

La corruption : problématique générale et état de la question (*)

Robert ANDERSEN

*Président de Chambre au Conseil d'État,
Professeur extraordinaire à la Faculté de droit
de l'Université catholique de Louvain*

et

Pierre NIHOUL

*Auditeur au Conseil d'État,
Maître de conférences invité à la Faculté de droit
de l'Université catholique de Louvain*

CHAPITRE PREMIER. — Phénomène de la corruption (1)

Tant la vie publique que la vie économique sont marquées ces quinze dernières années par ce que l'on a appelé pudiquement les « affaires » dans lesquelles le phénomène de la corruption *sensu lato* joue un rôle majeur. La Belgique n'y a pas échappé. Que l'on songe aux affaires INUSOP, Agusta-Dassault, des négriers de la construction, du trafic d'hormones, du Smeerpipj, etc.

Section I. — Causes de la corruption

Selon certaines théories, la présence de barrières à la libre confrontation des intérêts individuels produit la corruption. Dans cette thèse, la fonction de la corruption serait de permettre aux forces du marché de s'exprimer plus librement.

La corruption pallierait ainsi un certain nombre de déficiences fonctionnelles de la structure officielle et légale du système, lesquelles engendreraient

(*) Texte du rapport introductif présenté au séminaire U.C.L. — Université de Genève consacré à la corruption, tenu à Genève les 30 et 31 janvier 1998. Des rapports spécifiques ont porté sur les aspects pénaux, commerciaux et fiscaux du phénomène.

(1) Les opinions exprimées dans cette étude n'engagent que leurs auteurs.

frustrations et déceptions. Quand l'État ou le marché ne sont plus capables de répondre aux demandes économiques et sociales de ceux qui ont des problèmes, qu'il s'agisse de travailleurs ou d'entrepreneurs, il existe une opportunité pour les acteurs de réseaux parallèles, lesquels apparaissent comme des modes alternatifs de création de richesses, de redistribution et d'intégration.

La corruption sévit aussi dans toutes les situations caractérisées par des inégalités sociales importantes et par un accès différencié aux ressources tant privées que publiques. Ainsi, elle apparaît massivement dans les phases de transition entre un stade de développement et un autre et dans les situations d'instabilité et de crises économiques et sociales. La répartition des ressources devenues plus rares, associée à la rupture du consensus sur la manière de définir et de gérer l'intérêt public, favorise les pratiques de corruption.

Le phénomène de la corruption dépend également de l'intensité du contrôle social — formel et informel — opéré par la société sur les activités de ceux qui ont accès au pouvoir. Le degré de visibilité de la corruption dépend donc également de la culture de la société dans laquelle elle se produit. A cet égard, le contrôle social est assuré par des instances officielles comme la justice et la police dans les institutions publiques ou l'audit dans les sociétés privées, mais aussi par des instances privées, individuelles ou collectives, telles que l'opinion publique et les moyens de communication. Lorsque l'action de ces deux instances converge, leur efficacité augmente. En Italie, l'opération *Mani pulite* (mains propres) illustre ainsi l'efficacité d'un travail coordonné entre ces deux instances.

Une autre cause de la corruption est une perception inadéquate de l'intérêt public. Ainsi, en ce qui concerne les pays en voie de développement, il est difficile de faire émerger un intérêt commun, et donc public, au niveau de l'État et de la société dans son ensemble lorsque cette dernière change brusquement de dimension et que ce changement est engendré de l'extérieur au lieu d'être le sous-produit d'un processus historique interne de longue durée.

« L'obéissance à la loi que l'on s'est prescrite est liberté », écrit Rousseau. Et sans cette liberté, l'État n'a pas de légitimité, car il n'y a pas de consentement du citoyen. L'absence de légitimité de l'État est alors considérée comme une des sources majeures de corruption.

Il est vrai que la question de l'altération du bien public est par essence relative, celle-ci dépendant de la perception culturelle de la corruption dans une société donnée et des fonctions qu'elle y remplit.

Enfin, nos sociétés modernes se caractérisent par une immixtion de plus en plus grande du pouvoir dans la vie sociale et économique.

Ainsi, en matière économique, ce qui a caractérisé jusqu'à ces dernières années la prestation des biens et des services publics, c'est la situation de monopole dans laquelle ladite prestation est rendue. Or, le monopole est un facteur qui favorise l'émergence de comportements corrompus.

Par ailleurs, l'activité législative et administrative a de plus en plus tendance à se développer en ayant recours aux pouvoirs dits discrétionnaires. La complexité de la vie sociale et la complexité des choix techniques et politiques auxquels sont quotidiennement confrontés les décideurs exigent que le pouvoir soit exercé sans faire l'objet de réglementations trop précises. A l'instar du monopole, le caractère discrétionnaire est une condition qui rend l'exercice du pouvoir plus vulnérable à la corruption.

Dans le même ordre d'idées, il faut également souligner l'importance quantitative de l'activité législative de l'État. Cette dernière implique une augmentation des prestations de l'État mais aussi des obligations des citoyens envers l'État. Si les lois et les prescriptions qui en résultent ne sont que peu ou pas du tout appliquées, alors elles discréditent l'État et son autorité, et la corruption s'en trouve d'autant plus renforcée. La multiplicité des lois et le caractère transitoire de leur application provoquent de l'indifférence face à la loi, voire une sorte de désobéissance civile : les normes sont ignorées et ne sont pas respectées. Lorsque les normes ne sont pas observées, les autorités réagissent en les renouvelant, quasiment toujours par le recours à des instruments normatifs qui, à leur tour, ne reçoivent de leurs destinataires que la même indifférence. Ainsi se crée un cycle difficile à rompre. Par cette superposition de normes et de procédures administratives qui occasionnent une régulation excessive de la vie économique et sociale, le tissu normatif devient progressivement plus dense et plus impénétrable. Autrement dit, la société évolue dans un environnement saturé de normes qu'il est difficile de rendre compatibles. « *Corruptissima republika, plurimae leges* » disait Tacite (2).

Section II. — Effets de la corruption

Les pratiques de corruption ont des conséquences économiques considérables. En nuisant à l'ouverture régulière et à l'épanouissement normal du marché, les comportements criminels du corrupteur et du corrompu font une victime directe, à savoir l'État et son système économique et social, et une multitude de victimes indirectes, à savoir les concurrents, les consommateurs et parfois même une population dans son ensemble.

(2) Plus la république est corrompue, plus nombreuses sont les lois.

Ainsi, lors de la conclusion d'un contrat public relatif à la construction d'un ouvrage ou à la livraison de fournitures, les entrepreneurs tentent, par tous les moyens, d'obtenir, indûment des fonctionnaires publics, les privilèges les plus divers, à savoir :

- la possibilité pour l'entreprise de travailler effectivement dans un régime de monopole du fait que l'officier public, par des subterfuges à chaque fois différents, garantit la remise des adjudications à une entreprise donnée, excluant d'avance toutes les autres ;
- la décision de l'organisme public de construire un ouvrage plutôt qu'un autre ;
- le repérage de caractéristiques de l'œuvre publique à réaliser telles qu'elles comportent une nette augmentation du coût de réalisation et, partant, des prix et des avantages pour l'entreprise ;
- enfin, la carence ou l'absence absolue de contrôles substantiels, ce qui permet à l'entreprise de réaliser de grandes économies aux dépens de la qualité de l'ouvrage, en employant du matériel ou des techniques de niveau inférieur à celui établi par le contrat.

Les effets produits par un tel système de corruption apparaissent à plusieurs niveaux. Tout d'abord, le paiement du prix de la corruption, loin de constituer la plupart du temps une charge pour l'entrepreneur, lequel récupère en effet le montant du pot de vin par des systèmes simples et éprouvés qui vont de la révision des prix pendant la réalisation de l'œuvre à l'emploi de matériaux ou de technologies moins coûteux, représente en réalité une augmentation du coût de l'œuvre et, partant, de la dépense publique. Ensuite, cette pratique débouche souvent sur la construction d'ouvrages parfaitement inutiles (et souvent même inachevés) seulement parce que ceux-ci constituent le véhicule de transit du pot-de-vin. Ou encore, les prestations à effectuer donnent des résultats médiocres, pour ne pas dire désastreux, dans la mesure où la soumission est attribuée à une entreprise moins compétente qu'une autre. On ne doit pas oublier non plus que la prolongation des temps de réalisation d'un ouvrage public représente une charge sociale importante et donc un dommage pour la collectivité. Enfin, ce système provoque aussi des dégâts au niveau des entreprises : dans la mesure où les règles d'attribution des prestations négligent le professionnalisme, à savoir la maîtrise des instruments, des matériaux et de la technologie, celui-ci tend à diminuer progressivement dans la mesure où il est dépassé par une capacité de corruption. En offrant des produits et des services de moindre qualité, lesdites entreprises subiront des dommages qui, s'ils ne se manifestent pas dans le cadre du marché protégé, apparaîtront certainement sur le plan international.

