



DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES ET DES ENTREPRISES

ITALIE : PHASE 2

**RAPPORT SUR L'APPLICATION DE LA CONVENTION SUR LA LUTTE
CONTRE LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS DANS
LES TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES ET DE LA
RECOMMANDATION DE 1997 SUR LA LUTTE CONTRE LA
CORRUPTION DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES
INTERNATIONALES**

Ce rapport a été approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales le 29 novembre 2004.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	4
1. Mission sur place.....	4
2. Généralités.....	5
a) Le système politique, juridique et économique de l'Italie	5
b) Application par l'Italie de la Convention et de la Recommandation révisée	7
c) Affaires liées à la corruption d'agents publics étrangers	7
3. Principaux points abordés dans le rapport.....	8
A. PRÉVENTION ET DÉTECTION	8
1. Prévention, formation et sensibilisation	8
a) Au sein de la fonction publique	8
(i) Police.....	8
(ii) Procureurs et magistrats	9
(iii) Principaux ministères et instances publiques.....	9
b) Au sein du secteur privé.....	10
(i) Initiatives des pouvoirs publics.....	10
(ii) Subventions publiques	11
(iii) Initiatives du secteur privé	15
2. Détection de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et des infractions connexes ...	18
a) Déclaration par des parties concernées ou par des tierces parties.....	18
b) Au sein de la fonction publique : une obligation de caractère général.....	18
c) Administration fiscale.....	19
(i) Non déductibilité des pots-de-vin	19
(ii) Programmes d'amnistie fiscale	20
d) Divulgarion d'informations par les comptables et les vérificateurs des comptes	21
(i) Obligations en matière de comptabilité et de vérification comptable.....	21
(ii) Vérification comptable des entreprises publiques.....	23
e) Blanchiment de capitaux.....	24
(i) L'infraction de blanchiment de capitaux.....	24
(ii) Déclaration des infractions de blanchiment de capitaux.....	25
B. POURSUITES ET SANCTIONS APPLICABLES AUX CAS DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS	27
1. L'affaire Enelpower	27
2. Enquêtes	28
a) Autorités chargées d'appliquer la loi	28
(i) Indépendance du Ministère public	28
(ii) Conflits de compétence.....	28
(iii) Les forces de police en Italie.....	29
b) La conduite des enquêtes	30
(i) Techniques et ressources en matière d'enquêtes.....	30

(ii)	Entraide judiciaire.....	31
(iii)	Extradition.....	33
3.	Poursuites et verdict.....	34
a)	L'infraction de corruption transnationale.....	34
(i)	Faits constitutifs de l'infraction.....	34
(ii)	Argument de défense de la <i>concessione</i>	37
(iii)	Délais de prescription et retards dans les procédures.....	40
(iv)	Compétence.....	42
b)	Responsabilité des personnes morales.....	43
(i)	Champ d'application.....	43
(ii)	Poursuites concernant le contrevenant principal.....	44
(iii)	Compétence.....	45
(iv)	Problèmes d'enquête.....	47
(v)	Argument de défense des modèles d'organisation.....	47
c)	L'infraction de falsification des comptes.....	48
(i)	Champ d'application de l'infraction.....	48
(ii)	Falsification de la vérification des comptes.....	51
(iii)	Caractère suffisant des sanctions.....	52
4.	Sanctions pour la corruption d'agents publics étrangers.....	52
a)	Sanctions à l'encontre de personnes physiques.....	52
(i)	Sanctions pénales et administratives.....	52
(ii)	Confiscation.....	52
(iii)	Principes et pratiques du <i>patteggiamento</i>	53
b)	Sanctions à l'encontre des personnes morales.....	53
(i)	Amendes.....	54
(ii)	Sanctions d'interdiction.....	54
(iii)	Confiscation.....	55
(iv)	Les sanctions sont-elles suffisantes ?.....	55
C.	RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL ET SUIVI.....	56
	ANNEXE 1 Extraits de la législation pertinente.....	60
	ANNEXE 2 Dispositions supplémentaires concernant la falsification des comptes.....	64
	ANNEXE 3 Statistiques sur le nombre de cas de <i>Concessione</i> et de corruption.....	66
	ANNEXE 4 Liste des participants à la mission sur place.....	67

INTRODUCTION

1. Mission sur place

1. Du 19 au 23 avril 2004, une équipe du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales (Groupe de travail) a effectué une mission d'évaluation sur place de l'Italie, conformément à la procédure pour la Phase 2 d'autoévaluation et d'évaluation mutuelle de la mise en œuvre de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (« la Convention ») et de la Recommandation révisée de 1997 (« la Recommandation révisée »). Cette mission avait pour objectif d'étudier les structures dont est dotée l'Italie pour faire respecter les textes législatifs et réglementaires mettant en œuvre ces instruments de l'OCDE, et d'évaluer l'application de ces textes dans la pratique.

2. Pour préparer cette mission sur place, l'Italie a transmis au Groupe de travail les réponses au questionnaire de la Phase 2 et à un questionnaire supplémentaire. L'Italie a également communiqué les textes de lois et la jurisprudence pertinents. L'équipe d'évaluation a analysé ces documents et a effectué un examen indépendant en vue d'obtenir des avis non gouvernementaux.

3. Pour préparer la mission sur place, les examinateurs principaux avaient proposé aux autorités italiennes d'effectuer un déplacement d'une journée à Milan. Les examinateurs principaux estimaient qu'organiser un déplacement dans ce qui est sans doute le plus important centre financier et industriel d'Italie fournirait une occasion utile de s'entretenir avec des représentants du secteur privé, des professions juridiques et de certaines institutions publiques dans un cadre différent du contexte romain. Bien que certaines entreprises commerciales aient leur siège à Rome, il semblait à leurs yeux que le fait de rencontrer des représentants des entreprises et leurs avocats venus de bureaux régionaux en dehors de Rome procurerait une perspective utile et différente sur leur fonctionnement et leur expérience. Les examinateurs principaux espéraient également rencontrer des représentants du parquet et de la police (notamment de la *Guardia di Finanza*) à Milan puisque, comme c'est le cas dans la plupart des pays, les instances chargées de faire appliquer les lois peuvent posséder une expérience différente hors de la capitale. De plus, les autorités de Milan ont enquêté et engagé des poursuites dans un nombre particulièrement important d'affaires de corruption. Elles ont également mené l'enquête sur le seul et unique cas de corruption d'agents publics étrangers survenu en Italie à ce jour (l'affaire Enelpower, discutée plus loin).

