfondie que l'Accord de libre-échange nord-américain", qui était déjà sans précédent<sup>2</sup>. Le Canada s'attend à ce que l'AECG ouvre de nouveaux marchés pour les exportateurs canadiens dans l'ensemble de l'UE et génère ainsi des retombées importantes pour tous les Canadiens. Pour sa part, l'UE considère qu'une fois appliqué, l'AECG offrira aux entreprises européennes des débouchés commerciaux plus nombreux et de meilleure qualité au Canada tout en soutenant la création d'emplois en Europe<sup>3</sup>.

Tel que l'indique son préambule, l'AECG vise à créer un marché élargi et sûr pour les produits et services des États concernés par la réduction ou l'élimination des "obstacles au commerce et à l'investissement". Cela va permettre aux acteurs économiques d'intensifier leurs échanges commerciaux et, ainsi, d'entrer en contact

- 
1. CANADA, Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, *Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'UE*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 19 novembre 2015)
  2. CANADA, Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 19 novembre 2015)
  3. COMMISSION EUROPÉENNE, *Comprehensive Trade and Economic Agreement (CETA)*, en ligne: <[http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm)> (consulté le 19 novembre 2015)

avec plusieurs réseaux d'affaires étrangers y compris des agents publics étrangers. Ce rapprochement est susceptible de créer plusieurs occasions de corruption si les États concernés n'adoptent pas des mécanismes adéquats pour y faire face. Les actes de corruption pourraient ainsi être commis dans le but d'accéder rapidement aux avantages offerts par l'octroi des contrats ou l'accès privilégié aux marchés ou autres avantages fiscaux<sup>4</sup>.

Les signataires de l'AECG se disent déterminés à encourager les entreprises ayant leur siège social sur leur territoire à respecter les normes et principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale et à adopter des pratiques exemplaires<sup>5</sup>. Toutefois, aucun mécanisme n'est spécifiquement prévu afin d'amener les États concernés par l'Accord à adopter des mesures relatives à la lutte contre la corruption. La mise en œuvre de l'AECG pourrait ainsi générer des occasions de corruption qui, faute d'encadrement juridique approprié, seront difficile pour les États de combattre.

Certes, le préambule de l'AECG prend bien soin de rappeler aux États parties leur droit de réglementer les matières relevant de leurs compétences, notamment en ce qui concerne la protection des bonnes mœurs. Or, dans la majorité des États européens concernés par l'AECG, il n'existe pas de législations contre la corruption transnationale. En effet, les conventions de l'OCDE<sup>6</sup> et de l'ONU<sup>7</sup>, qui constituent une source importante de normes visant la lutte contre la corruption transnationale, n'ont pas connu une transposition nationale systématique au sein de plusieurs États<sup>8</sup>. Par ailleurs, en dehors de quelques États européens comme le Royaume-Uni et l'Allemagne, où la corruption transnationale est sérieusement réprimée, quelques États européens ayant adopté des lois contre la corruption transnationale les appliquent rarement, soit par manque de moyens matériels et humains, soit par manque de volonté politique<sup>9</sup>. Comme le résume la Commission européenne, dans plusieurs

- 
4. Vito TANZI, « Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures », (1998) 45-4 *IMF Staff Papers* 559.
  5. *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'UE*, préc., note 1.
  6. *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, 21 novembre 1997.
  7. *Convention des Nations Unies contre la corruption*, New York, 31 octobre 2003, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2349, p. 41; Doc. A/58/422.
  8. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Exporting Corruption : Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combating Foreign Bribery*, 23 octobre 2014, en ligne: <[http://www.transparency.org/whatwedo/publication/exporting\\_corruption\\_progress\\_report\\_2014\\_assessing\\_enforcement\\_of\\_the\\_oecd](http://www.transparency.org/whatwedo/publication/exporting_corruption_progress_report_2014_assessing_enforcement_of_the_oecd)> (consulté le 19 novembre 2015)
  9. C'est le cas de la France, voir: OCDE, *France: Rapport de suivi écrit de phase 3 et recommandations*, décembre 2014, en ligne: <[www.oecd.org/fr/daf/anti.../France-Rapport-Suivi-Ecrit-Phase-3-FR.pdf](http://www.oecd.org/fr/daf/anti.../France-Rapport-Suivi-Ecrit-Phase-3-FR.pdf)> (consulté le 19 novembre 2015)

États membres de l'Union, aucune politique active de promotion d'actions globales de prévention de la corruption n'a été adoptée, car ce problème a longtemps été minimisé<sup>10</sup>. En effet, plusieurs États en Europe et ailleurs continuent de considérer la corruption transnationale comme un mal nécessaire, car permettant d'accéder aux marchés internationaux autrement inaccessibles. Ils considèrent que criminaliser le phénomène serait contre-productif pour leurs intérêts économiques<sup>11</sup>. Même dans les États où il existe une législation anticorruption, les dispositions répressives ne comportent pas les mêmes incriminations, ce qui peut créer des problèmes de coût élevé pour les entreprises, notamment en ce qui concerne la mise en place des programmes de conformité<sup>12</sup>. En conséquence, la Commission de l'UE a relevé que la corruption coûte « chaque année 120 milliards d'EUR à l'économie européenne, soit juste un peu moins que le budget annuel de l'Union »<sup>13</sup>.

Or, le Canada qui, grâce à l'AECG, va intensifier ses échanges avec l'UE, réprime sérieusement la corruption transnationale. Il s'en suit que les entreprises canadiennes, soumises à domicile à l'observation des prescriptions de la loi contre la corruption transnationale, vont devoir entrer en concurrence avec des entreprises qui ne semblent être soumises à aucune réglementation de lutte contre la corruption. Par conséquent, en refusant de payer des pots-de-vin pour éviter d'être poursuivies au Canada, ces entreprises canadiennes pourraient perdre des marchés qu'elles auraient peut-être gagnés si le processus avait été transparent. De même, les écarts de traitement du phénomène de la corruption transnationale créent de l'incertitude pour les entreprises qui ignorent ce à quoi s'attendre lorsqu'il s'agit d'investir dans un État donné. Cela peut décourager certaines entreprises à concourir aux offres de marchés publics faites par un État donné, ce qui peut laisser le champ libre à des entreprises moins performantes.

Il serait donc bénéfique pour les activités économiques et les États de prévoir une uniformisation des pratiques anticorruption à travers l'insertion d'une clause anticorruption dans l'AECG. Une telle clause serait importante pour les États hôtes des investissements, car elle leur permettrait de moderniser leur droit et d'éviter les

10. COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport anticorruption de l'UE*, Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, Bruxelles, le 3.2.2014 COM(2014) 38 final, p. 12, en ligne: <[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr\\_2014\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_fr.pdf)> (consulté le 19 novembre 2015)

11. Voir Juliette LELIEUR, « L'entreprise et la loyauté des échanges internationaux : la lutte contre la corruption » dans Gherbi HABIB & Yann KERBRAT (dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, Paris, Pédone, 2010, à la p. 155.

12. Jacqueline L. BONNEAU, « Combating Foreign Bribery: Legislative Reform in the United Kingdom and Prospects for Increased Global Enforcement » (2011), 49 *Colum. J. Transnat'l L.* 365, 408.

13. *Rapport anticorruption*, préc., note 10.

inconvénients liés aux soupçons de corruption susceptibles de peser sur leurs fonctionnaires. Elle leur permettrait aussi de retenir les investisseurs les plus compétents capables d'exécuter les travaux publics de très bonne qualité. Quant aux États d'origine des investisseurs, une telle clause permettrait à leurs ressortissants méritants de gagner des marchés et de contribuer à l'essor de l'économie nationale tout en évitant que leur image ne soit ternie par des actes de corruption transnationale dans lesquels leurs nationaux pourraient être impliqués.