Les pratiques de corruption ont aussi des conséquences sur le système politique et sur les règles de la démocratie dans la mesure où elles favorisent des positions monopolistiques de partis politiques et où elles faussent la concurrence électorale, dans la mesure où la sélection des candidats se fait, non pas pour leurs capacités politiques, mais pour leur habilité à recueillir des financements destinés à alimenter les caisses du parti et dans la mesure où les entrepreneurs exercent un chantage sur les fonctionnaires et les politiciens afin de modifier leur comportement.

Par ailleurs, un système diffus et généralisé de corruption provoque une détérioration progressive du fonctionnement de l'administration publique, laquelle finit par ne plus tenir compte des règles d'efficacité et d'impartialité qui devraient constamment inspirer son intervention et régler ses rapports avec les citoyens.

La corruption porte résolument et définitivement atteinte à l'égalité entre citoyens, sa caractéristique intrinsèque étant d'engendrer des situations de privilège ou de défaveur. Le comportement corrompu engendre donc toujours une forme de discrimination. Or, l'égalité des citoyens et le principe de non discrimination constituent une avancée inestimable en matière de droits de l'homme de telle sorte que le phénomène de la corruption se traduit en fin de compte par une atteinte à la citoyenneté et dès lors par une négation des droits de l'homme.

Les actes de corruption peuvent enfin avoir un impact social énorme, à savoir le comportement d'une nation tout entière (individu, pouvoir, gouvernement). Ainsi, la moralité de la population peut être gangrenée par le comportement délictueux de personnes importantes sur le plan économique et politique. De la même manière que les pouvoirs publics et économiques marquent la vie politique et économique d'une société, ils en influencent et en façonnent les mœurs de telle sorte que leur impact peut être bénéfique tout comme il peut aussi saper la confiance de la population dans le système et finalement affaiblir la cohésion sociale.

CHAPITRE II. — Définition de la corruption

Section I. — Approche sociologique

De la brève esquisse qui précède du phénomène de la corruption, il ressort que de manière générale, la corruption peut être qualifiée de « poursuite d'un intérêt privé aux dépens d'un intérêt public », l'intérêt public pouvant être défini soit par rapport à une valeur abstraite (la justice), soit par rapport à un intérêt collectif spécifique (la Nation ou l'État), soit par rapport

à un intérêt social poursuivi par un ou plusieurs individus (les formes d'associations entre une ou plusieurs personnes).

Il faut donc qu'il existe une distance entre intérêt privé et intérêt public ou social. Ainsi, le développement de la corruption est favorisé lorsque le pouvoir est considéré comme une marchandise par celui qui occupe cette position. Dans ce cas, le pouvoir devient l'objet d'une transaction de nature marchande.

Or, n'est-ce pas justement le propre de la culture démocratique de supposer, d'une part, une juste identification des distinctions entre les personnes, les ordres, les fonctions et, d'autre part, une médiation entre ces différences ; en d'autres termes, elle érige un système de distinction et organise la coordination et l'équilibre entre les pouvoirs et les autorités. Par contre, la corruption passe au travers de ces distinctions, les ignore en compromettant les acteurs qui devraient être distincts et établit des discriminations. En tant qu'accumulation illicite de pouvoir, la corruption, par un biais ou par un autre, ignore les séparations démocratiques classiques, à savoir la séparation des trois pouvoirs.

Mais cette définition de type sociologique ou issue des sciences politiques ne suffit pas pour enrayer le phénomène de la corruption. Celui-ci doit aussi être appréhendé par le droit afin de pouvoir le sanctionner (Chapitre III) et d'y apporter des remèdes normatifs adéquats (Chapitre IV).

Section II. — Approche juridique

Définir la corruption en droit tient de la gageure. Il existe en effet — faut-il s'en étonner — de nombreuses disparités entre les pays. Dans certains, il advient même que la corruption ne soit pas en tant que telle sanctionnée pénalement. Le plus souvent cependant, elle l'est. Selon le cas, elle fait l'objet d'une ou de plusieurs incriminations qui varient également d'un État à l'autre. Cette absence d'uniformité est l'une des causes du manque d'efficacité de la lutte contre la corruption. La prise de conscience de plus en plus aigüe de l'ampleur du phénomène de la corruption tant au niveau national qu'international et des conséquences désastreuses qui en résultent au plan moral mais également au plan économique font que les initiatives se multiplient pour qu'une action de grande envergure, à la mesure de l'ampleur du phénomène, soit menée par la communauté internationale. La lutte contre la corruption ne peut être victorieuse que si elle est menée au plan mondial. Une des conditions du succès réside dans l'harmonisation des conditions d'incrimination de la corruption.

Toute corruption suppose nécessairement deux acteurs : le corrupteur et le corrompu. Les deux nouent un pacte de corruption, aux termes duquel

le corrompu accepte d'abuser de la fonction publique dont il est investi au bénéfice du corrupteur en contrepartie d'un avantage quelconque que celui-ci lui procure. Autrement dit, le titulaire d'une fonction publique accepte, moyennant finance ou tout autre avantage, d'utiliser la fonction qui lui est conférée dans l'intérêt public à des fins d'intérêt privé. En l'état actuel du droit belge, l'existence d'un pacte de corruption constitue l'élément déterminant du délit de corruption. Selon l'arrêt rendu chambres réunies le 5 avril 1996 par la Cour de cassation de Belgique : « La corruption suppose un pacte illicite arrêté et certain, entre deux parties, la première offrant ou promettant un avantage, la seconde, fonctionnaire ou officier public, agréant ou acceptant les avantages pour accomplir un acte de sa fonction » (3).

Il faut cependant se garder de croire que pour qu'il y ait infraction, un pacte de corruption est toujours nécessaire. En effet, ce serait perdre de vue que corruption active et corruption passive sont le plus souvent érigées en infractions distinctes et même indépendantes, même si du point de vue conceptuel elles sont complémentaires l'une de l'autre. Comme l'écrit C. Pedrazzi : « Non seulement la poursuite et la condamnation peuvent frapper une seule des deux parties, au cas où l'autre n'est pas identifiée ou punissable, mais aussi la qualification de corruption passive peut être caractérisée même s'il n'existe pas de corruption active et réciproquement : ce sont les cas des offres repoussées par le destinataire » (4).

A la suite des observations de la section de législation du Conseil d'État, le gouvernement a amendé la proposition de loi relative à la répression de la corruption. Dans la justification de cet amendement, le gouvernement expose qu'il s'est résolu à abandonner l'idée que l'élément constitutif déterminant de la corruption est l'existence d'un pacte de corruption. Constituera désormais un fait de corruption passive le simple acte unilatéral d'un fonctionnaire public qui sollicite d'autrui un avantage pour adopter un comportement déterminé dans le cadre de sa fonction et constituera un fait de corruption active le simple acte unilatéral de la personne privée qui propose un avantage quelconque à un fonctionnaire public pour que celui-ci adopte un comportement déterminé. Il s'agira d'infractions instantanées consommées au moment de la sollicitation ou de la proposition avec les conséquences juridiques qui en découlent (5).

Dans la corruption, le titulaire de la fonction publique agit ou s'abstient d'agir moyennant un pot-de-vin. Ce dernier s'entend de tout avantage de quelque nature qu'il soit, matériel ou immatériel.

(3) *J.T.*, 1996, p. 411.

(4) *Revue internationale de droit pénal*, 1982, pp. 327 et s., spéc. pp. 328 et 329.

(5) *Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/4, 1997-1998, pp. 9 et 10.

Le pot-de-vin est promis ou versé au titulaire de la fonction publique afin que celui-ci accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte relevant de sa fonction. Cette condition peut, selon les pays, être entendue de manière large ou restrictive. Selon un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 19 avril 1983, l'acte de la fonction est l'acte qui entre dans le cadre de l'activité du fonctionnaire sans toutefois que celui-ci doive avoir un pouvoir de décision et sans exclure qu'un tel pouvoir puisse être collectif (6).

Une distinction est parfois établie selon que l'acte ou l'abstention est qualifié de juste ou d'injuste, notamment quant à la peine applicable. Tel est le cas du Code pénal belge. Tel est également celui du Code pénal suisse qui distingue selon que la corruption tend à l'accomplissement d'un acte impliquant une violation par le corrompu des devoirs de sa charge ou d'un acte non contraire à ceux-ci et rentrant dans ses fonctions.