4. L'Italie n'a pas partagé cette opinion. À son avis, ce déplacement n'était pas nécessaire car elle estimait que les représentants présents à Rome pouvaient fournir suffisamment d'informations sur la situation à Milan. Au cours de la mission d'évaluation sur place, les autorités italiennes étaient représentés par les personnes suivantes : des membres de plusieurs services de police, notamment de la *Guardia di Finanza* (brigade financière), de l'*Arma dei Carabinieri* (gendarmerie) et de la *Polizia di Stato* (police nationale) ; des procureurs et des juges, notamment des magistrats détachés auprès du ministère de la Justice ; des agents publics de plusieurs ministères, notamment le ministère des Affaires étrangères, de l'Économie et des Finances, des Activités productives et de l'Intérieur ; des autorités de tutelle des entreprises et de la finance comme la Banque d'Italie, l'*Ufficio Italiano dei Cambi* (l'Office italien des changes) et la CONSOB (*Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*, l'autorité des marchés financiers) ; et des organismes impliqués dans des activités d'exportation comme la SACE (*Servizi*

Assicurativi del Commercio Estero, l'organisme italien de crédit à l'exportation) et la SIMEST (*Società italiana per le imprese all'estero*, Société italienne pour les entreprises à l'étranger). Étaient également présents des représentants de la société civile et des associations d'entreprises, des syndicats, des universitaires, ainsi que de plusieurs secteurs d'activité comme l'industrie automobile, l'énergie et les travaux publics¹. Cependant, hormis un juge du tribunal de Milan et plusieurs universitaires (dont l'un était également avocat de la défense), tous les autres participants venaient de Rome. Les officiers de police ayant pris part à ces réunions étaient de hauts gradés, aucun d'entre eux n'avait récemment participé à des enquêtes sur le terrain liées à des affaires de corruption. Les représentants du ministère de la Justice étaient principalement des magistrats détachés auprès du ministère. La plupart d'entre eux étaient intervenus dans des affaires de corruption d'agents publics nationaux.

5. Tout en saluant le travail intense fourni par les autorités italiennes pour préparer et accueillir la mission, les examinateurs principaux n'ont pu réussir à déterminer si les agents publics chargés de faire appliquer la loi dans les principaux centres financiers du pays ont une connaissance convenable des lois sur la corruption d'agents publics étrangers et les font respecter. Les examinateurs principaux n'ont pas pu rencontrer d'agents publics chargés de faire appliquer la loi en Italie (même ceux qui n'intervenaient dans aucune affaire en cours) ni un cercle plus large d'officiers de police et de procureurs possédant un point de vue régional et une expérience différente. Cette rencontre aurait procuré un tableau plus complet de l'interprétation, de la mise en œuvre et des modalités d'application de la loi italienne de lutte contre la corruption, du respect par l'Italie de la Convention et de la mise en œuvre de la Recommandation révisée.

2. Généralités

a) *Le système politique, juridique et économique de l'Italie*

6. Le chef de l'exécutif est le Président élu qui désigne le Premier Ministre, lequel nomme le Conseil des ministres (le cabinet), avec l'accord du Président. Le pouvoir législatif est constitué d'un parlement démocratiquement élu composé de deux chambres, qui a compétence exclusive pour promulguer les lois pénales.

7. Le droit et les conventions internationales ont joué un rôle singulier dans le système juridique italien. Un professeur de droit a expliqué durant la mission sur place qu'en vertu de l'article 10(1) de la Constitution de la République italienne², lorsqu'une loi nationale est en contradiction avec un traité ou une convention internationale à laquelle l'Italie est partie, c'est l'instrument international qui prévaut. L'article 117 de la Constitution (récemment modifié par la loi constitutionnelle 3/2001) prévoit en outre que les lois italiennes promulguées par l'État et par les régions qui ne se conforment pas aux conventions internationales sont anticonstitutionnelles. Il n'existe aucune jurisprudence en la matière émanant de la Cour constitutionnelle italienne.

8. Le pouvoir judiciaire italien est composé de juges et de procureurs, tous considérés comme des magistrats. La Constitution garantit l'indépendance des magistrats vis à vis du pouvoir exécutif en assignant au *Consiglio Superiore della Magistratura* (CSM) – instance judiciaire indépendante qui s'administre elle-même – la compétence exclusive pour désigner, nommer, muter, promouvoir et sanctionner les procureurs. D'un point de vue administratif, le pouvoir judiciaire fait l'objet de subdivisions géographiques. Les procureurs peuvent briguer des fonctions de juge (et *vice versa*) lorsque l'occasion se présente. Les procureurs sont chargés d'ordonner à la police de mener les enquêtes, même si la police peut effectuer ses propres enquêtes dans certains cas précis.

¹ Voir la liste des participants en annexe du présent rapport.

² L'article 10(1) de la Constitution prévoit que « l'ordre juridique italien se conforme aux normes du droit international généralement reconnues. »

9. Diversifiée, l'économie industrielle de l'Italie se classe au 7^e rang mondial, avec un PIB qui se situe juste derrière celui de la France et du Royaume-Uni³. Il existe d'importantes disparités économiques entre le nord industriel extrêmement développé et le sud rural qui l'est moins⁴. À l'instar de la plupart des autres économies avancées de l'OCDE, l'Italie possède un petit secteur primaire, qui va diminuant, et un secteur tertiaire qui contribue près des deux tiers de la valeur ajoutée brute⁵.