Dans les sections qui suivent, nous soulignerons, d'abord, comment l'intégration économique prônée par l'AECG peut être à l'origine de l'accroissement des actes de corruption transnationale (1). Nous relèverons ensuite comment les États concernés par l'AECG ne prennent pas tous au sérieux la lutte contre le phénomène de la corruption transnationale (2). Dès lors, il serait primordial que, dans le cadre d'une prochaine ouverture des négociations sur les clauses de l'AECG, on envisage d'y inclure une disposition qui obligerait les États concernés à adopter des mécanismes efficaces de lutte contre la corruption transnationale (3).

## 1. Relation entre l'intégration économique et la corruption

D'emblée, l'intégration économique et la corruption semblent être deux univers très éloignés. Pourtant, plusieurs auteurs en économie ont prouvé qu'il y avait des liens forts entre ces deux phénomènes. Toutefois, comme nous allons le constater, les avis sont très divergents quant à la question de savoir si l'intégration économique a un effet négatif ou positif sur la corruption. Il a par exemple été avancé que lorsqu'un État est fermé sur lui-même et que les acteurs économiques ne font face à aucune concurrence, le niveau de corruption des fonctionnaires véreux augmente<sup>14</sup>. Autrement dit, la prévalence de la corruption est à un haut niveau dans les États où les entreprises nationales n'ont pas de concurrents ou lorsque les produits d'exportation d'un État ne sont pas diversifiés<sup>15</sup>. À l'inverse, il a été rapporté que lorsque l'économie d'un État est ouverte, son niveau de corruption baisse<sup>16</sup>.

Il est possible de spéculer que, dans le cas d'une économie fermée, la corruption devient de plus en plus ostensible en raison du nombre de demandes de pots de

14. Alberto ADES & Rafael Di TELLA, « Rents, Competition, and Corruption », (1999) 89-4 *The American Economic Review* 982.

15. Muhammad Tariq MAJEED, « Corruption and Trade », (2014) 29-4 *Journal of Economic Integration* 759.

16. Omer GOKCEKUS & Jan KNOERICH, « Does Quality of Openness Affect Corruption? », (2006) 91-2 *Economics Letters* 190.

vin plus élevé par rapport au nombre d'acteurs économiques disposés à les payer. À l'inverse, lorsque les acteurs économiques sont plus nombreux, les fonctionnaires corrompus ont beaucoup plus de cibles, ce qui fait paraître la corruption comme étant moins présente. Il a cependant été documenté, d'une part, que les États économiquement fermés disposent de réglementations et de restrictions plus rigoureuses qui conduisent les investisseurs à chercher les faveurs des agents publics en offrant de verser les pots-de-vin<sup>17</sup>. Lorsqu'une économie est fermée, les investisseurs déterminés à y mener des activités commerciales sont prêts à recourir aux moyens alternatifs pour y accéder, y compris la commission d'actes de corruption. D'autre part, un régime restrictif accorde aux fonctionnaires d'importants pouvoirs discrétionnaires (délivrer des permis et licences par exemple), ce qui crée plusieurs occasions de corruption<sup>18</sup>. Les fonctionnaires corrompus se servent de ces restrictions pour commettre des abus de pouvoir et utiliser les fonctions publiques pour leurs propres intérêts<sup>19</sup>. Ce contexte engendre un climat favorable aux actes de corruption.

Dans le même sens, plusieurs auteurs considèrent qu'il y a des distorsions à l'environnement compétitif en cas de barrières auxquelles font face les investisseurs à l'entrée comme à la sortie, ce qui amène la corruption à se répandre avec beaucoup plus de fluidité<sup>20</sup>. L'ouverture économique permet ainsi de lever ces barrières et d'adopter la réglementation visant à protéger l'exercice du commerce et accélérer la concurrence<sup>21</sup>. Autrement dit, l'instauration d'un régime commercial libéral serait synonyme de simplification des procédures commerciales et de levée de restrictions, ce qui se traduirait par une baisse significative du niveau de corruption compte tenu de la disparition des prétextes pour exiger les pots de vin<sup>22</sup>.

En conséquence, l'intégration économique internationale réduirait les pouvoirs des autorités réglementaires chargées de délivrer des permis et autres autorisations ou de déterminer les quotas, ce qui minimiserait les occasions d'abus de pouvoir<sup>23</sup>.

17. WORLD BANK, *Corruption and Trade Tariffs, or a Case for Uniform Tariffs. Policy Research Working Paper*, par Roberta GATTI, Washington, D.C, 1999.

18. T. MAJEED, préc., note 15.

19. *Corruption and Trade Tariffs*, préc., note 17.

20. Simon DJANKOV et al., « The Regulation of Entry », (2002) 117-2 *Quarterly Journal of Economics* 1; WORLD BANK, *Seed of Corruption: Do Market Institutions Matter? A World Bank Policy Research Working Paper*, par Harry G. BROADMAN & Francesca RECANATINI, 2000.

21. OECD, *How Globalization Improves Governance. OECD Technical Papers*, vol. 181, par Federico BONAGLIA et al., en ligne: <<http://econwpa.wustl.edu/eps/it/papers/0211/0211005.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

22. Omer GOKCEKUS & Yui SUZUKI, « Trade with the EU Reduce Corruption in Africa? », (2013) 28-4 *Journal of Economic Integration* 610.

23. Ghulam SHABBIR & Mumtaz ANWAR, « Determinants of Corruption in Developing Countries », (2007) 46-4 *The Pakistan Development Review* 751.



En outre, l'ouverture à laquelle l'intégration économique donne lieu favoriserait la concurrence avec des opérateurs des marchés nationaux et internationaux. En effet, en minimisant les coûts liés à l'exportation, l'ouverture économique rompt les situations de monopole qui sont susceptibles de générer des activités de corruption. Or, la concurrence contraindrait les entreprises à se conduire d'une manière beaucoup plus éthique et à procéder à une allocation efficiente de ressources, notamment par des pratiques dénuées de corruption, de fraude et de transactions illégales<sup>24</sup>. En définitive, lorsque le nombre de fournisseurs postulant aux marchés publics augmente, cela peut diminuer le risque de collusion entre eux et, par conséquent, les occasions de corruption.

Il est aussi rapporté que les États qui ont des systèmes moins performants en matière de reddition de compte et de surveillance décourageraient les investissements privés<sup>25</sup>. Ce serait spécialement le cas des investisseurs étrangers qui ont des possibilités de relocaliser leurs affaires dans les États les moins corrompus<sup>26</sup>. Toutefois, il arrive souvent que les investisseurs étrangers décident d'aller investir dans un État malgré son niveau élevé de corruption. Cela est le cas notamment en ce qui concerne l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles ou minières lorsque l'État en question est parmi les rares où la ressource est présente. On peut penser, notamment, à la Guinée, cet État ouest-africain qui, depuis plusieurs années, est aux prises avec un niveau élevé de corruption et qui, grâce à ses réserves de fer et de bauxite parmi les plus importantes au monde, a attiré et attire toujours plusieurs grandes compagnies minières comme Rio Tinto Alcan<sup>27</sup>.

Plusieurs entreprises vont par ailleurs accepter d'investir malgré les incertitudes reliées aux pratiques de corruption en estimant que même dans les pires des cas où elles seraient obligées de payer des sommes importantes en termes de corruption, les avantages demeureront nettement supérieurs aux coûts encourus. Cela sera d'autant plus vrai que dans la plupart des États, les montants de pots-de-vin exigés par les autorités locales corrompues sont généralement insignifiants pour bien des investisseurs. En outre, les montants payés par les entreprises peuvent facilement être refilés aux consommateurs à travers l'augmentation des prix<sup>28</sup>. De même, jusqu'à très récemment, les entreprises pouvaient déduire les montants illégalement payés aux fonctionnaires étrangers dans le calcul des revenus imposables<sup>29</sup>.