La corruption emprunte très souvent des voies détournées. Des intermédiaires de tout poil prêtent leurs bons offices. Les définitions récentes de la corruption tiennent expressément compte de cet élément. Il en va ainsi notamment des définitions que donnent de la corruption active et passive le protocole du 27 septembre 1996 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne.

La diversité des incriminations qui existent en matière de corruption proprement dite est encore accentuée par le fait qu'il existe à côté du délit de corruption d'un titulaire de fonction publique, des délits voisins qui tendent, entre autres, à réprimer la vénalité des offices (par ex., le délit de concussion) et qui, de manière plus générale, visent à assurer la dignité et la probité de la fonction publique.

La notion même de titulaire d'une fonction publique peut être entendue dans un sens plus ou moins restrictif. Il existe actuellement une tendance très nette en faveur de l'élargissement du champ d'application *ratione personae* de la corruption passive. Celle-ci doit non seulement viser tous les agents publics statutaires ou contractuels, temporaires ou définitifs, mais également les mandataires élus (7). Des titulaires de certaines fonctions

(6) *Pas.*, 1983, I, 916. La proposition de loi relative à la répression de la corruption érige également en délit le trafic d'influence, réelle ou supposée (art. 274, § 4, proposé du Code pénal tel qu'il a été amendé par le gouvernement) (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/4, 1997-1998, p. 16).

(7) L'amendement apporté par le gouvernement à la proposition de loi relative à la répression de la corruption justifie l'usage de l'expression « toute personne qui exerce une fonction publique » par son souci de simplifier, d'alléger les textes. Ce faisant, il n'entend nullement modifier le champ d'application *ratione personae* des dispositions actuelles sur la corruption, tel qu'il peut être dégagé de la jurisprudence et de la doctrine, mais bien d'exclure, par une expres-

publiques font même l'objet d'une répression plus sévère. Il s'agit traditionnellement des magistrats et des fonctionnaires de police judiciaire (8).

Les affaires ne touchent plus seulement le secteur public. Elles affectent également le secteur privé. La corruption y sévit avec la même intensité. On pense notamment aux affaires récentes qui ont touché le monde du football. Plusieurs pays, qui tels la Belgique (9) et la Suisse ne répriment pas pénalement la corruption privée en tant que telle, sentent le besoin de combler cette lacune.

Une autre tendance se dessine. Traditionnellement les États n'avaient en vue que la corruption de leurs propres fonctionnaires. Cette conception est largement dépassée. Les États ont pris conscience de la dimension internationale du phénomène de la corruption et de l'impuissance à lutter efficacement contre lui sans une coopération internationale. Ceci implique que l'État réprime non seulement la corruption de ses propres fonctionnaires, mais également celle des fonctionnaires des autres États auxquels il est lié par des liens particuliers ou encore des fonctionnaires des organisations internationales dont il fait partie. Cette extension pose déjà des problèmes délicats lorsqu'il s'agit pour un État de sanctionner les infractions commises sur son territoire ; elle devient un véritable casse-tête quand l'État prétend réprimer celles qui se sont produites en dehors de son territoire. Une question, et non des moindres, est celle de savoir s'il faut soumettre la répression de la corruption des fonctionnaires étrangers à la condition de la double incrimination (10).

CHAPITRE III. — Sanctions de la corruption

Section I. — En ce qui concerne les actes subséquents

Il faut bien le constater : il n'existe pas, en droit belge, de disposition légale générique frappant de nullité les actes juridiques, unilatéraux ou

sion tout à fait générale, toute incertitude sur le fait de savoir si telle ou telle catégorie professionnelle serait couverte par la loi. (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/4, 1997-1998, pp. 10 et 11). Voy. également l'assimilation établie par l'article 246, § 3, proposé du Code pénal entre la personne qui exerce une fonction publique et toute personne qui s'est portée candidate à cette fonction ou qui se présente comme pouvant prochainement l'exercer (*loc. cit.*, pp. 14 et 15).

(8) Voy. à cet égard les articles 248 et 249 proposés du Code pénal, tels qu'ils ont été amendés par le gouvernement (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/4, 1997-1998, p. 17).

(9) Voy. en ce sens l'amendement précité du gouvernement (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/4, 1997-1998, pp. 12, 13 et 18), ainsi que les sous-amendements relatifs au texte amendé de l'article 504bis (*loc. cit.*, pp. 26 et 27).

(10) Voy. l'amendement en question (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/4, 1997-1998, pp. 13 et 19).

contractuels, qui ont été adoptés ou conclus à la faveur d'un acte de corruption. C'est comme si, à l'exception du droit pénal, la corruption restait un phénomène extérieur au système juridique. Comme le relève B. Oppetit, « les juristes traditionnels, dans leur immense majorité, considèrent que la corruption revêt le caractère d'un phénomène négateur du droit, d'un fait contraire au droit situé donc en dehors du droit, sans qu'il y ait lieu de pousser plus loin l'analyse » (11).

Tout au plus peut-on faire état de dispositions particulières établissant des incompatibilités ou contenant des interdictions de délibérer ou de contracter au nom de la puissance publique en raison de conflits d'intérêts au sens large (intérêt personnel et direct dans les opérations considérées, liens de parenté, etc.) (12). On retrouve des dispositions semblables dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (13).

De même, en ce qui concerne les marchés publics, la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services prévoit, en son article 10, de manière générale qu'« il est interdit à tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public d'intervenir d'une façon quelconque, directement ou indirectement, dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public dès qu'il a un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires ». Et en son paragraphe 2, cette même disposition présume l'existence de cet intérêt en cas de parenté et d'alliance jusqu'au 3^e degré en ligne directe et jusqu'au 4^e degré en ligne collatérale, ou lorsque l'agent est, lui-même ou par personne interposée, propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises soumissionnaires, ou exerce en droit ou en fait, lui-même ou par personne interposée, un pouvoir de direction et de gestion.

La question se pose toutefois de savoir si lorsqu'une norme établit des incompatibilités ou interdit à une personne donnée de délibérer ou de contracter, la violation de cette interdiction ou de ces incompatibilités est sanctionnée par la nullité de l'acte dans la mesure où les textes régissant les incompatibilités sont de stricte interprétation. Dans son avis sur le projet de loi devenu la loi du 24 décembre 1993 précitée, la section de législation du Conseil d'État observait à ce propos que « la jurisprudence n'est pas unanime quant aux conséquences du non-respect de cette disposition, en ce qui

(11) B. OPPETIT, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *Journal Droit international*, 1987, pp. 5-6.

(12) Nouvelle loi communale, art. 92 ; loi provinciale, art. 63 ; loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociales, art. 37.

(13) Articles 60 et 60bis pour la société anonyme, article 133 pour la SPRL.

concerne la régularité de la passation du marché » (14). En effet, selon certains arrêts, le non-respect entache la soumission d'irrégularité et constitue un motif d'annulation de la décision attribuant le marché (15). Selon d'autres arrêts, ce non-respect peut entraîner tout au plus une sanction dans le chef de la personne concernée mais il ne peut affecter la régularité de la soumission (16). Invité par la section de législation du Conseil d'État à trancher cette controverse, le législateur a estimé devoir laisser au juge le soin d'apprécier au cas par cas les effets du non-respect de cet article (17). La question reste donc controversée en ce qui concerne les personnes de droit public.

Par contre, les articles précités des lois sur les sociétés commerciales prévoient expressément que « la société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation » desdites règles « pour autant que l'autre partie à ces opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation ».

Exception faite des dispositions relatives aux incompatibilités et en l'absence d'une disposition générique, il s'ensuit qu'il faut se tourner vers les concepts classiques de droit civil et de droit administratif afin d'examiner si la validité d'un acte juridique adopté ou conclu à la faveur d'une pratique de corruption peut être mise en cause et par qui.

§ 1^{er}. — EN CE QUI CONCERNE LES CONTRATS

I. — *Vices du consentement*

Que ce soit en droit civil ou en droit administratif, aucun contrat ne peut se former à défaut de consentement, lequel doit avoir existé et doit avoir été donné librement en connaissance de cause. Dès lors, la question se pose de savoir si l'acte de corruption est susceptible d'entacher ou non l'intégrité du consentement donné et par là d'affecter ou non la validité du contrat conclu à sa suite et ce, sous trois angles :

1°) Un premier vice de consentement qui pourrait être invoqué est *l'erreur*, laquelle on le sait comprend l'erreur sur les qualités de la personne et l'erreur sur la substance même de la chose qui fait l'objet du contrat.