10. Les quelques grandes entreprises privées en activité jouent un rôle majeur dans l'économie et sont généralement détenues et dirigées par des familles. Ces familles exercent leur contrôle par le biais de sociétés holding et de participations croisées avec des alliés industriels et financiers qui leur permettent de conserver le contrôle des entreprises moyennant une faible participation⁶. Les principales composantes de l'économie sont les réseaux de petites et moyennes entreprises familiales, principalement regroupées au sein des « districts industriels » du nord-est et du centre du pays. Nombre de ces entreprises produisent, pour l'exportation, des biens de consommation de grande qualité, notamment des vêtements, des meubles, des équipements de cuisine et des appareils électroménagers⁷.

11. En 2002, l'Italie était le 7^e importateur et le 8^e exportateur mondial. Ses échanges commerciaux concernent principalement des pays de l'Union européenne (UE), même si les transactions commerciales avec des économies émergentes comme la Chine et la Russie ont fortement progressé⁸. Les principales importations incluent les équipements de transport, les produits chimiques et pharmaceutiques et les produits énergétiques. Ses principales exportations sont les équipements de construction mécanique, les équipements de transport, les textiles et l'habillement ainsi que les produits chimiques et pharmaceutiques⁹.

12. Par rapport aux moyennes européennes, les entrées et les sorties d'investissement sont modestes. Les investisseurs étrangers viennent principalement des pays de l'UE et d'Amérique du Nord. L'encours des investissements à l'étranger est en hausse. Ils ont pour principale destination l'UE, mais la part des investissements réalisés en Europe centrale et orientale et, dans une moindre mesure, en Asie (notamment

³ Groupe de la Banque Mondiale (août 2003), *Indicateurs du développement dans le monde*

⁴ *Examens territoriaux de l'OCDE – Italie* (2001), Paris, Chapitre 1

⁵ The Economist Intelligence Unit (2003), *Country Profile 2003 – Italy*, The Economist Intelligence Unit, Londres, pp. 31-32

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Les principaux partenaires de l'Italie à l'exportation en 2002 étaient l'Allemagne (36.305 milliards EUR), la France (32.275 milliards EUR), les États-Unis (25.854 milliards EUR), le Royaume-Uni (18.132 milliards EUR) et l'Espagne (16.824 milliards EUR). Les principaux partenaires à l'exportation parmi les pays émergents étaient la Pologne (4.278 milliards EUR), la Turquie (4.073 milliards EUR), la Chine (4.018 milliards EUR), la Russie (3.801 milliards EUR) et la Roumanie (3.613 milliards EUR).

Les principaux partenaires de l'Italie à l'importation en 2002 étaient l'Allemagne (45.613 milliards EUR), la France (28.987 milliards EUR), les Pays-Bas (15.080 milliards EUR), le Royaume-Uni (12.868 milliards EUR) et les États-Unis (12.507 milliards EUR). Les principaux partenaires à l'importation parmi les pays émergents étaient la Chine (8.307 milliards EUR), la Russie (7.915 milliards EUR), la Libye (4.908 milliards EUR), l'Algérie (4.254 milliards EUR) et la Roumanie (3.815 milliards EUR) (Istituto Nazionale di Statistica (2003), *Italy and the World Economy, Summary, ICE Report 2002-2003*, Istituto Nazionale di Statistica, Rome, p. 39).

⁹ *Ibid.* pp. 32 et 39-40

en Chine) augmente. Beaucoup de moyennes entreprises ont délocalisé une partie de leur production dans les Balkans¹⁰.

13. Le gouvernement a récemment privatisé des entreprises des secteurs de l'électricité (Enel), du gaz et des télécommunications, mais l'État conserve une majorité de contrôle et une « golden share » - (action spécifique permettant de conserver un droit de veto pour certaines décisions importantes) dans les secteurs de l'électricité et du gaz. Le gouvernement italien a confirmé son intention de réduire ses participations dans Enel, lorsque les conditions seront plus favorables¹¹.

b) Application par l'Italie de la Convention et de la Recommandation révisée

14. L'Italie a mis en œuvre l'obligation d'introduire dans son droit une infraction de corruption d'agents publics étrangers en septembre 2000 en promulguant l'article 322bis(2) du Code pénal, qui étend les infractions de corruption nationale active prévues par le code pénal aux agents publics étrangers. L'un des avantages de cette démarche provient de ce qu'une grande part de la jurisprudence considérable préexistante sur la corruption nationale s'applique à l'infraction de corruption transnationale. Cependant, cette disposition est relativement complexe du fait de la succession de renvois à diverses infractions de corruption nationale (actives et passives) figurant dans le code pénal¹². De plus, l'Italie a promulgué, le 8 juin 2001, le décret-loi 231 qui impose aux personnes morales une responsabilité administrative au titre de l'infraction de corruption transnationale. L'adoption de ce texte a marqué une étape importante de l'histoire juridique de l'Italie, car les personnes morales ne pouvaient auparavant être tenues pour responsables d'aucune infraction pénale.

15. Depuis l'examen de la Phase 1 en avril 2001, l'Italie a adopté plusieurs lois ayant une influence sur l'application de la Convention et de la Recommandation révisée. Il s'agit notamment de la refonte des dispositions du Code civil sur les infractions de falsification des comptes et la modification des règles relatives à la recevabilité des preuves obtenues dans le cadre de l'entraide judiciaire. Les autres changements incluent l'extension de la procédure de négociation des peines (*patteggiamento*) à un nombre élargi d'infractions et l'extension des raisons motivant le changement du lieu d'un procès.