---

24. O. GOKCEKUS & Y. SUZUKI, préc., note 22.

25. P. MAURO, « Corruption and Growth », (1995) 110-3 *Quarterly Journal of Economics* 681.

26. T. MAJEED, préc., note 15.

27. James WILSON & Tom BURGIS, *Rio Tinto seals \$20bn iron ore development project with Guinea*, *ft*, 26 mai 2014, en ligne: <<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/00471d64-e418-11e3-a73a-00144feabdc0.html#axzz3oksJ1BWE>> (consulté le 19 novembre 2015)

28. Felipe LARRAÍN B. & José TAVARES, « Does Foreign Direct Investment Decrease Corruption? », (2004) 41 *Cuadernos de Economia* 217.

29. Bloomberg Business, *Germany, Where Bribery Is Tax Deductible* (Int'l Edition), August 06, 1995; US Department of State, *Battling International Bribery*, Bureau of Economic and Business Af-



Malgré les changements progressifs de mentalités, il subsisterait dans plusieurs États - y compris en Europe - une conception bienveillante de la corruption pratiquée dans le cadre des transactions commerciales internationales<sup>30</sup>. Selon un récent rapport de l'OCDE, bien plus que dans les États en développement, des pots-de-vin sont versés pour remporter des contrats auprès d'entreprises détenues ou contrôlées par l'État dans les économies avancées<sup>31</sup>. Ainsi, sur 400 affaires de corruption transnationale qui ont été recensées et qui impliquent les entreprises des États parties à la Convention de l'OCDE sur la corruption des agents publics étrangers<sup>32</sup>, il s'est avéré que la plupart des corrupteurs et des corrompus viennent des pays riches<sup>33</sup>. Par conséquent, il semble que la corruption n'affecte pas nécessairement la capacité d'un État à attirer des investisseurs étrangers, surtout lorsque cet État dispose de ressources rares.

L'intégration économique qui n'est pas accompagnée de mesures imposant aux États impliqués de combattre la corruption risque donc d'intensifier ce phénomène au mépris des conventions internationales auxquelles le Canada et plusieurs États de l'UE, y compris ceux du G20 sont parties<sup>34</sup>. Il sied de rappeler que la Commission européenne a récemment identifié les secteurs les plus touchés par la corruption, à savoir la promotion et la construction immobilières en zone urbaine, la planification écologique notamment en ce qui concerne l'octroi de permis d'urbanisme pour des projets de grande ampleur ainsi que les marchés publics et l'industrie pharmaceutique dans le secteur de la santé<sup>35</sup>. Plus particulièrement, la Commission a conclu que les garanties contre la fraude et la corruption dans le domaine des marchés publics (métro, route, chemin de fer, eau et déchets, bâtiment et travaux publics, formation, recherche et développement, etc.) constituent une priorité pour les États membres et les institutions de l'Union<sup>36</sup>. Or, ce sont ces différents secteurs qui intéressent la plupart des investisseurs canadiens désireux de profiter des opportunités offertes par l'AECG pour faire des affaires en Europe. Il est donc pressant que les États concernés par l'AECG créent ou renforcent leurs dispositifs anticorruption afin de traiter la corruption à la mesure des maux qu'elle cause à la société. Malheureusement, à l'heure actuelle, les États concernés par l'AECG traitent la corruption

fairs, Washington, DC, Juillet 1999.

30. François VINCKE, « L'anti-corruption après la Convention de Mérida », (2005) 85 *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 351.
31. *Rapport anticorruption*, préc., note 10.
32. *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, adoptée par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997.
33. *Rapport anticorruption*, préc., note 10.
34. *G20 Leaders Declaration*, G20 Information Centre, 2012 Los Cabos Summit, en ligne: <<http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos.html>> (consulté le 19 novembre 2015)
35. *Rapport anticorruption*, préc., note 10.
36. *Id.*, à la p. 24.

transnationale d'une façon très fragmentée, ce qui ne favorise pas un climat d'affaires transparent.

## 2. Écarts de réglementation de la corruption transnationale au niveau des États concernés par l'AECG

L'AECG met en relation le Canada et vingt-huit États membres de l'UE. Chacun de ces États réserve un traitement spécifique au phénomène de la corruption transnationale. Même les États dont les institutions sont démocratiques et anciennes ont des approches très variées en ce qui a trait à la lutte contre le phénomène de la corruption des agents publics étrangers. À titre d'exemple, alors que le régime anglais réprime de la même manière l'acte de corruption quel que soit le lieu où il est commis, le régime canadien est régi par deux lois différentes : le Code criminel pour la corruption des fonctionnaires à l'interne<sup>37</sup> et la *Loi sur la corruption des agents publics étrangers*<sup>38</sup>. L'une des conséquences de cette fragmentation est que, pour des faits similaires, la peine encourue va varier selon que l'infraction met en cause un fonctionnaire national ou un fonctionnaire étranger<sup>39</sup>.

À plusieurs égards, le régime canadien anticorruption transnationale paraît moins sévère que le dispositif juridique anglais en la matière. En effet, contrairement au régime canadien qui ne réprime que l'auteur de l'offre de corruption (corruption active)<sup>40</sup>, la loi anglaise réprime aussi bien ceux qui donnent les pots-de-vin que ceux qui les sollicitent ou les reçoivent<sup>41</sup>. De la même manière, au contraire de la loi canadienne qui ne criminalise pas les paiements de facilitation<sup>42</sup>, la loi anglaise adopte une politique de tolérance zéro à l'égard de ces paiements à moins qu'ils ne soient exigés par le droit local<sup>43</sup>. La loi anglaise réprime aussi tout comportement

37. C.cr., art. 120-123.

38. *Loi sur la corruption des agents publics étrangers*, L.C. 1998, ch. 34.

39. Depuis février 2013, l'auteur d'un acte de corruption d'un agent public étranger est puni d'une peine d'emprisonnement maximal de 14 ans alors que les mêmes faits donnent lieu à un emprisonnement maximal de 5 ans s'ils sont considérés comme étant de la fraude envers le gouvernement, C.cr., art. 121(3).

40. *Loi sur la corruption des agents publics étrangers, préc.*, note 38. La Loi canadienne ne fait donc pas mieux que la Convention de l'OCDE sur la corruption qu'elle a mis en oeuvre.

41. UK, *Bribery Act 2010*, Chapter 23, articles 1 et 2. La loi anglaise s'aligne ainsi sur les dispositions de la Convention de Mérida contre la corruption. Voir, *infra*, note 67.

42. *Id.*, art. 3 (4).

43. Sharifa G. HUNTER, « A Comparative Analysis of the Foreign Corrupt Practices Act and the U.K. Bribery Act, and the Practical Implications of Both on International Business » (2011), 18 *ILSA*

de corruption, que celui-ci implique un fonctionnaire du gouvernement ou un employé d'une entreprise privée<sup>44</sup>. Mais la différence la plus notable est la présence, dans la loi anglaise, d'une infraction de « défaut de prévenir la corruption ». En vertu de l'article 7 de cette loi, une entreprise pourra être poursuivie si son employé, son agent ou sa filiale a, pour son compte, commis un acte de corruption en violation de l'article 1 ou de l'article 6 de la même loi. Peu importe le rôle joué par les dirigeants de l'entreprise, celle-ci pourra être poursuivie pour avoir manqué à prévenir la corruption qu'une personne soit ou non déjà condamnée pour cette infraction. Comme il s'agit d'une infraction de responsabilité stricte, l'entreprise en question pourra se disculper en invoquant l'existence de mesures adéquates destinées à empêcher la survenance de ce genre de conduites. Il s'agit alors d'un moyen de défense de conformité qui permet à l'entreprise d'invoquer sa diligence raisonnable pour repousser les accusations. Par ailleurs, la responsabilité pénale de l'entreprise en vertu de l'article 7 de la loi anglaise n'exclut pas celle prévue aux articles 1 et 6 pour la même entité au cas où les actes de corruption seraient commis par un responsable d'entreprise considéré comme son âme dirigeante<sup>45</sup>.