(14) Avis de la section de législation du C.E., *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 656/1, p. 130.

(15) C.E., *S.A. Sintra*, n° 26.545, du 16 mai 1986 ; *S.A. Fabricom air conditioning*, n° 35.909, du 29 novembre 1990.

(16) C.E., *S.A. Roegiers et Nobels*, n° 35.443, du 10 juillet 1990.

(17) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 656/1, pp. 20-21.

Ainsi, lorsque l'acte de corruption débouche sur la conclusion d'un contrat avec une personne, physique ou morale, qui ne présente pas toutes les qualités requises (garanties financières, capacités techniques, personnel adéquat, ...) pour l'exécution de la prestation commandée ou, plus simplement, avec une personne qui n'est pas celle qui aurait été choisie à l'issue d'un processus normal de décision ou de négociation, n'y a-t-il pas place pour invoquer une erreur sur les qualités de ladite personne ? De même, si l'acte de corruption aboutit à la conclusion d'un contrat dont l'objet apparaît par la suite comme inadéquat, inefficace, voire incomplet, n'y a-t-il pas matière à invoquer l'erreur sur l'objet ?

2°) Ne pourrait-on pas également invoquer, dans certaines circonstances de corruption, la nullité du contrat sur la base du *dol*. En effet, les manœuvres dolosives se définissent comme étant « tous les agissements malhonnêtes tendant à surprendre une personne en vue de lui faire souscrire un engagement qu'elle n'aurait pas pris si on avait pas usé de la sorte envers elle (acte matériel, affirmation mensongère même non accompagnée de manœuvres, ou même silence constitutif d'une réticence) » (18).

A cet égard, le droit civil admet parfaitement que le dol du préposé ou du mandataire de la partie contractante dans l'exercice de son mandat ou de sa fonction soit considéré comme le propre dol de celle-ci. Aussi, rien ne s'oppose à ce que le dol des représentants des personnes morales de droit public ou de droit privé puisse entraîner la nullité du contrat.

3°) Enfin, lorsque l'acte de corruption débouche sur la conclusion d'un contrat dont les prestations sont déséquilibrées (surcoût de la prestation soit lors de la conclusion du contrat soit lors de son exécution à la suite de révisions de prix multiples), ne pourrait-on soutenir que ce contrat est entaché de *lésion*, laquelle consiste en un défaut d'équivalence des prestations, à savoir un déséquilibre entre la prestation fournie et l'avantage retiré du contrat. Il est vrai à cet égard que la lésion ne constitue pas de manière générale une cause de nullité des conventions mais n'est sanctionnée que dans des cas particuliers limitativement énumérés par le Code civil telle que la lésion dans la vente d'immeubles.

La théorie des vices du consentement invoquée pour combattre l'acte subséquent à une pratique de corruption présente toutefois trois inconvénients :

1°) D'abord, le dol doit émaner de l'un des contractants ; autrement dit, le cocontractant qui reste étranger aux agissements malhonnêtes, même s'il en bénéficie, ne commet aucun dol et le contrat reste valable.

2°) Ensuite, le recours à cette théorie implique que le consentement ait été vicié dans le chef de l'autre cocontractant ; en d'autres termes, l'acte de

(18) D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, 1991, p. 126, n° 167.

corruption doit avoir été commis à l'insu de l'organe décisionnel public ou privé. Elle ne pourra être utilement invoquée lorsque l'acte de corruption est le fait de l'organe de décision lui-même ou a pour cible cet organe.

3°) Enfin, la nullité pour vice de consentement est une nullité relative, laquelle ne peut dès lors être invoquée que par une des parties au contrat et non par un tiers, ce qui limite considérablement le recours à cette théorie.

II. — Cause ou objet du contrat

Il convient de se tourner vers les autres éléments constitutifs du contrat, à savoir *sa cause ou son objet*.

L'exigence d'une cause, et d'une cause licite, dans les contrats est en effet énoncée par l'article 1131 du Code civil selon lequel « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Or, selon l'article 1133 du Code civil, « la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Il s'ensuit que le contrat dans lequel le but poursuivi par les parties ou même par l'une d'entre elles ou dont l'objet est illicite ou immoral est frappé de nullité (19).

L'arrêt *Roussey* du Conseil d'État de France (20) permet d'illustrer le propos : une convention secrète visant à écarter tout concurrent pour l'adjudication d'une conduite d'eau intervient entre un entrepreneur et le maire d'une commune : le sieur Roussey propose un rabais suffisant pour être déclaré adjudicataire et le maire s'engage à mentionner des travaux fictifs dans le décompte de la réception définitive. Mais, la nouvelle municipalité élue découvre la manœuvre et demande au sieur Roussey le remboursement des sommes perçues pour les travaux fictifs, ce à quoi le sieur Roussey objecte que doit être prise en considération la convention conclue avec l'ancien maire. Pour le commissaire du Gouvernement qui a été suivi en l'espèce par le Conseil d'État, l'affaire constitue une application de la fraude à la loi dont « la preuve de l'existence enlève à la convention toute sa force légale, tout lien obligatoire ». Il poursuit en ces termes : « cet accord a été concerté en vue d'éluder des prescriptions d'ordre public et d'intérêt général édictées dans le but de protéger les communes », et conclut que « la convention dont il s'agit est donc une convention illicite » et que les actes d'exécution de cette convention « sont donc des actes radicalement nuls ». Il résume ainsi la situation : « l'exécution d'une convention illicite et radicalement nulle par

(19) A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956, p. 235, n° 225 ; D. POUYAUD, *op. cit.*, p. 166, n°s 222 et 223.

(20) C.E. fr., *Roussey*, du 14 février 1890, concl. H. JAEGERSCHMIDT, cité par D. POUYAUD, *op. cit.*, p. 167, n° 225.

suite d'une fraude concertée contre la loi, ne saurait être poursuivie par la voie d'une action en justice ».

La jurisprudence arbitrale semble aller dans le même sens. C'est ainsi que dans une sentence qui date déjà de 1981 (21), on peut trouver ces termes : « indépendamment des dispositions pénales relatives au délit de corruption active, une jurisprudence civile constante, dont l'origine est ancienne, a fermement posé en principe, par application des articles 6, 1108, 1131 et 1133 du Code civil, que les conventions qui tendent à introduire la vénalité et la corruption au sein des administrations publiques ne sauraient obtenir la sanction de la justice ».

III. — Conclusion

Comme on le voit, le problème de la corruption dans les relations contractuelles peut être appréhendé par le droit, civil ou administratif, à travers la théorie de la cause illicite ou immorale et donc à travers la notion d'ordre public. De telles causes de nullité présentent l'avantage d'être frappées de nullité absolue et dès lors de pouvoir être invoquées non seulement par les parties au contrat mais également par les tiers évincés.

Dès lors que l'ordre public paraît pouvoir être invoqué, ne peut-on considérer, de manière plus générale, que constitue une violation de l'ordre public le fait de poursuivre un but qui est sanctionné par la loi pénale ? Autrement dit, l'acte de corruption entraînerait la nullité du contrat subséquent en raison de l'illicéité de sa cause dès lors que pareil comportement constitue une infraction pénale. Ainsi, le Conseil d'État de France a constaté la nullité d'une délibération d'un conseil municipal décidant de louer au maire des pâturages communaux (22) sur la base de l'article 175 du Code pénal français, dont le pendant est l'article 245 du Code pénal belge, lequel sanctionne « tout fonctionnaire ou officier public qui, soit directement, soit par personne interposée, aura pris ou reçu quelque intérêt que ce soit dans les actes, les adjudications, entreprises ou régies dont il avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance ». En effet, le Conseil d'État français a considéré qu'un conseil municipal ne pouvait légalement prendre une délibération autorisant un acte susceptible d'exposer le maire à l'application de l'article 175 du Code pénal.

Cette assimilation entre infraction pénale et violation de l'ordre public au sens du Code civil paraît d'autant plus s'imposer que le délit de corruption est repris dans le titre IV du Code pénal intitulé « Des crimes et des délits contre l'ordre public ». Dans son avis sur l'avant-projet de loi « relatif à la

(21) B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 9.

(22) C.E. fr., *Dame Laborde-Casteix*, 3 novembre 1984, *R.D.P.*, 1986, p. 272.

répression de la corruption », le Conseil d'État insiste d'ailleurs sur cet élément en relevant que « le Code pénal range la corruption dans la catégorie des délits contre l'ordre public. Cela permet donc de considérer que par tout acte de corruption, le corrompu ou le corrupteur lèse au premier chef l'État qui, ayant confié une fonction publique à une personne, la lui a évidemment confiée pour qu'elle l'exerce non à son profit particulier mais à celui de la collectivité » (23).