16. L'Italie a fait des efforts notables pour lutter contre la corruption à l'échelon national. En avril 2001, elle a publié un code de conduite à l'intention des employés du secteur public ainsi qu'un règlement prévoyant le licenciement immédiat des agents publics corrompus. Le 16 janvier 2003, l'Italie a promulgué une loi créant la fonction de Haut Commissaire pour lutter et combattre la corruption au sein de l'État. Le Haut Commissaire a été récemment nommé.

c) Affaires liées à la corruption d'agents publics étrangers

17. Préalablement à la mission sur place, l'Italie avait indiqué au Groupe de travail qu'il y avait eu deux enquêtes liées à la corruption d'agents publics étrangers : l'affaire Telekom Serbia et l'affaire Enelpower. L'affaire Telekom Serbia portait sur la présomption d'actes de corruption d'agents publics serbes dans le cadre du rachat par Telecom Italia d'une participation de 29 pour cent dans Telekom Serbia

¹⁰ *Ibid.*; The Economist Intelligence Unit (2003), *Country Profile 2003 – Italy*, The Economist Intelligence Unit, Londres, p. 31. Les entrées d'IDE se sont élevées en 2002 à 142.919 milliards USD. Les sorties d'IDE en 2001 se sont élevées à 201.752 milliards USD (Istituto Nazionale di Statistica (2003), *Italy and the World Economy, Summary, ICE Report 2002-2003*, Istituto Nazionale di Statistica, Rome, p. 33).

¹¹ OCDE (2003), *Études économiques de l'OCDE : Italie*, OCDE, Paris, p.102 et note 72

¹² Le rapport de la phase 1 sur l'Italie précise à la p.38 que « compte tenu de la complexité de ces renvois, le Groupe de travail a recommandé que cette question fasse l'objet d'un suivi au cours de la phase 2 de la procédure d'évaluation. »

en 1997. Les magistrats et une commission parlementaire ont mené une enquête sur cette affaire. Au moment de la mission sur place, la commission parlementaire avait conclu qu'il n'existait pas de preuves suffisantes d'actes de corruption d'agents publics étrangers. L'affaire Enelpower, qui est en cours, est présentée plus en détail dans la suite de ce rapport.

3. Principaux points abordés dans le rapport

18. La structure du rapport est la suivante : la partie A s'intéresse à la prévention et à la détection de la corruption d'agents publics étrangers et expose les moyens à mettre en œuvre pour en améliorer l'efficacité. De la même façon, la partie B traite des poursuites et des sanctions applicables à la corruption transnationale et des infractions en matière de comptabilité et de blanchiment de capitaux qui y sont liées. Cette partie expose également les avancées législatives récentes de l'Italie ayant un impact sur l'application de la Convention et de la Recommandation révisée. La partie C est consacrée aux recommandations du Groupe de travail et aux problèmes dont ce dernier préconise le suivi.

A. PRÉVENTION ET DÉTECTION

1. Prévention, formation et sensibilisation

a) *Au sein de la fonction publique*

19. Comme indiqué ci-dessus, l'article 322bis du code pénal est relativement compliqué. Même si cela n'est pas inhabituel dans le système juridique italien, les examinateurs principaux considèrent néanmoins que la nature quelque peu complexe de l'article 322bis – y compris les renvois qu'il comporte à l'infraction de corruption d'agents publics nationaux et les nuances qu'il y apporte – justifie l'organisation de programmes de formation spécifiques à l'intention, notamment, des personnels en contact avec les entreprises ayant des activités à l'étranger, ainsi que des personnes chargées de faire appliquer les mesures de lutte contre les infractions de corruption d'agents publics étrangers et de mener les poursuites à cet égard. À ce jour, les programmes de formation et de sensibilisation traitant spécifiquement de la corruption d'agents publics étrangers semblent en effet insuffisants.

(i) *Police*

20. En ce qui concerne les autorités chargées de faire appliquer les lois, la police nationale, les *Carabinieri*, et la *Guardia di Finanza* sont sensibilisés et formés au problème de la corruption d'agents publics étrangers au cours de leur cursus dans leurs écoles de formation respectives, mais insuffisamment dans le cadre de la formation continue au cours de leur carrière. Bien que les examinateurs principaux aient été informés que la *Guardia* avait organisé des formations spécifiques sur la question de la corruption d'agents publics étrangers, il ne ressort pas clairement, d'après les informations fournies par les représentants de la *Guardia* interrogés, que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers a été complètement assimilée. Même si la police judiciaire¹³ opère essentiellement sous la tutelle d'un procureur public, la police conserve néanmoins une certaine autonomie pour mener diverses activités (comme la conservation d'éléments de preuves ou l'identification du contrevenant) durant la période suivant le signalement de l'infraction au parquet. À cet égard, il est essentiel que la police judiciaire comprenne l'article 322bis sous tous ses aspects.

¹³ Lorsqu'ils mènent des enquêtes, la police nationale, les *Carabinieri* et la *Guardia di Finanza* sont considérées comme des forces de police judiciaire.

(ii) *Procureurs et magistrats*

21. En ce qui concerne les procureurs et les magistrats, le *Consiglio Superiore della Magistratura* (Conseil supérieur de la magistrature) propose des sessions de formation qu'il faut suivre pour obtenir une promotion. Un procureur public interrogé durant la mission sur place a indiqué que des sessions sur la corruption, portant notamment sur la confiscation du produit et de l'objet de la corruption, étaient prévues pour 2005. Le ministère de la Justice a également précisé qu'un cours avait eu lieu, en mai 1998, sur les formes internationales de corruption et que, après la promulgation de la loi d'application, d'autres sessions de formation avaient été organisées par le *Consiglio Superiore della Magistratura*, consacrées aux mesures de confiscation, à la responsabilité des personnes morales, y compris l'analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Étant donné la difficulté de comprendre pleinement tous les aspects de l'infraction complexe prévue par l'article 322bis et les problèmes particuliers inhérents à la détection des cas et aux spécificités de la recherche des preuves dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers, il semblerait pertinent d'organiser des formations supplémentaires.