Cette catégorie d'infractions de « défaut de conformité » ne se retrouve pas dans la Loi canadienne sur la corruption transnationale. Mais elles ne sont pas inconnues au Canada. La *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*<sup>46</sup> prévoit des infractions similaires<sup>47</sup>.

Les infractions qui reposent sur le manque de diligence facilitent généralement la tâche des autorités de répression tout en favorisant la prévention. En ce qui concerne la répression, l'infraction est présumée avoir été commise dès que la poursuite prouve la survenance de son élément matériel<sup>48</sup>. Il appartiendra alors à la personne poursuivie de renverser la présomption en prouvant sa diligence raisonnable, donc qu'elle n'a pas été négligente. L'efficacité préventive de cette catégorie d'infractions résulte du fait que la diligence raisonnable requise exige plus qu'un comportement passif. La personne poursuivie doit avoir cherché, par un comportement actif, à se

---

*Journal of International & Comparative Law* 89, 100.

44. *Bribery Act 2010*, préc., note 41, articles 3 et 6. Le Canada ne réprime pas expressément la corruption transnationale privée. Celle-ci n'est réprimée qu'à l'interne. Voir l'article 426 du C.cr. Mais en appliquant le critère du lien réel et important, la corruption privée transnationale peut être réprimée par le biais de l'article 426 du C.cr. Il faut alors démontrer que le crime a été commis à la fois ici et là-bas.
45. UK, Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010 Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bringing (section 9 of the Bribery Act)*, 2011, à la p. 9.
46. *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* L.C. 2000, ch. 17.
47. *Id.*, art. 77 (3) et 79.
48. *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299

conformer à la loi<sup>49</sup>. En matière de corruption, cela exige que la personne poursuivie démontre les efforts fournis, notamment sur le plan organisationnel, afin de créer une culture respectueuse des lois en vigueur.

La différence entre le système anglais de lutte contre la corruption et son vis-à-vis canadien existe aussi sur le terrain pratique. Malgré ses longues années d'existence, la Loi canadienne anti-corruption<sup>50</sup> n'a donné lieu qu'à une seule condamnation et à deux plaidoyers de culpabilité alors que la Loi Anglaise<sup>51</sup>, qui n'est en vigueur que depuis 2011, est en train de faire déjà ses preuves.<sup>52</sup> C'est dans ce sens que Transparency International a récemment classé le Canada parmi les États où la Convention de l'OCDE sur la corruption transnationale connaît une mise en œuvre modérée alors que le Royaume-Uni est, au même titre que l'Allemagne et la Suisse, parmi les États où cette mise en œuvre est active<sup>53</sup>.

La corruption transnationale est aussi traitée de différentes manières par plusieurs autres États développés membres de l'UE. Ainsi, selon Transparency International, la France, la Suède et la Norvège n'ont qu'une application limitée de la Convention de l'OCDE sur la répression de la corruption transnationale au même titre que la Hongrie et le Portugal. Aux Pays-Bas, en Espagne, en Belgique, au Danemark, en Grèce, en Pologne, au Luxembourg, cette Convention est peu ou pas mise en œuvre<sup>54</sup>. En ce qui concerne la France, l'OCDE a, à plusieurs reprises, appelé cet État à se conformer davantage à sa Convention en opérant des réformes visant à renforcer son dispositif de lutte contre la corruption transnationale<sup>55</sup>. Selon cette organisation internationale, aucune mesure législative n'a été prise pour « supprimer, en ce qui concerne la corruption d'agents publics étrangers commise par des Français hors du territoire de la République, l'exigence de réciprocité d'incrimination requise

---

49. *Lévis (Ville) c. Tétreault; Lévis (Ville) c. 2629-4470 Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 420

50. *Loi sur la corruption des agents publics étrangers*, préc., note 38.

51. *Bribery Act 2010*, préc., note 41.

52. UK, Serious Fraud Office, *Four charged in 'bio fuel' investigation*, 14 Août 2013, en ligne: <<http://www.sfo.gov.uk/press-room/latest-press-releases/press-releases-2013/four-charged-in-%27bio-fuel%27-investigation.aspx>> (consulté le 19 novembre 2015)

53. TI, *Exporting Corruption : Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combating Foreign Bribery*, 23 octobre 2014, en ligne: <[http://www.transparency.org/whatwedo/publication/exporting\\_corruption\\_progress\\_report\\_2014\\_assessing\\_enforcement\\_of\\_the\\_oecd](http://www.transparency.org/whatwedo/publication/exporting_corruption_progress_report_2014_assessing_enforcement_of_the_oecd)> (consulté le 19 novembre 2015)

54. *Id.*

55. OCDE, *Déclaration du Groupe de travail de l'OCDE sur la mise en œuvre par la France de la Convention sur la corruption d'agents publics étrangers*, 23 octobre 2014, en ligne: <<http://www.oecd.org/fr/corruption/declaration-du-groupe-de-travail-de-l-ocde-sur-la-mise-en-uvre-par-la-france-de-la-convention-sur-la-corruption-d-agents-publics-etranagers.htm>> Consulté le 19 novembre 2015

à l'article 113-6 du Code pénal »<sup>56</sup>. Au niveau de la procédure, l'OCDE regrettait la persistance en France d'un court délai de prescription de l'action publique applicable à l'infraction de corruption transnationale<sup>57</sup>. Ce délai est de trois ans à compter de la commission de l'infraction ou de sa découverte en cas de dissimulation, ce qui ne garantit pas un délai suffisant pour les enquêtes et les poursuites<sup>58</sup>. De même, l'OCDE a, en vain, proposé la suppression de l'exigence selon laquelle la poursuite de l'infraction commise à l'étranger par le ministère public français doit être conditionnée par l'existence d'une plainte préalable d'une victime ou d'une dénonciation officielle par l'autorité de l'État où le fait est survenu<sup>59</sup>. Elle s'est dit préoccupée par le fait qu'aucune condamnation d'entreprises françaises n'ait jamais été enregistrée en France du chef de corruption transnationale<sup>60</sup>, alors que plusieurs condamnations de ce genre ont été prononcées à l'étranger contre des sociétés françaises. En ce qui concerne les personnes physiques, il est rapporté que lorsque les rares condamnations finissent par être prononcées, les sanctions prévues sont loin d'être dissuasives. A titre d'illustration, entre 2012 et 2014, les trois seules personnes physiques ayant été condamnées pour cause de corruption transnationale n'ont écopé que de peines allant de cinq mille à vingt mille euros d'amende. Parallèlement, le nombre de relaxes, ordonnances de non-lieu et classements sans suite n'a cessé d'augmenter considérablement, passant d'un total de 12 en octobre 2012 à 31 en octobre 2014<sup>61</sup>.

Par ailleurs, il sied de remarquer que parmi les vingt-huit États membres de l'UE, près de la moitié des nouveaux adhérents proviennent de l'Europe de l'Est où le niveau de corruption a traditionnellement été élevé<sup>62</sup>. Il s'agit d'États comme la Bulgarie, le Chypre, la Croatie, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la République tchèque, la Roumanie, la Slovaquie, et la Slovénie. Selon Transparency International, dans la plupart de ces États, il n'y a presque pas de mesures législatives destinées à criminaliser la corruption transnationale<sup>63</sup>.

Ces écarts de traitement de la corruption transnationale risquent de créer plusieurs problèmes. Les entreprises dont les États d'origine ne répriment pas la corruption ne sentiront aucune incitation à rejeter les sollicitations de corruption par

---

56. *Rapport de suivi écrit de phase 3 et recommandations*, préc., note 9.

57. Notons que les crimes graves comme la corruption se sont pas prescriptibles au Canada.

58. *Rapport de suivi écrit de phase 3 et recommandations*, préc., note 9, à la p. 6.