Cette théorie a l'avantage de rendre inutile l'édiction dans la législation d'une disposition générale ou particulière frappant de nullité un contrat issu de la corruption dès lors que l'acte de corruption est institué en délit, ce qui suffirait à entraîner l'illicéité de la cause du contrat subséquent à cet acte.

Comme on le voit, les solutions avancées sont tantôt limitées (pour ce qui est des vices du consentement), hésitantes ou encore audacieuses (violation de l'ordre public). C'est sans doute ce qui explique que les conventions internationales en projet prévoient, non seulement l'institution de l'acte de corruption en délit pénal, mais aussi l'annulabilité des actes conclus en suite d'un acte de corruption.

§ 2. — EN CE QUI CONCERNE LES ACTES UNILATÉRAUX

La mise en cause de la validité d'un acte unilatéral obtenu à la suite d'un fait de corruption paraît pouvoir emprunter deux directions : le détournement de pouvoir et les différents vices de légalité d'un acte administratif.

I. — *Le détournement de pouvoir*

A l'égard du détournement de pouvoir, l'on peut raisonner par analogie avec la théorie de la cause dans la mesure où ces deux notions sont très voisines. Pour rappel, une des deux formes du détournement de pouvoir constitue la poursuite d'un but illicite par l'administration. Dans ce cas, en effet, l'autorité administrative, loin de prendre en considération l'intérêt public, use de sa compétence pour assouvir un intérêt personnel ou encore pour favoriser des tiers ou pour leur nuire. Comme le souligne Odent, « le motif auquel a obéi l'autorité administrative est étranger à l'intérêt général, c'est-à-dire que le but visé est intrinsèquement illégitime » (24).

A plusieurs reprises, le Conseil d'État belge a annulé des actes administratifs unilatéraux au motif que l'autorité avait utilisé ses pouvoirs dans le des-

(23) Avis L.26.442/4 du 5 janvier 1998 sur un avant-projet de loi « relative à la répression de la corruption » (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/5, 1997-1998, annexe 1).

(24) R. ODENT, *Contentieux administratif*, p. 1588.

sein de servir les intérêts d'un tiers : un soumissionnaire à un marché public (25) ou un candidat déterminé à une fonction publique (26).

On ne saurait toutefois passer sous silence la difficulté principale à invoquer un moyen tiré du détournement de pouvoir, à savoir la preuve de celui-ci.

II. — *Les vices de légalité d'un acte administratif*

Pour atteindre le but recherché par l'acte de corruption, tel qu'un avantage indu ou une autorisation illégale, l'autorité administrative peut être amenée à commettre des illégalités tels que des vices de procédure (absence d'avis ou de consultation) ou des vices de fond : ainsi, en ce qui concerne ces derniers, des clauses d'un cahier des charges peuvent être considérées comme illicites dans la mesure où, à défaut d'être inspirées par l'intérêt du service public, elles portent atteinte aux principes de la libre concurrence ou de l'égalité entre candidats ; de même, l'exclusion d'un candidat peut être fondée sur la prise en considération d'une condition qui n'est pas prévue dans les documents applicables au marché ; ou encore, l'appréciation des offres des candidats se fait sur la base de critères non prévus par le cahier des charges ou par une interprétation erronée de ceux-ci ou des documents produits par le soumissionnaire.

Toutefois, la plupart du temps, les procédures et les formes sont respectées de sorte qu'il apparaît difficile de s'en tenir aux vices classiques de légalité. Ainsi, dans un marché public de fournitures, le soumissionnaire évincé avait dénoncé une rupture de l'égalité entre candidats en raison d'une démarche antérieure effectuée en vue de l'évincer par les représentants du pouvoir adjudicataire auprès d'un des soumissionnaires ; sur ce moyen, le Conseil d'État a considéré « qu'il résultait de l'examen des autres moyens que le marché litigieux avait été légalement attribué et que l'égalité entre les soumissionnaires n'avait pas été méconnue ; qu'il s'ensuit que, quelqu'ait été le but poursuivi par les administrateurs généraux du pouvoir adjudicataire lorsqu'ils ont fait ladite visite, cette visite n'a pas eu d'effet au détriment de la requérante » (27).

Section II. — En ce qui concerne les personnes

§ 1^{er}. — LES FONCTIONNAIRES ET AGENTS PUBLICS

La corruption passive implique nécessairement la qualité de titulaire d'une fonction publique. L'agent public, statutaire ou contractuel, tempo-

(25) C.E., *Van Ruyskensvelde*, n° 5020, du 12 mars 1956.

(26) Voir les arrêts cités par J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruylant, 1994, p. 509.

(27) C.E., *S.A. E.M.I.*, n° 66.633, du 6 juin 1997.

raire ou définitif, qui se rend coupable de ce délit encourt les foudres de la répression pénale. Les sanctions qui lui sont applicables sont plus ou moins lourdes selon que la corruption passive constitue un crime ou un délit. En général, les peines principales sont l'emprisonnement et l'amende et les peines accessoires, la confiscation de la rémunération illicite et l'interdiction de certains droits civils et politiques.

La répression pénale va, en l'espèce, de pair avec la répression administrative. En effet, l'agent public reconnu coupable du délit de corruption passive manque indubitablement aux devoirs de sa fonction et porte gravement atteinte au crédit de l'institution dont il fait partie. La sanction pénale se doublera donc d'une sanction administrative. En droit belge, l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des entités fédérées et des personnes morales de droit public qui en dépendent contient un article 32, § 3, aux termes duquel l'action pénale est suspensive de la procédure disciplinaire et du prononcé disciplinaire.

Il est même probable qu'en attendant l'issue de la procédure pénale, l'agent public fasse l'objet d'une mesure d'ordre, par exemple une suspension préventive dans l'intérêt du service avec ou sans retenue de traitement selon le cas.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que l'agent public qui s'est rendu coupable du délit de corruption peut également voir sa responsabilité civile être engagée tant vis-à-vis de la personne publique au service de laquelle il se trouve que vis-à-vis de tiers qui, en raison de son action ou de son omission, auraient éprouvé un préjudice. On pense en particulier aux soumissionnaires irrégulièrement évincés. Sa responsabilité est engagée sur la base du droit commun. Il n'existe pas, à notre connaissance de régime spécifique.

Les considérations qui précèdent s'appliquent *mutatis mutandis* au cas où un fonctionnaire s'est rendu coupable du délit de corruption active.

§ 2. — LES MANDATAIRES POLITIQUES

I. — *En ce qui concerne le droit pénal*

L'application aux mandataires politiques des articles du Code pénal relatifs à la corruption peut susciter des difficultés liées au régime particulier de protection dont bénéficient certains mandataires politiques (A) ou au champ d'application des incriminations pénales relative à la corruption (B).

A. Régime particulier de protection

Ce régime concerne certains mandataires politiques, à savoir les ministres (la responsabilité pénale des ministres) et les parlementaires (l'immunité parlementaire). Ce régime a été fondamentalement revu tout récemment, l'ancien système ayant démontré ses limites à l'occasion d'affaires, notamment de corruption, mettant en cause des ministres ou des parlementaires.

1. *La responsabilité pénale ministérielle* : La Constitution belge (28) et ses lois d'exécution (29) instituent des mécanismes particuliers de mise en cause de la responsabilité pénale des ministres aussi bien en ce qui concerne les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions que pour celles commises hors de l'exercice de leurs fonctions pour autant, dans cette seconde hypothèse, qu'ils soient encore ministre lors du jugement.

Entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998, le nouveau régime prévoit que les ministres sont désormais jugés par la Cour d'appel, siégeant en assemblée générale, moyennant autorisation de l'assemblée parlementaire concernée, laquelle ne peut être refusée que lorsque « l'action publique et les faits sont manifestement fondés essentiellement sur des motifs politiques » ou lorsque « les éléments fournis sont irréguliers, arbitraires ou insignifiants » (art. 12, § 1^{er}, al. 3 des lois précitées du 25 juin 1998). Un pourvoi en cassation est possible sans toutefois que la Cour de cassation ne puisse juger du fond de l'affaire.

Le nouveau régime tant attendu (30) n'est toutefois pas applicable aux faits qui ont fait l'objet d'actes d'information ou de poursuites intentées avant son entrée en vigueur, soit le 1^{er} juillet 1998.