(iii) *Principaux ministères et instances publiques*

22. Le personnel des administrations publiques, en relation avec les entreprises italiennes ayant des activités à l'étranger, a également bénéficié d'informations sur la Convention : le ministère des Affaires étrangères a informé ses missions diplomatiques de l'adoption de la loi attribuant la qualification pénale à la corruption d'agents publics étrangers ; la SIMEST, l'instance financière italienne chargée, sous la tutelle du ministère de l'Industrie et du Commerce, du développement et de la promotion des activités commerciales de l'Italie à l'étranger, a publié une note interne sur ce point pour ses salariés. L'administration des Douanes a proposé des formations, notamment sur la corruption d'agents publics étrangers, et prépare un code de conduite ; après la mission sur place, les examinateurs principaux ont été informés que le code en question ferait référence à l'infraction d'agents publics étrangers. Un code général de conduite pour les fonctionnaires existe également, même s'il ne rappelle pas l'obligation faite aux agents publics italiens, en vertu de l'article 331 du Code de procédure pénale, de déclarer systématiquement toutes les infractions présumées. En règle générale, les mesures de formation et de sensibilisation se rapportant à la corruption d'agents publics étrangers semblent inégales d'une administration à l'autre.

23. Enfin, comme l'a indiqué l'Italie durant les réunions avec le Groupe de travail sur la corruption, une loi adoptée le 16 janvier 2003 a institué la fonction de Haut Commissaire pour la lutte contre la corruption (et contre d'autres types de pratiques illicites au sein de la fonction publique). Dans leurs réponses au questionnaire de la Phase 2, les autorités italiennes ont précisé, en outre, que le Haut Commissaire était notamment chargé de la surveillance et du contrôle des missions de l'État, notamment en matière de corruption. Comme l'ont précisé les autorités italiennes, le Haut Commissaire n'est pas investi de pouvoirs d'enquête, mais dispose du libre accès aux documents et bases de données à caractère administratif de la fonction publique et de l'autorité d'exercer ses pouvoirs de son propre chef ou sur demande des services administratifs. Il est aussi tenu de rendre semestriellement compte de son action au Premier ministre et de déférer les affaires au pouvoir judiciaire et à la Cour des Comptes comme le requiert la législation italienne. Le Haut Commissaire a été récemment nommé, mais ses fonctions spécifiques doivent être encore précisées plus avant.

Commentaire

Les examinateurs principaux encouragent les autorités italiennes à intensifier leurs actions visant à sensibiliser la fonction publique à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. À cet égard, ils prennent acte de la mesure prise par l'Italie de désigner un Haut Commissaire pour la lutte contre la corruption afin de superviser la fonction publique et

recommandent que la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers compte au nombre de ses missions. Étant donné la nature quelque peu compliquée de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers telle qu'elle est définie dans le code pénal, ils recommandent également de dispenser des formations supplémentaires aux autorités chargées de faire appliquer la loi pour que les aspects techniques de cette infraction soient pleinement compris.

b) Au sein du secteur privé

24. Il a été généralement convenu par les représentants de la fonction publique ainsi que des associations d'entreprises, des sociétés, des professions juridiques et des universités que la sensibilisation à l'infraction de corruption d'agents étrangers est dans une large mesure née, en Italie, dans le contexte de la responsabilité administrative des personnes morales, notion introduite dans le droit italien par le décret-loi 231 du 8 juin 2001 (décret 231/2001). Avant son adoption, en vertu du droit italien, les personnes morales ne pouvaient être tenues pour responsables. L'introduction de la notion de responsabilité des personnes morales a donc été considérée comme une petite révolution au sein du système juridique italien, contraignant les associations d'entreprises à insister auprès de leurs adhérents et des entreprises pour qu'ils soient attentifs à cet aspect et notamment à l'infraction de corruption d'agents étrangers, car le décret s'applique, à ce jour, à un certain nombre d'infractions, y compris la *concussione*, la corruption, la falsification de comptes, la fraude et autres infractions commerciales. L'Italie envisage d'ajouter le blanchiment de capitaux à cette liste (voir section A.2.e)(i) L'infraction de blanchiment de capitaux).

(i) Initiatives des pouvoirs publics

25. Les réponses au questionnaire de la Phase 2, ainsi qu'un rapport publié par la section italienne de Transparency International sur la sensibilisation de l'opinion publique à la Convention de l'OCDE en Italie, ont indiqué que les agents publics italiens – pour la plupart des représentants de l'État et du pouvoir judiciaire – ont régulièrement diffusé dans la société civile et dans le secteur privé des informations sur la Convention de l'OCDE lors de nombreuses réunions, ateliers et conférences organisés par des associations d'entreprises, des ONG, des cabinets juridiques et des entreprises.

Représentations étrangères

26. Des mesures spécifiques pour sensibiliser davantage les entreprises italiennes implantées à l'étranger ont notamment été prises par la SIMEST, qui a assuré auprès des entreprises la diffusion de la loi 300/2000 introduisant l'infraction de corruption d'agents publics étrangers dans le code pénal italien. De plus, la SIMEST a élaboré et publié des dispositions se rapportant à cette loi. Le ministère de l'Industrie et du Commerce a également organisé, par le biais de son point de contact national chargé de l'application des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, des réunions et des ateliers pour les chefs d'entreprises, ainsi que dans les universités.

27. Depuis novembre 2001, les ambassades italiennes, avec la coopération de l'Institut italien pour le commerce extérieur et les chambres italiennes de commerce à l'étranger ont diffusé de la documentation auprès des chefs d'entreprise italiens opérant à l'étranger et les ont rencontrés en vue de les sensibiliser davantage à la Convention et à la loi d'application en vigueur en Italie. Les ambassades italiennes ont reçu instruction de se mettre en relation avec les représentations diplomatiques d'autres Parties à la Convention dans le but de discuter des mesures qu'elles ont prises pour faire appliquer la Convention. Le Bureau commercial de l'ambassade italienne en Australie a publié une note explicative sur la Convention, ainsi que le texte de la loi d'application italienne et le décret 231/2001 sur la responsabilité des personnes morales. Les ambassades et consulats italiens ont également fait part de leurs efforts pour mieux faire connaître les actions entreprises par l'Italie dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention. Néanmoins, de nouvelles actions à cet égard pourraient contribuer utilement à mieux sensibiliser les

entreprises italiennes exportant ou investissant à l'étranger, notamment en raison du rôle central de point de contact joué par les missions diplomatiques.