59. *Rapport de suivi écrit de phase 3 et recommandations*, préc., note 9, à la p.5.

60. L'OCDE rapporte qu'entre octobre 2012 et octobre 2014, onze décisions de relaxes, ordonnances de non-lieu et classements sans suite ont été rendues en faveur des personnes morales en France. Voir *Germany, Where Bribery Is Tax Deductible*, préc., note 29.

61. *Germany, Where Bribery Is Tax Deductible*, préc., note 29, à la p. 4.

62. Diana SCHMIDT, « Anti-corruption: What Do We Know? Research on Preventing Corruption in the Post-communist World », (2007) 5-2 *Political Studies Review* 202.

63. *Exporting Corruption*, préc., note 53.

les fonctionnaires étrangers. Elles pourront même proposer des offres de pots de vin si les États hôte ne disposent pas de législations prohibitives appropriées. À l'inverse, les entreprises dont les États d'origine répriment sévèrement la corruption transnationale ou celles qui font affaires dans ces États sont dissuadées de participer aux activités de corruption. Celles qui décideraient d'être impliquées dans la corruption devraient être conscientes des risques d'être poursuivies, de devoir payer d'importantes amendes et, même, d'être suspendues à soumissionner aux marchés publics. D'autres problèmes sont liés au fait que les entreprises désireuses de mettre en place des programmes visant à se conformer à différentes législations risquent de les saucissonner en considération de ce que prévoit l'un ou l'autre État abritant leurs activités économiques. Tous ces risques ont un coût économique non négligeable, ce qui n'est pas de nature à favoriser la rentabilité des entreprises soumises aux lois réprimant la corruption transnationale alors que celles non exposées n'ont rien à déboursier à part les pots de vin. D'où la nécessité d'avoir un régime harmonisé en matière de lutte contre la corruption transnationale. Pour y arriver, le meilleur moyen nous semble être l'insertion d'une clause à cet effet dans l'AECG, ce qui poussera tous les États concernés par l'Accord à l'inclure dans leurs législations respectives.

### 3. Pour une clause anticorruption transnationale dans l'AECG

#### 3.1. Importance d'un robuste régime anticorruption

Il y a quelques décennies, la corruption transnationale était considérée comme un mal nécessaire<sup>64</sup>. La plupart des personnes<sup>65</sup> et des institutions, y compris les institutions monétaires et financières internationales, la traitaient comme du carburant visant à faire fonctionner les machines gouvernementales incapables de fonctionner sans être « huilées ». Cette approche était nourrie par le fait que certains États corrompus en Asie et en Amérique du Sud continuaient malgré tout à afficher un taux de croissance économique positif. Au cours de cette époque, les considérations politico-idéologiques comptaient pour beaucoup. Un gouvernement pouvait être très corrompu, mais aussi longtemps qu'il demeurait un allié politique et idéologique, il n'avait pas à s'inquiéter d'un éventuel blâme de la part des États développés

---

64. François VINCKE, « L'anti-corruption après la Convention de Mérida », (2005) 85 *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 351, 353.

65. Serguey BRAGUINSKY, « Corruption and Schumpeterian Growth in Different Economic Environments », (1996) 14-3 *Contemporary Economic Policy* 14.



et des institutions internationales<sup>66</sup>. Depuis les années 90, le discours a changé et il ne semble plus avoir quelconque intérêt à cautionner la corruption transnationale.

A juste titre, la corruption est de plus en plus décriée par des instruments juridiques internationaux. Dans le Préambule de la Convention de Mérida contre la corruption<sup>67</sup>, les États membres de l'organisation des Nations-Unies ont relevé quelques méfaits de la corruption comme : « la menace qu'elle constitue pour la stabilité et la sécurité des sociétés, en sapant les institutions et les valeurs démocratiques, les valeurs éthiques et la justice et en compromettant le développement durable et l'État de droit »<sup>68</sup>. Ces États se sont aussi déclarés préoccupés « par les liens qui existent entre la corruption et d'autres formes de criminalité, en particulier la criminalité organisée et la criminalité économique, y compris le blanchiment d'argent » de même que par des quantités considérables d'avoirs impliqués dans la corruption qui représentent une part substantielle des ressources des États, et qui menacent leur stabilité politique et leur développement durable<sup>69</sup>. Comme nous l'avons souligné dans l'introduction, dans son rapport de 2014<sup>70</sup>, la Commission européenne constatait que la corruption coûte chaque année 120 milliards d'euros à l'économie européenne, ce qui est presque l'équivalent du budget annuel de l'Union. La Commission relevait également dans certains États membres de l'UE, l'implication de la criminalité organisée dans des actes de corruption politique autour des marchés publics notamment<sup>71</sup>.

Le Secrétaire d'État à la justice du Royaume-Uni a, quant à lui, estimé que les victimes immédiates de la corruption transnationale sont notamment les entreprises qui perdent injustement des marchés qu'elles auraient pu gagner s'il n'y avait pas eu la corruption<sup>72</sup>. Les règles de la concurrence libre et équitable se retrouvent faussées chaque fois qu'un acte de corruption active ou passive est commis. D'autres victimes de la corruption sont les gouvernements et la société qui sont mis à mal par le mépris envers les principes de la primauté du droit alors que sont compromises les possibilités de développement socio-économique. Tel que nous l'avons souligné plus haut, il est de plus en plus évident que la corruption sape la croissance des économies. Entre autres, lorsque l'investisseur étranger est obligé de payer les pots-de-vin sans aucune justification légale, cela agit comme une taxe arbitrairement imposée,

66. Vito TANZI, « Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures », (1998) 45-4 *IMF Staff Papers* 559, 560.

67. *Convention des Nations Unies contre la corruption*, New York, 31 octobre 2003, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2349, p. 41; Doc. A/58/422.

68. *Id.*

69. *Id.*

70. *Rapport anticorruption*, préc., note 10.

71. *Id.*

72. Kenneth CLARKE, « Foreword », *The Bribery Act 2010, Guidance*, Ministry of Justice, 11 Février 2012, en ligne : <<https://www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-guidance>> (consulté le 19 novembre 2015)



ce qui crée de l'incertitude susceptible de faire baisser le niveau des investissements. De même, le manque de certitude quant à la nature du risque auquel une entreprise fait face, décourage l'entrepreneuriat qui est pourtant l'ingrédient nécessaire pour augmenter le taux de croissance économique<sup>73</sup>. Ne sachant pas à quoi s'attendre, l'entreprise confrontée aux sollicitations des agents publics corrompus ne peut ainsi pas prévoir d'avance son niveau de rentabilité, ce qui hausse les coûts de transaction et décourage d'autres investissements potentiels<sup>74</sup>. La corruption réduit aussi la qualité des infrastructures et des services publics, elle fait baisser les revenus des États, et encourage les fonctionnaires de talents à passer l'essentiel de leur temps à la recherche d'opportunités de corruption au lieu de produire de la valeur. La corruption peut aussi empêcher la réalisation de projets prioritaires au profit de ceux qui offrent des occasions de pots de vin<sup>75</sup>. Enfin, étant donné ses effets sur les capacités des gouvernements à satisfaire les services de base pour la population, la corruption peut facilement générer des atteintes aux droits fondamentaux tels que le droit à la vie, à l'égalité, à la non-discrimination, au procès équitable, à la santé, à l'éducation, au logement, à la nourriture, à la liberté de mouvement, etc.<sup>76</sup> En effet, les nombreuses ressources financières que les États perdent au profit des corrompus leur privent de la capacité à satisfaire les besoins fondamentaux des populations.