2. *L'immunité parlementaire* : les titulaires d'un mandat, électif ou non, au sein d'une assemblée législative (les parlementaires fédéraux, régionaux et communautaires) bénéficient, en Belgique, d'une immunité relative de juridiction, laquelle a également été revue récemment.

Au terme de la révision du 28 février 1997, les articles 59 et 120 de la Constitution ne subordonnent plus à l'autorisation de l'assemblée concernée que certains actes limitativement énumérés, à savoir le renvoi ou la citation directe devant un tribunal, d'une part, et l'arrestation, d'autre part ; toutefois, cette obligation de solliciter l'autorisation de l'assemblée s'efface dans deux hypothèses, à savoir les vacances parlementaires et le flagrant délit.

(28) Art. 103 pour les ministres du gouvernement fédéral et art. 125 pour les membres des gouvernements de communauté ou de région, tels que révisés le 11 juin 1998.

(29) Loi du 25 juin 1998 réglant la responsabilité pénale des ministres et loi spéciale du 25 juin 1998 réglant la responsabilité pénale des membres des gouvernements de communauté ou de région, *Monit.*, 27 juin 1998, pp. 21141 et 21145.

(30) La Constitution n'avait en effet jamais été exécutée à défaut d'intervention législative depuis 1831.

Pour le surplus, les autres actes, qui sont pour l'essentiel des actes d'instruction, peuvent désormais être ordonnés et exécutés sans levée de l'immunité parlementaire, le parlementaire faisant l'objet de mesures de contrainte pouvant néanmoins demander à l'assemblée dont il est membre de suspendre les poursuites ainsi engagées à son égard.

Comme le relèvent les commentateurs, le nouvel article 59 de la Constitution entend juguler les difficultés rencontrées ces dernières années sans verser dans la simplicité démagogique et sans remettre en cause la légitimité de l'inviolabilité parlementaire.

B. *Champ d'application des incriminations pénales relatives à la corruption*

Dans le cadre du Code pénal en vigueur lors de la rédaction de ce rapport, les incriminations relatives à la corruption s'appliquent à « tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public », ce qui est interprété comme excluant les titulaires d'un mandat électif.

Le projet de loi « relative à la répression de la corruption », tel qu'adopté par le Sénat le 9 juillet 1998 et transmis à la Chambre (31), entend y substituer les mots « toute personne qui exerce une fonction publique » de manière à couvrir toutes les catégories de personnes, qui, quel que soit leur statut, exercent une fonction publique, quelle qu'elle soit (fonctionnaires fédéraux, régionaux, communautaires, provinciaux, communaux ; mandataires élus ; officiers publics ; etc.) » (32).

Outre les peines principales que sont l'amende ou l'emprisonnement, dans la mesure où il est appréhendé par la loi pénale, le mandataire politique, c'est-à-dire à l'heure actuelle le titulaire d'un mandat non électif, peut être condamné à des peines accessoires, à savoir l'interdiction du droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics pour un terme de 5 à 10 ans.

(31) *Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/11, 1997-1998.

(32) Justification de l'amendement gouvernemental n° 2 à la proposition de loi « relative à la répression de la corruption » (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/4). Voy. aussi le rapport de la Commission de la Justice du Sénat (*Doc. parl.*, n° 1-107/5, 1997-1998, pp. 13, 22, 23 et 55).

Dans son avis, le Conseil d'État s'est interrogé d'abord sur le caractère adéquat de ce changement terminologique et singulièrement si par ce biais sont effectivement visés les titulaires d'un mandat électif ; ensuite, quant à la méthode, le Conseil d'État préférerait la solution retenue par le législateur français, à savoir soit ajouter à l'énumération des personnes visées les titulaires d'un mandat électif pour chaque disposition pénale, soit prévoir une disposition spécifique les concernant, plutôt que de prévoir une disposition générale appliquant l'ensemble des incriminations relatives à la corruption aux titulaires de mandat électif (*Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/5, annexe 1).

II. — *En ce qui concerne les autres sanctions*

Il s'agit pour l'essentiel de la responsabilité politique du titulaire du mandat électif ou non :

- 1°) soit celle-ci est assumée par le mandataire lui-même sous la forme de la démission de son mandat ;
- 2°) soit elle est actionnée par l'assemblée : on pense au mécanisme de la motion de méfiance constructive qui peut être dirigée en Belgique à l'encontre des gouvernements des entités fédérées mais aussi à l'encontre d'un ou plusieurs de leurs membres ; au niveau fédéral, cette motion ne peut viser que l'ensemble du gouvernement et non des ministres pris individuellement. Cette procédure n'a pas été étendue aux pouvoirs locaux ;
- 3°) soit elle est mise en œuvre par le titulaire du pouvoir exécutif : ainsi, le Roi, sous le couvert du contreseing ministériel, peut révoquer un des ministres du gouvernement fédéral ; tel n'est pas le cas pour les gouvernements des entités fédérées ou pour les exécutifs des pouvoirs locaux.

Il faut également souligner que les titulaires de certains mandats non électifs peuvent faire l'objet d'une sanction disciplinaire pour inconduite notoire, tels que les échevins, les bourgmestres, les députés permanents et les gouverneurs de province.

§ 3. — LES PERSONNES PRIVÉES

(LICENCIEMENT POUR FAUTE GRAVE

ET RÉVOCATION DES MANDATAIRES DE GESTION)

Le corrupteur peut être un fonctionnaire. Le plus souvent cependant, il s'agit d'une personne privée. Là où la corruption active est érigée en délit, le corrupteur est punissable pénalement. Il se voit appliquer les sanctions pénales prévues, qui sont généralement les mêmes que celles applicables en cas de corruption passive.

Si le corrupteur, en tant que personne privée, échappe par définition à la répression disciplinaire, son sort n'est pas pour autant plus enviable que celui du corrompu. En effet, une condamnation du chef de corruption constitue de toute évidence une faute grave qui justifie la rupture sur l'heure, sans préavis ni indemnité, du contrat de travail sensu lato si le corrupteur est engagé dans les liens d'un tel contrat ou sa révocation immédiate, sans indemnité, de son mandat d'administrateur et de gérant d'une société. Encore faut-il qu'il y ait volonté de lui appliquer cette sanction.

Section III. — Conséquences fiscales

§ 1^{er}. — LES COMMISSIONS OCCULTES

Lors de sa 873^e session, le 11 avril 1996, le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (O.C.D.E.) a recommandé que ceux des pays membres qui admettent la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers réexaminent ce traitement en vue de refuser cette déductibilité. Une telle action peut être facilitée par la tendance actuelle à considérer comme illégaux les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers. Le préambule de cette recommandation montre qu'elle procède à la fois du souci de moraliser la vie des affaires et la vie politique et de la volonté de rétablir des conditions de concurrence normales dans le commerce international.

En l'état actuel, la législation fiscale de plusieurs pays membres de l'O.C.D.E., pour ne pas parler des autres, admet, dans une certaine mesure, la déductibilité des pots-de-vin, rebaptisés hypocritement pour la circonstance de commissions occultes.

Tel est le cas de la Suisse où l'article 58, alinéa 1^{er}, b, de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct fixe la composition du bénéfice net des personnes morales et indirectement, ce qui peut être admis comme dépense justifiée par l'usage commercial ou professionnel et qui est, par conséquent, déductible fiscalement. La circulaire du 8 novembre 1946 de l'administration fédérale des contributions considère comme étant des dépenses déductibles les commissions occultes justifiées par un tel usage. Leur déductibilité est subordonnée à la preuve que la commission a été effectivement versée dans un but commercial ou professionnel et que soient indiqués le nom et l'adresse du bénéficiaire. L'article 27, alinéa 1^{er}, de la même loi dispose de même en ce qui concerne les personnes exerçant une activité d'indépendant. La doctrine et la jurisprudence récentes admettent la déductibilité des commissions occultes, le caractère illicite ou contraire aux mœurs d'une activité n'influençant en rien, selon l'opinion du Tribunal fédéral, l'imposition des revenus en découlant (33).

La situation n'est guère différente en droit fiscal belge. La matière y a pour siège l'article 58 du Code des impôts sur le revenu 1992. Des commissions secrètes peuvent être, à certaines conditions, considérées comme des frais professionnels. Cette disposition légale est présentée dans le commentaire qu'en donne l'administration fiscale elle-même comme un mal nécessaire. Le réalisme fiscal prime sur toute autre considération.

(33) Voy. récemment encore l'arrêt de la Cour fiscale du Tribunal administratif du Canton de Fribourg du 7 juillet 1995.