Décret 231/2001

28. Comme indiqué précédemment, l'entrée en vigueur du décret 231/2001 relatif à la responsabilité administrative des personnes morales a aussi largement contribué à améliorer la sensibilisation à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Au-delà de l'introduction de la notion nouvelle de responsabilité des personnes morales dans le système juridique italien, le décret législatif a eu un impact plus immédiat sur l'environnement commercial italien par le biais des dispositions recommandant d'élaborer des modèles d'organisation et de gestion dans les entreprises. En effet, l'article 6(1)(a) prévoit que les entreprises ne peuvent être tenues pour responsables si « avant la commission du fait, les services (de direction) avaient adopté et mis en œuvre efficacement des modèles d'organisation et de gestion destinés à prévenir les infractions telles que celles qui se sont produites ». L'article 6(2) précise les critères des modèles d'organisation qui pourront être admis aux fins de l'article 6(1)(a)¹⁴.

29. Lorsqu'aucun modèle d'organisation n'était en place au moment où l'infraction a été commise, la sanction à l'encontre de l'entreprise peut être réduite si, dans l'intervalle entre l'infraction et le procès, « un modèle d'organisation destiné à prévenir les infractions telles que celles qui se sont produites a été adopté et est entré en vigueur » (article 12(2)(b))¹⁵. La responsabilité de l'élaboration des codes de conduite incombe aux associations d'entreprises (et donc les mesures prises par des instances comme la Confindustria ou l'ABI, voir ci-après), et les codes peuvent être soumis à l'approbation du ministère de la Justice. Au moment de la mission sur place, ce ministère avait reçu 40 codes de conduite, en avait examiné certains, mais seulement trois avaient obtenu l'agrément. On ne connaît pas les pleines conséquences que cet agrément ministériel peut avoir au stade d'un procès. Les représentants du ministère de la Justice ainsi que les procureurs et les magistrats interrogés durant la mission sur place ont souligné que l'agrément donné à un modèle d'organisation par le ministère de la Justice n'empêchera pas les personnes morales ayant adopté ces modèles d'être tenues pour responsables devant un tribunal. Il semble donc que cet agrément pourrait être pris en compte par les tribunaux comme une preuve *a priori* que l'entreprise a pris des mesures raisonnables pour prévenir la commission d'une infraction, et à tout le moins, comme une circonstance atténuante pour le jugement¹⁶.

(ii) *Subventions publiques*

Procédures publiques : marchés publics et privatisations

30. En ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics, les autorités italiennes ont indiqué qu'à ce jour les entreprises n'ont pas été considérées comme inéligibles à l'adjudication de marchés publics en raison de leur implication dans le versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers. Pour ce qui est des sanctions prévues pour la corruption d'agents publics nationaux, dans l'affaire Enelpower, Siemens AG s'est vu interdire pour un an de conclure des contrats avec l'État à titre

¹⁴ De même, l'article 7 précise les critères applicables pour les modèles d'organisation exonérant les personnes morales des infractions commises par des personnes physiques qui sont soumises à la direction ou à la surveillance des dirigeants ou des cadres.

¹⁵ Dans la première affaire relevant du décret-loi 231/2001 impliquant la responsabilité d'une personne morale pour des actes de corruption d'agents publics nationaux, la peine a été réduite en application de cette disposition. Voir l'arrêt du tribunal de Pordenone, du 4 novembre 2002.

¹⁶ La question des moyens de défense prévus pour les personnes morales en vertu de l'article 6 du décret 231/2001 est évoquée plus en détail ci-après dans la partie B.2.b) relative à la responsabilité des personnes morales.

de sanction pour la corruption d'agents publics italiens, en vertu du décret 231/2001¹⁷ (voir également ci-après partie B.3.b)(ii) sur la possibilité d'infliger des sanctions d'interdictions applicables aux infractions de corruption d'agents publics étrangers). Concernant les sanctions à l'encontre de faits de corruption dans le cadre de procédures de passation de marchés publics, les examinateurs principaux ont été informés que de telles situations donnaient généralement lieu à l'application de peines de prison infligées par les tribunaux italiens aux agents publics concernés.

31. Des problèmes de corruption ont été mis en évidence dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics en Italie. Dans leurs réponses au questionnaire de la Phase 2, les autorités italiennes reconnaissent en effet que certains agents publics italiens ont pris part à la prédétermination du prix auquel le contrat était adjugé ou ont approuvé des accords extérieurs au service chargé de l'adjudication des marchés publics en vue de fausser le mécanisme général de soumission lors de la procédure d'adjudication. Dans certaines affaires, un agent public a été corrompu afin d'obtenir l'exclusion des concurrents non alignés sur la « *cordata* » (la « cordée », ou réseau politique) ou pour organiser des appels d'offre en fonction de critères d'admission « sur mesure » visant à favoriser un candidat donné ou un groupe restreint de candidats. Enfin, une forme plus rare et plus subtile de corruption implique les procédures d'adjudication dépassant le seuil fixé par l'UE dans le cadre desquelles l'acceptation ou le rejet du dossier que les candidats doivent remettre pour justifier de la solidité et de la compétitivité de leurs offres relève du « pouvoir discrétionnaire » de l'agent public qui reçoit des pots-de-vin.

32. Des mesures ont néanmoins été prises pour améliorer la transparence des procédures. Les autorités italiennes ont indiqué qu'à l'échelon local, certaines administrations ont tenté de prévenir ces pratiques en élaborant un protocole d'accord en vertu duquel toutes les offres sont soumises à une procédure de « validation » pour garantir une concurrence réelle avant que le marché public ne soit attribué. Ses effets semblent toutefois limités, que ce soit sur le plan territorial ou de sa portée, dans la mesure où ce protocole ne permettrait pas d'empêcher complètement que l'on verse des pots-de-vin à des agents publics pour qu'ils acceptent ou rejettent certaines soumissions durant le « processus de validation ». Il serait donc utile de prendre des mesures supplémentaires pour renforcer la transparence de la procédure d'adjudication des marchés publics en Italie, notamment en durcissant les règles qui les gouvernent et en chargeant une autorité de tutelle centrale de surveiller cette procédure.