### 3.2. Opportunité d'intégrer des dispositions anticorruption à l'intérieur de l'AECG

Selon Sandholtz et Gray, un État faisant l'objet de plusieurs flux internationaux et qui appartient à un certain nombre d'organisations supranationales est négativement relié à la corruption<sup>77</sup>. En se joignant au processus d'intégration économique, les États s'exposent aux normes internationales qui condamnent et stigmatisent la corruption ainsi qu'aux pressions économiques et normatives anticorruption<sup>78</sup>. Cette exposition finit par influencer et produire des effets favorisant la bonne gouvernance et la lutte contre la corruption. On parle alors de l'intégration transformative.

---

73. Paolo MAURO, « Corruption : Causes, Consequences, and Agenda for Further Research », (1998) *Finance & Development* 11, 12.

74. *Id.*

75. P. MAURO, préc., note 73.

76. Martine BOERSMA, *Corruption : A violation of Human Rights and a Crime Under International Law?*, Cambridge, Intersentia, 2012.

77. Wayne SANDHOLTZ et Mark GRAY, « International Integration and National Corruption » (2003) 57-4 *International Organization* 761.

78. *Id.*, 765.

Cependant, il a été prouvé que faire partie d'un accord ou d'une organisation d'intégration économique ne change pas nécessairement les mentalités comme la perception de la corruption ou les idéologies politiques<sup>79</sup>. Même dans les cas où l'appartenance à une organisation est conditionnée par l'adoption de mesures pour assurer la bonne gouvernance démocratique à l'instar de celles imposées aux États candidats à l'UE, le changement rapide de mentalités n'est pas assuré pour plusieurs raisons. D'abord, les États soumis à ces conditions présentent de nombreux défis au niveau politique, économique et social qui sont difficiles à relever en même temps et à moyen terme<sup>80</sup>. Ensuite, les États qui sont assujettis à de telles conditionnalités avant leur adhésion peuvent décider de ne plus s'y investir une fois leur candidature admise au sein de l'organisation supranationale<sup>81</sup>.

La lutte effective contre la corruption ne doit donc pas se contenter de l'appartenance à une organisation communautaire ou à l'adoption d'accords d'intégration économique dont les contenus sont par ailleurs variables. Elle a besoin d'être faite à travers plusieurs autres mécanismes pour qu'elle puisse donner lieu à des résultats satisfaisants<sup>82</sup>. Dans le cas de l'AECG, ces mécanismes de lutte contre la corruption transnationale ont besoin d'être clairement définis et imposés aux États liés par cet Accord. Il est donc important que cet accord soit amendé ou complété par une clause anticorruption afin de montrer à tous les États concernés que le commerce libre et équitable ne saurait s'opérer pleinement sans que les problèmes de corruption ne soient résolus.

On peut opposer à cette proposition le fait que l'AECG soit un accord visant l'intégration économique et la promotion du commerce, domaines apparemment très éloignés du champ criminel dont relèvent les dispositions anticorruption. Un tel argument ne serait pas fondé, car de plus en plus, plusieurs accords de libre-échange contiennent des dispositions qui portent sur des domaines connexes au commerce comme la protection de l'environnement, la protection des droits des travailleurs ou même la corruption<sup>83</sup>. Or, comme nous l'avons vu plus haut, le commerce en géné-

79. Tim Haughton « When Does the EU Make a Difference? Conditionality and the Accession Process in Central and Eastern Europe », (2007) 5-2 *Political Studies Review* 233.

80. COMMISSION EUROPÉENNE, *From Financial Crisis to Recovery: a European Framework for Action*, 2008.

81. Ian BARNES et Claire Randerson, « EU Enlargement and the Effectiveness of Conditionality: Keeping to the Deal? », (2006) 48-4 *Managerial Law* 351.

82. Roberto CHANG, Linda KALTANI & Norman LOAYZA. « Openness is Good for Growth: The Role of Policy Complementarities », (2009) 90 *Journal of Development Economics* 33-4 « proxies of educational investment, financial depth, inflation stabilization, public infrastructure, governance, labor-market flexibility, ease of firm entry, and ease of firm exit. We find that the growth effects of openness are positive and economically significant if certain complementary reforms are undertaken ».

83. Dans la section qui suit, nous verrons les exemples d'accords de libre-échange qui prévoient des

ral et l'investissement étranger en particulier sont des domaines qui sont de plus en plus exposés aux pratiques de corruption. La lutte contre la corruption n'est donc pas un domaine vraiment étranger aux activités économiques. Il s'agit de domaines plutôt complémentaires. Plus précisément, les clauses anticorruption insérées dans les accords de libre-échange visent, par des moyens indirects, à promouvoir et à renforcer le commerce libre et équitable. Comme l'a relevé la Commission européenne dans sa communication de 2011 relativement à la lutte contre la corruption dans l'Union, les relations commerciales bilatérales constituent un mécanisme important pour la promotion des politiques anticorruption et de bonne gouvernance<sup>84</sup>.

### 3.3. Proposition d'un modèle de clause anticorruption pour l'AECG

Les dispositions anticorruption dans le contexte des accords portant sur le commerce et les investissements peuvent prendre plusieurs formes. Il peut s'agir d'une clause qui oblige les États parties à adopter une ou plusieurs conventions internationales de lutte contre la corruption. Cependant, ce genre de clauses comporte le risque de rester dans les généralités sans apporter de réels changements législatifs au niveau national. D'où l'importance d'insérer dans l'AECG une clause spécifique anticorruption comportant des dispositions claires que les États concernés doivent insérer dans leur législation interne.

Le point de départ pourrait être la reprise de certaines dispositions contenues dans la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dont fait partie la majorité des États concernés par l'AECG. Cette convention prévoit, entre autres, que,

« chaque partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international »<sup>85</sup>.

La convention exige que les États parties répriment non seulement la commission de l'infraction à titre d'auteur principal mais aussi à titre de complice, d'ins-

---

dispositions relatives à la corruption.

84. COMMISSION EUROPÉENNE, *La lutte contre la corruption dans l'UE*, COM(2011) 308 final, Bruxelles, le 6.6.2011, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0308:FIN:FR:PDF>> (consulté le 19 novembre 2015)

85. *Loi sur la corruption des agents publics étrangers, préc.*, note 38, art. 1 (1).

tigateur, de fournisseur d'aide, encouragement, assistance ou autorisation<sup>86</sup>. Les personnes morales sont aussi susceptibles d'être poursuivies en vertu de l'article 2 de cette convention. Cependant, la Convention de l'OCDE n'est pas détaillée et ne prévoit pas beaucoup de possibilités d'incrimination. C'est pour cela que ses dispositions doivent avoir comme compléments celles de la Convention de Mérida qui, en dehors de la corruption active, réprime la corruption passive (le fait de solliciter ou d'accepter les pots de vin, directement ou indirectement)<sup>87</sup>. Constituent aussi des approches intéressantes à inclure dans l'AECG le fait d'obliger les États à incriminer certains actes comme le trafic d'influence, l'abus de fonctions, l'enrichissement illégitime ainsi que la répression de la corruption privée<sup>88</sup>. Mais les dispositions les plus intéressantes sont celles relatives à la possibilité d'annuler les contrats ou tout autre acte juridique obtenu par corruption de même que la réparation en faveur de ceux qui pourraient subir un quelconque préjudice<sup>89</sup>.

Depuis une vingtaine d'années, quelques accords et traités de libre-échange et d'investissement ont pris les devants en incluant des clauses portant sur la lutte contre la corruption. L'un des plus anciens accords qui l'ont fait, semble être l'Accord établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Fédération de Russie, d'autre part. Malgré le manque de détails, cet Accord prévoit que les parties établissent une coopération destinée à prévenir les activités illégales en matière économique telle que la corruption<sup>90</sup>. En plus, quoique modeste, la clause anticorruption est aussi présente dans l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Singapour conclu en 2004<sup>91</sup>. Néanmoins, la clause anticorruption transnationale la plus détaillée semble être celle incluse dans

86. *Id.*, art. 1 (2). La tentative et le complot sont aussi punissables en vertu de ce même paragraphe.