L'admission, comme frais professionnel, des commissions secrètes constitue une dérogation aux règles générales de l'article 57 du même Code, selon lequel les commissions, courtages, ristournes commerciales ou autres, pensions ou honoraires, gratifications, rétributions ou avantages en nature ne sont considérés comme frais professionnels que si ces dépenses sont justifiées par la production de fiches individuelles et d'un relevé récapitulatif établi dans les formes et délais déterminés par la loi.

Comme toute dérogation, celle-ci doit être interprétée de manière restrictive. Les conditions, au nombre de cinq, sont cumulatives. Ce sont les suivantes :

1°) L'octroi de commissions secrètes doit être nécessaire pour pouvoir lutter contre la concurrence étrangère.

Comme le Conseil d'État l'a jugé dans son arrêt n° 10.131 du 3 juillet 1963, *S.A. Comptoir de transactions industrielles et commerciales*, le ministre des finances donne de la disposition légale une interprétation conforme aux intentions du législateur, en considérant qu'elle n'est applicable qu'aux seules entreprises d'exportation où cet usage est justifié par la nécessité de lutter contre la concurrence étrangère et où l'octroi de semblables commissions est établi. Il s'ensuit que les pots-de-vin versés par les entreprises pour décrocher un marché en Belgique ne peuvent être considérés comme étant des frais professionnels déductibles. La moralité fiscale s'arrête, en l'occurrence, à la frontière.

2°) Le droit de commission doit ensuite être reconnu de pratique courante pour le secteur commercial ou industriel concerné.

3°) L'octroi du régime fiscal spécial est subordonné à une autorisation du ministre des finances. C'est à lui qu'il appartient de vérifier si toutes les conditions prévues par l'article 58 du Code des impôts sur les revenus 1992 sont réunies. Comme toute décision administrative à caractère individuel, l'autorisation doit être formellement motivée. Un recours en annulation est ouvert auprès du Conseil d'État contre la décision refusant ladite autorisation.

4°) Les commissions occultes ne peuvent excéder les limites normales.

5°) Enfin, l'admission des commissions secrètes pour frais professionnels est subordonnée au paiement spontané par le contribuable de l'impôt forfaitaire. Celui-ci est fixé par le ministre et ne peut être inférieur à 20 %. Il est, comme les commissions secrètes auxquelles il se rapporte, déductible à titre de frais professionnels.

Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, les commissions secrètes sont rejetées des frais professionnels et ajoutées aux revenus imposables de celui qui les a payées puisque, par définition même, elles ne sont pas justifiées par

la production de chiffres individuels et d'un relevé récapitulatif établi dans les formes déterminées par le Roi.

Tant en Belgique qu'en Suisse, la réforme du régime fiscal des commissions secrètes est envisagée. En ce qui concerne la Belgique, le projet de loi « relative à la répression de la corruption », tel qu'adopté par le Sénat le 9 juillet 1998, projette de compléter l'article 58 du Code des impôts sur les revenus par un alinéa 2 qui excluerait que l'autorisation ministérielle puisse être accordée en ce qui concerne l'obtention ou le maintien de marchés publics ou d'autorisations administratives (34). Les commissions secrètes versées en vue de conclure des marchés entre opérateurs privés continueraient donc à bénéficier d'un régime fiscal dérogatoire. On peut légitimement se demander si cette différence de traitement est justifiée.

Les commissions secrètes constituent un revenu pour son bénéficiaire, revenu professionnel ou revenu divers, selon le cas, en droit belge et accroissement du patrimoine en droit suisse. Le contribuable ne peut se prévaloir, en Belgique, d'une double taxation pour y obtenir le dégrèvement de l'impôt établi à sa charge.

Une commission payée « en noir » donne lieu à une rectification de la déclaration fiscale de l'entreprise qui l'a versée et de celle de son bénéficiaire.

§ 2. — LES POSITIONS EN PRÉSENCE

La discussion se meut entre les « idéalistes » et les « sceptiques ». Pour les premiers, la corruption est haïssable en soi. Le droit fiscal, en prévoyant un régime dérogatoire pour les commissions secrètes, tend à perpétuer cette pratique. La répression de ce régime fiscal spécial devrait avoir pour effet de la rendre moins attractive.

En face, les sceptiques estiment qu'à défaut d'une interdiction totale, effective et généralisée des pots-de-vin au niveau international, la suppression unilatérale par un État de ce régime fiscal spécifique aurait pour seule conséquence de détériorer la position concurrentielle des entreprises commerciales et industrielles exportatrices de cet État.

D'aucuns se demandent si le refus de la déductibilité ne poussera pas les entreprises à dissimuler la comptabilisation des dépenses incontestablement faites pour des pots-de-vin dans des gros comptes collectifs en rendant ainsi encore plus difficile une solution fiscale adéquate, et même si ce ne serait pas là favoriser la mise à disposition d'argent noir par des soustractions de grand style en vue de permettre aux entreprises d'effectuer ces inévitables

(34) Voy. *Doc. parl.*, Sénat, n° 1-107/4, 1997-1998, pp. 19-20 et n° 1-107/11, p. 8.

paiements de pots-de-vin en dehors de la comptabilité et même à l'étranger (35).

CHAPITRE IV. — Remèdes pour lutter contre la corruption (36)

Section I. — Réflexions générales

Quatre conditions paraissent devoir être remplies pour que la répression de la corruption soit efficace. La première est d'avoir une justice qui dispose des moyens matériels et normatifs nécessaires pour intervenir contre la corruption, laquelle inclut aussi la coopération entre les justices de différents pays. La deuxième condition est l'existence d'une volonté politique de lutter contre la corruption. La troisième condition est une opinion publique sur laquelle la justice et la volonté politique peuvent s'appuyer. La quatrième condition est l'existence d'un contrôle effectif de l'administration publique par le pouvoir judiciaire ; l'indépendance du pouvoir judiciaire revêt une importance de tout premier plan : celui-ci doit être complètement autonome des autres pouvoirs de l'État tant pour les fonctions de jugement que pour celles d'enquêtes (37).

Nous nous attacherons plus particulièrement ci-après à la première condition.

Section II. — Moyens normatifs nécessaires à la lutte contre la corruption

§ 1^{er}. — CONVENTIONS INTERNATIONALES

L'adoption d'une convention internationale est indispensable, d'une part, dans le but d'assurer l'efficacité des normes et, d'autre part, dans le but d'éviter que les normes nationales aient pour effet de discriminer négativement les entreprises privées de ce pays. La corruption est en effet un phénomène international en ce que, d'une part, une grande partie de l'argent payé

(35) J. LAMBERT, « Fisc et corruption », *La corruption*, Ed. universitaires Fribourg (Suisse), 1995, pp. 159 et s., ici, pp. 162 à 164.

(36) Les opinions exprimées dans cette étude n'engagent que leurs auteurs.

(37) Une condition fondamentale qui a favorisé le développement des enquêtes en Italie, est l'existence du principe, garanti par la Constitution, de l'obligation de l'action pénale. En Italie, en effet, le ministère public n'a aucune possibilité de choisir d'enquêter ou non pour vérifier le fondement des informations préliminaires concernant l'éventuelle commission d'un délit : toutes les informations doivent être approfondies et vérifiées et il ne peut pas classer directement les informations qui ne contiennent pas, à son avis, des éléments criminels. Le classement doit toujours être demandé à un juge.

dans des buts de corruption provient des entreprises privées de pays étrangers et en ce que, d'autre part, une grande partie de l'argent payé à des fins de corruption n'est pas versée aux corrompus sur le territoire de leur pays mais au contraire sur le territoire de pays étrangers. La corruption étant un phénomène international, la réponse ne peut qu'être internationale.

§ 2. — TYPES DE NORMES

Sur le plan juridique, les normes à prendre ne doivent pas être seulement des normes répressives à caractère pénal mais aussi des normes de droit civil, constitutionnel, administratif et fiscal.

1°) *Sur le plan du droit civil* : adoption de règles prévoyant l'annulabilité ou la nullité des contrats conclus illicitement et prévoyant le paiement de dommages et intérêts pour les omissions ou les négligences survenues lors de la révision des comptes.

2°) *Sur le plan fiscal* : abolition de tout avantage à caractère fiscal.

3°) *Sur le plan du droit administratif* : adoption de normes de droit interne rigoureuses délimitant les pratiques administratives et les devoirs des fonctionnaires publics et assurant la transparence dans les procédures de dépouillement des offres et d'attribution des marchés.