33. De même, en ce qui concerne les procédures de privatisation, les sanctions prises à l'encontre des actes de corruption d'agents publics (nationaux ou étrangers) n'ont pas eu pour effet, à ce jour, de rendre les entreprises inéligibles à toute participation aux programmes de privatisation des entreprises publiques. Depuis le début des années 90, il existe un large consensus politique et une volonté des pouvoirs publics afin de privatiser progressivement les entreprises publiques dans les secteurs de l'industrie et des services, notamment le pétrole et le gaz naturel (ENI), la banque (IRI), les services d'eau, gaz et électricité (ENEL), l'aviation (Alitalia), et la distribution alimentaire (SME). Il y a donc lieu de viser la transparence dans le contexte de ce vaste processus de privatisation. Les décisions de privatisation sont prises par le gouvernement, sur avis non contraignant du Parlement¹⁸. La Commission interministérielle spéciale sur les privatisations, présidée par le directeur général du Trésor, est l'organe chargé de surveiller le processus de privatisation en Italie en vue de garantir sa transparence dans le cadre des offres publiques. Au cours de la privatisation, un examinateur de la Commission surveille le processus dans son ensemble ; à ce titre, il charge généralement une banque d'estimer la valeur des actifs de l'entreprise concernée. Une fois cette évaluation disponible, la Commission décide de procéder à la privatisation et soumet au gouvernement un calendrier pour le lancement de l'opération. Des mesures protectrices sont incorporées à la procédure pour prévenir la corruption, notamment l'exclusion des soumissionnaires ayant des antécédents de corruption ou

¹⁷ Décision de disqualification dans l'affaire Enelpower rendue par le tribunal d'instance de Milan, le 27 avril 2004

¹⁸ Loi 481/1995.

se trouvant potentiellement en situation de conflit d'intérêts, et l'établissement d'une liste de (douze à quinze) soumissionnaires autorisés. Comme d'autres agents publics, les personnels des autorités chargées des privatisations sont soumis à l'obligation d'informer les autorités judiciaires des cas de corruption suspectés se produisant en cours de procédure. Aucune déclaration de ce type n'a été effectuée à ce jour dans ce contexte.

Crédits à l'exportation

34. Les postulants déposant une demande d'aide officielle de crédit à l'exportation auprès de la SACE¹⁹ sont informés, dans le formulaire de candidature, des conséquences juridiques du versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers dans le cadre de leurs transactions commerciales internationales²⁰. De plus, le postulant doit certifier, dans le formulaire de candidature (i) qu'il n'a participé et ne participera à aucun acte de corruption lié à la transaction qui fait l'objet de la demande, (ii) que lui-même, ses administrateurs et ses salariés n'ont été reconnus coupables d'aucune infraction contre l'État ou de corruption d'agents publics étrangers, (iii) que le postulant n'a jamais été exclu d'une liste ou d'un registre quelconque tenu par la Banque mondiale ou d'autres organismes internationaux et (iv) qu'il n'a connaissance d'aucune infraction pénale imputable à des tierces parties en relation avec l'opération concernée.²¹ Les examinateurs principaux ont été informés qu'au-delà des dispositions figurant dans le formulaire de candidature, la SACE n'a pas informé les postulants des risques de corruption sur les marchés étrangers.

35. Il existe une certaine incertitude quant à la ligne de conduite suivie par la SACE lorsqu'elle découvre qu'un assuré ou un exportateur peut être impliqué dans un acte de corruption. Lors de la mission sur place, l'agent public de la SACE interrogé a indiqué que, pour qu'une garantie soit invalidée, il est nécessaire d'obtenir un jugement définitif rendu par un tribunal italien ; le fait d'avoir connaissance d'éléments de preuve établissant un acte de corruption de la part d'une entreprise italienne sous contrat avec la SACE ne suffit pas à entraîner la suspension des garanties. Selon l'agent public de la SACE si, en revanche, la SACE était informée de poursuites en cours dans un pays étranger à l'encontre d'une entreprise italienne ayant souscrit des garanties de crédit à l'exportation avec la SACE, celle-ci serait dans l'obligation d'alerter les autorités chargées des poursuites²², même si, comme cela a été précisé aux examinateurs principaux, il n'existe pas de directives internes spécifiques à cet égard.

36. La SACE a fourni de nouvelles explications après la mission sur place. Si des soupçons de corruption se font jour avant que la décision d'accorder une aide ne soit prise, la SACE refusera sa couverture et alertera les autorités chargées des poursuites, en tant que de besoin. Si la SACE a connaissance de poursuites en cours à l'encontre de l'assuré, d'un exportateur ou d'une personne agissant en leur nom en vertu de la loi 300/2000 et du décret 231/2001, elle est autorisée à suspendre le versement de l'indemnité jusqu'à la clôture des poursuites. En cas de condamnation, la SACE est habilitée à

¹⁹ La SACE SpA (*Servizi Assicurativi del Commercio Estero*) est l'assureur italien des crédits à l'exportation. Il contribue à l'internationalisation de l'économie italienne en assurant et en réassurant les risques politiques, économiques et commerciaux auxquels s'exposent les intervenants italiens dans le cours de leurs transactions internationales.

²⁰ Le formulaire de candidature précise que : « Le postulant est informé que, pour que sa couverture ne soit pas invalidée, le contrat commercial (ou de prêt) doit se conformer aux dispositions du droit italien et étranger et notamment aux règles pénales, y compris celles relatives à la corruption d'agents publics étrangers. »

²¹ Lorsque la police couvre les opérations de crédit de l'acheteur, la banque assurée et l'exportateur doivent l'une et l'autre faire ces déclarations.