87. *Convention des Nations Unies contre la corruption*, New York, 31 octobre 2003, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2349, p. 41; Doc. A/58/422. art. 15

88. *Id.*, art. 18-21.

89. *Id.*, art. 34-35.

90. Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Fédération de Russie, d'autre part, 1994 (en vigueur depuis 1997), Title VIII - Cooperation on Prevention of Illegal Activities, Article 84: « The Parties shall establish cooperation aimed at preventing illegal activities such as: (...) illegal activities in the sphere of economics, including corruption ».

91. *United-States – Singapore Free Trade Agreement*, 2004, article 21.5 : « Anti-corruption

1. Each Party reaffirms its firm existing commitment to the adoption, maintenance, and enforcement of effective measures, including deterrent penalties, against bribery and corruption in international business transactions. The Parties further commit to undertake best efforts to associate themselves with appropriate international anti-corruption instruments and to encourage and support appropriate anti-corruption initiatives and activities in relevant international fora.

2. The Parties shall cooperate to strive to eliminate bribery and corruption and to promote transparency in international trade. They will look for avenues in relevant international fora to address these issues and build upon the potential anti-corruption efforts in these fora ».

l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc également conclu en 2004. À l'article 18.5, cette Convention prévoit une clause anticorruption qui pourrait devenir un modèle pour les accords à venir ou en cas d'amendement ou d'ajouts à des accords déjà conclus comme l'AECG<sup>92</sup>. En premier lieu, cette clause prévoit une affirmation relative à la détermination permanente des Parties « à éliminer la corruption dans le commerce et l'investissement internationaux »<sup>93</sup>. Ensuite, la clause prévoit l'adoption de mesures législatives ou autres mesures nécessaires pour établir un acte criminel de corruption passive<sup>94</sup> et active<sup>95</sup>. De même, la clause exige aux parties de réprimer la complicité et le complot à la commission des actes visés aux sous-paragraphes a) à c)<sup>96</sup> et de prévoir des sanctions proportionnées à la gravité de l'infraction<sup>97</sup>. Par ailleurs, la clause demande à chaque partie de s'efforcer « d'adopter ou de maintenir les mesures appropriées pour protéger les personnes qui, de bonne foi, signalent des actes de corruption »<sup>98</sup>. Il s'agit de protéger les donneurs d'alerte encore appelés dénonciateurs éthiques ou *whistleblowers* afin de favoriser l'éthique et la conformité au sein des organisations publiques ou privées. Enfin, la clause prévoit deux autres engagements pour les États parties : d'un part l'engagement à reconnaître « l'importance des initiatives régionales et multilatérales pour éliminer la corruption dans le commerce et l'investissement internationaux » et, d'autre part, l'engagement d'œuvrer « de concert afin d'encourager et d'appuyer les initiatives appropriées dans les instances internationales pertinentes »<sup>99</sup>.

L'Accord de libre-échange États-Unis-Corée comporte une clause anticorruption identique à celle de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc que

---

92. *Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc*, 2004, article 18.5.

93. *Id.*, art. 18.5 (1).

94. *Id.*, art. 18.5 (2) a) « le fait, pour un agent public de la Partie ou toute personne qui remplit des fonctions publiques pour la Partie, de solliciter intentionnellement ou d'accepter, directement ou indirectement, tout article de valeur pécuniaire ou autre avantage, tel qu'un service, une promesse, ou un avantage, pour lui-même ou pour autrui, en échange de toute action ou omission dans l'exercice de ses fonctions publiques ».

95. *Id.*, art. 18.5 (2) b) « le fait, pour toute personne relevant de la juridiction de la Partie, d'offrir intentionnellement ou d'accorder, directement ou indirectement, à un agent public de la Partie ou à toute personne qui remplit des fonctions publiques pour la Partie, tout article de valeur pécuniaire ou autre avantage, tel qu'un service, une promesse, ou un avantage, pour lui-même ou pour autrui, en échange de toute action ou omission dans l'exercice de ses fonctions publiques »; art. 18.5 (2) c) « le fait, pour toute personne relevant de la juridiction de la Partie, d'offrir intentionnellement, de promettre ou d'accorder, directement ou indirectement, un avantage indu pécuniaire ou d'une autre forme à un agent public étranger, afin que cet agent ou une autre personne agisse ou s'abstienne d'agir dans le cadre de l'exercice de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou de conserver certaines affaires ou autre avantage irrégulier dans la conduite du commerce international ».

96. *Id.*, art. 18.5 (2) d).

97. *Id.*, art. 18.5 (3).

98. *Id.*, art. 18.5 (4).

99. *Id.*, art. 18.5 (4).

nous venons d'analyser<sup>100</sup>. Une clause similaire se retrouve dans l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine et l'Amérique centrale (CAFTA)<sup>101</sup>. Celle-ci a toutefois la particularité de comporter une disposition relative à la responsabilité pénale des personnes morales<sup>102</sup>. Il en est de même de l'accord de libre échange entre le Canada et le Pérou.<sup>103</sup>

Cette clause anticorruption du CAFTA est très intéressante pour les fins de notre étude, car elle est incluse dans un accord conclu entre un État et un bloc régional comprenant plusieurs États. Une clause semblable pourrait donc être adoptée et intégrée dans l'AECG. Le chapitre 31 de l'AECG relatif à la transparence pourrait adéquatement accueillir une telle disposition. Bien évidemment, cette clause devra d'abord subir des aménagements nécessaires notamment en remplaçant les termes « chaque Partie fera en sorte que » ou « chaque partie s'efforcera d'adopter » par des formulations qui impliqueraient des obligations plus contraignantes pour les États.. Un élargissement de la prohibition de la corruption publique à la prohibition de la corruption privée devrait aussi être envisagé. Il serait par ailleurs bénéfique d'insérer une obligation de conformité à la lutte contre la corruption que les États parties devront imposer à leurs entreprises afin que celles-ci adoptent des procédés et implantent des dispositifs anticorruption au risque d'engager leur responsabilité pénale. Enfin, il faudrait une disposition qui mette en garde les différents fournisseurs que les contrats conclus en violation des standards anticorruption perdront toute protection habituellement disponible pour les investissements étrangers. Plus précisément, à l'instar de ce que prévoit la Convention de Mérida<sup>104</sup>, une clause robuste a besoin de comporter une disposition sur la possibilité d'annuler les contrats ou tout autre acte juridique obtenu par corruption de même que la réparation en faveur de ceux qui pourraient subir un quelconque préjudice comme les soumissionnaires ayant été indûment écartés.

---

100. *The U.S.- Korea Free Trade Agreement* (KORUS), 2012, Chapitre 21- Transparency, art. 21.6.

101. *The Dominican Republic – Central America Free Trade Agreement*, 2004, art. 18.7 et 18.8.

102. *Id.*, art. 18.8 (3). Si le régime juridique de l'un ou l'autre État ne prévoit pas cette forme de responsabilité, la disposition recommande de s'assurer que la sanction prise soit effective, proportionnée et dissuasive.

103. L'Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou (2009), articles 1907 à 1910. L'Accord de libre-échange entre le Canada et la Colombie (2011) comporte une clause semblable. Voir les articles 1907 à 1910. Plusieurs autres accords conclus ultérieurement ont les mêmes clauses anticorruption. C'est le cas par exemple de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la Jordanie (2012), articles 21-7 à 12-10 ; de l'Accord de libre échange entre le Canada et le Panama (2013), articles 2008 à 2010 ; et de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Honduras (2014), articles 20.07 à 20.10. Bien que très récent, l'Accord de libre-échange entre le Canada et la Corée (2015) ne comporte pas de clause anticorruption.

104. *The Dominican Republic – Central America Free Trade Agreement*, préc., note 101, art. 34-35.