4°) *Sur le plan du droit constitutionnel* : adoption d'une série de mesures telles que

- des règles de contrôle accentué du législatif sur l'exécutif (enquêtes parlementaires, meilleure lisibilité des budgets,...) ;
- le contrôle plus adéquat du judiciaire sur le parlement et le gouvernement (indépendance du pouvoir judiciaire, responsabilité pénale des ministres,...) ;
- la transparence accrue des mécanismes de décision (motivation formelle des actes administratifs, publicité active et passive dans le domaine administratif,...) ;
- la transparence au niveau des mandataires (transparence dans la répartition des mandats, interdiction de cumul des mandats, transparence dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales, transparence au niveau du patrimoine des élus).

Un exemple permet d'illustrer le renforcement du contrôle du législatif sur l'exécutif, à savoir le contrôle renforcé des commandes militaires. En Belgique, à la suite d'une série de scandales liés aux commandes militaires (les affaires Agusta, Dassault et Bombardier) impliquant des autorités ministérielles et des hauts fonctionnaires, la Chambre des Représentants constitua une enquête parlementaire sur les commandes militaires. Dans son rapport

du 22 février 1995 (38), la Chambre formule un certain nombre de recommandations au Gouvernement parmi lesquelles on retrouve la nécessité de « renforcer la participation du Parlement au processus décisionnel en matière d'acquisition de matériel de défense » (p. 185). A cet effet, une « commission *ad hoc* acquisition de matériel de défense » a été créée au sein de la Chambre des Représentants et intervient dans le processus décisionnel d'acquisition sous la forme de l'examen d'un inventaire annuel des besoins en matériel qui doit être déposé par le Ministre de la Défense nationale six mois avant le dépôt de son budget et sous la forme de l'examen des projets d'acquisition de matériel en cours par le biais d'un droit d'évocation à différents stades de la procédure (la demande d'avis préalable, la définition opérationnelle des besoins, le choix du mode de passation du marché, l'attribution du marché et l'évaluation du matériel après réception).

De même, en ce qui concerne la transparence dans les procédures d'attribution des marchés militaires, la Chambre des Représentants a formulé, dans le même rapport, un certain nombre de recommandations en ce qui concerne les compensations industrielles ou économiques liées à la plupart des contrats de commande militaire :

- 1°) dissociation du volet militaire du marché public des aspects économiques dudit marché ;
- 2°) lancement simultané de deux procédures de passation distinctes ;
- 3°) attribution distincte et décalée chronologiquement des deux marchés de telle sorte que seuls les soumissionnaires retenus dans la short list militaire entreront en ligne de compte pour l'évaluation d'une proposition de compensation économique ;
- 4°) établissement de critères qualitatifs généraux relatifs à l'attribution du volet économique d'un marché public militaire et définition de la notion de compensation industrielle acceptable ;
- 5°) si le Ministre ou le Conseil des Ministres décident de ne pas suivre le classement de la short list militaire en raison de clauses économiques, celui-ci devra motiver sa décision de manière circonstanciée et la communiquer sous la forme d'un rapport détaillé à la Commission *ad hoc* (pp. 192 à 194).

En conclusion, les normes nécessaires à la lutte contre la corruption nous paraissent dès lors être de deux ordres :

- 1°) d'une part, le phénomène de la corruption ne peut échapper à la voie de la répression tant civile, fiscale que pénale. Les États ne peuvent en effet refuser d'explorer et d'appliquer les vertus de la punition dans des cas concrets : la corruption, quand elle est connue et prouvée, justifie

(38) *Doc. parl.*, Chambre, session 1994-1995, n° 254/13.

l'application de peines exemplaires, l'annulabilité des conventions subséquentes et la suppression d'un traitement fiscal avantageux ;

- 2°) d'autre part, les remèdes préventifs ne doivent pas pour autant être négligés. Les quelques mesures énoncées ci-dessus doivent conduire à une moralisation de la vie publique, notamment par une transparence accrue de la politique et de la fonction publique.

Section III. — Revalorisation de l'éthique

Si la pratique corruptrice est interdite et sanctionnée, dans la plupart des sociétés actuelles, par des normes juridiques, celles-ci ne suffisent toutefois pas et les multiples études économiques et sociologiques ont montré que les mesures juridiques étaient insuffisantes. Le problème est en réalité de nature structurelle, à savoir la modification des structures économiques et sociales à l'intérieur desquelles les individus opèrent. A cet égard, les remèdes semblent être de trois ordres :

1°) Des mesures qui agissent sur les conditions sociales de travail du corrompu : donner des conditions de travail décentes aux fonctionnaires (salaires suffisamment élevés, cadres et fonctions stables) et la sécurité nécessaire à l'exercice d'un travail responsable ; sélection des fonctionnaires par un organe indépendant sur la base de critères d'efficacité ; un système de récompense largement diffusé.

2°) Les mesures qui agissent sur les valeurs morales des employés et sur l'opinion publique : cours de morale, séminaires sur la fonction publique, etc. La lutte contre la corruption passe par l'approfondissement et le développement de la citoyenneté en renforçant la conscience civique et politique de chaque individu et en développant un niveau culturel des sociétés.

3°) Les mesures qui visent à modifier les structures administratives, économiques, politiques et sociales : rétablir un climat de concurrence ou règne la transparence et où l'information nécessaire est disponible pour chacun des intervenants. En effet, la logique du secret tend toujours à se réinstaller dans les comportements des bureaucraties, tant étatiques que privées, et prépare un terrain particulièrement propice aux pratiques de corruption.

En ce qui concerne la corruption privée, trois types de mesures seraient susceptibles de la réduire :

- 1°) inciter à la loyauté par une politique salariale adéquate ;
- 2°) aggraver les conséquences d'être découvert par une augmentation des sanctions ;
- 3°) contrôler les activités des mandataires et des gestionnaires par des politiques systématiques d'audit pour augmenter les probabilités de détection.

La lutte judiciaire, pour importante qu'elle soit par la publicité qu'elle développe autour du délit et des normes répressives, reste limitée et doit se compléter par une lutte institutionnelle et économique : il est essentiel d'instaurer — et de restaurer de façon permanente — une autre économie du pouvoir et de la parole publique. En effet, le paradoxe de la corruption est qu'elle ne peut pas paraître au grand jour et qu'elle doit constamment se travestir sous des prétextes honorables ; aucun pouvoir ne peut affirmer *urbi et orbi* qu'il n'a d'autres fins que lui-même. La corruption est une tentative de reprise du contrat social, une usure et un détournement de la logique sociale.

Dans la foulée de ces réformes législatives, on constate que les autorités politiques et administratives réintroduisent l'éthique dans leur discours officiel comme s'il fallait relancer les fondements du pouvoir et l'exercice de ce dernier. On multiplie les initiatives autour de ce thème en adoptant et en diffusant des déclarations de principe, les fameuses chartes éthiques ou déontologiques, et on adopte d'autres mesures complémentaires, certaines à caractère législatif. Ces initiatives constituent une manifestation de l'intérêt généralisé et revivifié à l'égard de l'éthique du pouvoir.

L'OCDE qui a entrepris un travail important dans ce domaine a manifesté le même intérêt. Récemment, cette organisation a introduit et développé le concept d'infrastructure éthique qui rassemble les instruments étatiques de nature à combattre les comportements jugés incorrects ou indésirables et à inciter à la bonne conduite. Ces instruments sont essentiellement au nombre de huit :

- 1°) l'engagement du pouvoir politique ;
- 2°) un régime juridique clair, cohérent et efficace dans le domaine de la prévention et de la répression ;
- 3°) la responsabilisation croissante aux différents niveaux hiérarchiques de l'organisation ;
- 4°) l'adoption et la diffusion de codes de conduite ;
- 5°) la compréhension des valeurs du service public en général et des valeurs propres aux organisations, en particulier à travers la formation professionnelle ;
- 6°) la valorisation du régime de travail, notamment en ce qui concerne les aspects liés à la rémunération et à la sécurité de l'emploi ;
- 7°) la mise en place d'un organe de coordination pour les questions d'éthique et de comportement ;
- 8°) et enfin, l'existence d'une opinion publique ainsi que des médias actifs et sensibilisés aux comportements de pouvoir.

Comme on le voit, on ne demande pas seulement au pouvoir politique et administratif de respecter rigoureusement la qualité ; on exige de lui un

comportement exemplaire en ce sens qu'il doit vivre les vertus dont il est l'interprète afin que la légalité et la moralité politique et administrative aillent de paire. A cet égard, le concept de corruption dépasse les limites du concept disciplinaire ou du concept pénal pour viser tous les comportements qui violent gravement l'éthique de la profession.