Les États parties à l'AECG pourraient par ailleurs opter pour la clause anticorruption qu'on retrouve dans le très récent accord de Partenariat transpacifique (PTP) auquel le Canada est par ailleurs partie. Comme on peut le voir, cette clause est la plus complète et la plus contraignante de toutes les clauses mentionnées précédemment. Elle est située à la section C du chapitre 26 de l'accord. Ainsi, l'article 26.6 prévoit la portée de la clause en soulignant la volonté des États parties d'éliminer la corruption dans les échanges internationaux et l'investissement et en reconnaissant la nécessité de renforcer l'intégrité au sein des secteurs public et privé. Le même article prévoit ensuite que chaque partie doit ratifier ou adhérer à la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>105</sup>. Le contenu de cette clause fait d'ailleurs référence aux dispositions de cette Convention. Le premier paragraphe de l'article 26.7 du PTP définit les infractions de corruption que chaque partie doit adopter ou maintenir en référant à la fois à la corruption active et à la corruption passive. Le deuxième paragraphe de l'article 26.7 souligne la nécessité de prévoir des sanctions dissuasives contre les auteurs des infractions définies au paragraphe précédent. Quant au paragraphe 3, il oblige chaque partie à adopter ou maintenir les principes juridiques relatifs à la responsabilité des personnes morales pour lesquelles des sanctions pénales proportionnées et dissuasives sont préconisées. Le paragraphe 4 du même article souligne l'obligation pour chaque partie de rejeter la déduction des impôts des dépenses engagées dans le cadre de la commission d'une infraction visée. Pour sa part, le paragraphe 5 oblige les États parties à s'engager à assurer la régularité dans la tenue de livres et registres comptables, la présentation des états financiers et la conformité aux normes de comptabilité et d'audit. Le même paragraphe oblige aux États de prohiber tout acte comptable irrégulier effectué dans le but de commettre l'une des infractions de corruption. Enfin, le paragraphe 6 prévoit la protection des whistleblowers qui, de bonne foi, dénoncent l'une ou l'autre infraction de corruption.

Par ailleurs, l'article 26.8 du PTP oblige les États à promouvoir l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité dans le secteur public en adoptant des mesures adéquates en matière de sélection, de formation, de transparence, de gestion de conflits d'intérêts, de dénonciation des actes de corruption, d'adoption de codes de conduite et d'imposition de sanctions disciplinaires et administratives. En vertu de l'article 26.9, les États parties s'engagent à appliquer de bonne foi leurs lois anti-corruption adoptées ou maintenues en vertu de l'article 26.7 (1) et à coopérer les uns avec les autres en vue de renforcer l'efficacité des mesures d'application de ces lois. L'article 26.10 quant à lui renferme les engagements des parties à prendre des mesures appropriées pour assurer la participation du secteur privé, la société civile et les organisations non-gouvernementales et communautaires à la prévention et à la lutte contre la corruption. Le même article, au paragraphe 2, comporte l'engagement des États par-

---

105. *Convention des Nations Unies contre la corruption*, préc., note 67.



ties à faire tout ce qui est en leur pouvoir pour encourager les entreprises privées, compte tenu de leur structure et de leur taille, à

élaborer et adopter des mécanismes appropriés de contrôle, d'audit et de certification visant à faciliter la prévention et la détection des actes de corruption dans les échanges ou l'investissement international. Enfin, le paragraphe 3 du même article prévoit la prise de mesures appropriées par chaque État partie en vue de faire connaître au public ses organes de lutte anti-corruption et de faciliter des dénonciations publiques ou anonymes à ces organes en cas d'incident relié à la corruption.

Enfin, l'article 26.12 du PTP prévoit qu'une partie peut saisir le mécanisme de règlement des différends prévu par ce traité si elle estime qu'une mesure prise par une autre Partie est incompatible avec les obligations contenues dans le chapitre 26 (à l'exception de l'article 26.9) ou que la non exécution des ses obligations par une autre Partie affecte les échanges et l'investissement entre les Parties. Par ailleurs, une partie qui croit que ses activités relatives aux échanges et à l'investissement sont affectées par une affaire soumise au processus de consultation prévu à l'article 28.5 peut demander à y participer<sup>106</sup>.

---

106. *Partenariat transpacifique*, article 26.12, para. 4 et 5.

## CONCLUSION

En définitive, l'AECG facilite l'intensification des relations économiques et commerciales entre les États qui ont une pratique anticorruption très robuste comme le Royaume-Uni, l'Allemagne et le Canada d'un côté et de l'autre, les États qui ont une pratique passive en matière de lutte contre la corruption transnationale. Cela crée une situation de déséquilibre qui mérite fortement d'être corrigée par l'insertion d'une clause anticorruption transnationale dans l'AECG. Au moment où la France et l'Allemagne souhaitent la réouverture des négociations sur certaines dispositions de l'AECG notamment en matière de règlement des différends, les parties intéressées devraient en profiter pour y inclure cette clause anticorruption.

Depuis 1998, le Canada s'est montré déterminé à combattre la corruption transnationale. Cette détermination s'est accentuée en 2013 avec l'augmentation de la peine encourue par les auteurs d'actes de corruption à l'étranger ainsi que l'insertion de la nouvelle disposition établissant la compétence personnelle active dans la Loi sur la corruption des agents publics étrangers<sup>107</sup>. Il est nécessaire que le Canada intensifie sa détermination en renforçant son dispositif anticorruption et en l'exportant à travers les accords de promotion et de développement des investissements comme l'AECG.

Étant donné la position du Canada et de l'UE dans le commerce international, l'insertion des dispositions anticorruption au sein de l'AECG pourrait avoir un impact significatif sur le climat des affaires internationales en évitant que des centaines d'entreprises respectueuses de la loi souffrent de pratiques de corruption de leurs concurrentes.

Dans leur déclaration de 2012, les dirigeants du G20, qui comprend le Canada et plusieurs États européens, se sont quant à eux engagés à lutter énergiquement contre la corruption par plusieurs moyens<sup>108</sup>. L'inclusion des dispositions anticorruption dans l'AECG serait donc l'un des mécanismes destinés à mettre en œuvre ces engagements.

Pour sa part, l'UE, à travers le Traité sur le fonctionnement de l'UE, présente la corruption comme étant l'un des crimes transnationaux particulièrement graves pour lesquels « le Parlement et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions (...)»<sup>109</sup>.

---

107. Norman KEITH, *Canadian Anti-Corruption Law and Compliance*, LexisNexis, Markham, 2013, à la p.15.

108. *G20 Leaders Declaration*, préc., note 34.

109. *Traité sur le fonctionnement de l'UE*, art. 83(1).

Compte tenu de la diversité des États et des cultures que l'AECG embrasse, il est urgent qu'il y ait des règles communes en matière de lutte contre la corruption transnationale afin de rassurer les investisseurs et tous les autres acteurs du commerce international.

Bien évidemment, la simple existence de règles de lutte contre la corruption ne suffit pas. Le succès de la lutte contre la corruption repose aussi sur l'existence d'institutions judiciaires et quasi judiciaires fortes capables d'assurer la mise en œuvre de ces règles, de leur efficace financement<sup>110</sup>, de la qualité du mode de gouvernance politique<sup>111</sup>, et surtout de la volonté et de la détermination des gouvernements. Il appartient aux parties prenantes à l'AECG de s'assurer que l'accord favorise une lutte efficace contre la corruption transnationale. Au risque de désavantager leurs entreprises respectives, les États parties à l'AECG qui luttent déjà efficacement contre la corruption transnationale devraient, à travers cet accord, inciter d'autres États à moderniser leurs législations.

---

110. T. MAJEED, préc., note 15, 762.

111. Daniel TREISMAN, « The Causes of Corruption: A Cross-national Study », (2000) 76 *Journal of Public Economics* 399.