²² En vertu de l'article 331 du Code de procédure pénale.

recouvrer toute indemnité versée. Enfin, si une preuve suffisante de corruption en rapport avec le contrat souscrit est établie une fois que l'aide a été accordée, la SACE peut demander aux tribunaux d'invalider ledit contrat aux termes de l'article 1892 du Code civil et refuser toute nouvelle indemnité, sans avoir à attendre une condamnation définitive. Les représentants de la SACE ont précisé qu'à ce jour, de telles garanties n'ont jamais été révoquées au motif de pratiques de corruption, étant donné que des preuves suffisantes d'actes de corruption commis par les parties assurées n'ont pas été établies.

37. Après la mission sur place, les examinateurs principaux ont été également informés que la SACE avait élaboré un modèle d'organisation et un code éthique conformément au décret 231/2001. Même si le code proprement dit s'adresse aux salariés de la SACE, son article 1.3 précise spécifiquement que ses principes s'appliquent aux tierces parties avec lesquelles la SACE conclut des contrats. L'article 1.5 prévoit que les salariés de la SACE doivent aviser les tierces parties des obligations qui leur incombent en application du code et que les clauses établissant cette obligation figurent dans les contrats conclus entre la SACE et ses clients. De plus, les infractions au code doivent être signalées à un comité de surveillance composé de deux membres internes et d'un membre externe indépendant. Le code ne traite pas spécifiquement de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, ni de l'obligation incombant aux clients de la SACE de se conformer à cette interdiction, mais instaure simplement un principe de légalité et de moralité (articles 2.1 et 2.2). L'article 3.2 prévoit en outre que les clients de la SACE doivent respecter les principes et règlements fondamentaux prévus par le code, « en tenant compte de leur cadre juridique, social, économique et culturel ». Ceci soulève des interrogations concernant la possibilité de prendre en compte le contexte « culturel » particulier favorisant le paiement de pots-de-vin dans certains pays ou dans certains secteurs industriels.

Commentaire

Étant donné les contradictions existant entre les opinions formulées par les représentants de la SACE interrogés et les informations et les textes transmis après la mission sur place, les examinateurs principaux recommandent que des mesures soient prises pour assurer une meilleure sensibilisation des agents publics de la SACE à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et aux obligations qui s'y rapportent en application du droit et du code éthique de la SACE. Ils incitent les agents publics de la SACE à renforcer encore leurs directives internes afin de couvrir spécifiquement le problème de la corruption d'agents publics étrangers et de prendre des dispositions vis-à-vis des entreprises clientes soupçonnées de corrompre des agents publics étrangers, y compris la révocation des crédits accordés ou le refus des nouvelles demandes de crédit. L'efficacité du code éthique de la SACE en ce qui concerne la prévention de la corruption d'agents publics étrangers devrait faire l'objet d'un suivi.

Aide au développement

38. Dans le cadre de la participation de l'Italie au Comité d'aide au développement de l'OCDE, les documents se rapportant, dans le cadre d'un appel d'offres, à l'adjudication de marchés financés par la Direction générale de la coopération pour le développement, soit à titre gracieux soit à titre de prêt, contiennent, depuis plusieurs années, la clause anti-corruption suivante : « Aucune offre, aucun don ou paiement, aucune rémunération ou avantage d'aucune sorte constituant, ou pouvant constituer, un acte illicite ou une pratique de corruption n'a été ou ne sera accordé, directement ou indirectement, en vue ou en contrepartie de l'attribution ou de l'exécution du présent contrat. Si une situation de ce type se produisait, l'appel d'offres serait considéré comme nul et non avenu. » De plus, les principes directeurs relatifs à la réduction de la pauvreté dans le cadre de l'aide italienne au développement prévoient, dans la logique de l'objectif suivi par les pouvoirs publics, des dispositions pour lutter contre la corruption. Pour le moment, l'Italie exige de tous les participants répondant à un appel d'offres pour des contrats financés par

l'agence italienne de coopération pour le développement qu'ils souscrivent à un « pacte d'intégrité » contre la corruption. Ce pacte prévoit des clauses d'application telle que l'annulation du contrat, la saisie des dépôts et le principe de responsabilité pour tout dommage résultant d'un acte de corruption. Après la mission sur place, les autorités italiennes chargés de l'aide au développement ont modifié le « pacte d'intégrité » mentionné ci-dessus. Aux termes de ce pacte, les entreprises participant à une procédure d'appel d'offres sont désormais tenues de certifier qu'elles n'ont pas été impliquées dans des actes de corruption.

39. Un représentant du ministère des Affaires étrangères chargé de l'aide au développement a indiqué que de nouveaux textes traitant spécifiquement des risques de corruption inhérents à la passation de marchés publics et contenant une analyse détaillée des procédures à suivre dans le cadre des appels d'offres, notamment dans les pays en développement, étaient en préparation. Un manuel présentant les procédures à suivre en matière de financement de projets de coopération pour le développement est également en cours d'élaboration et il est destiné aux opérateurs internes (notamment les cabinets de vérification comptable), à tout intérêt particulier, aux entreprises intervenant dans les marchés publics qui ont été retenues par les pays percevant l'aide au développement ainsi qu'aux entreprises qui en font la demande. Un manuel opérationnel pour la surveillance et l'évaluation des projets de coopération pour le développement (« *Manuale operative di monitoraggio e valutazione delle iniziative di Cooperazione allo Sviluppo* ») a également été publié en avril 2002, mais il ne couvre pas spécifiquement l'infraction d'agents publics étrangers.

(iii) *Initiatives du secteur privé*

Initiatives des associations d'entreprises

40. Certaines associations d'entreprises comme la Confapi (Confédération des petites entreprises), la Confindustria, la Confcommercio, l'AICE (Association italienne du commerce extérieur), l'Assolombarda et d'autres associations d'industriels ont organisé des séminaires et des réunions traitant principalement de l'introduction dans le droit italien de la nouvelle notion de responsabilité administrative des personnes morales (décret législatif 231/2001), ainsi que de la réforme de la loi sur la falsification des comptes. Des ateliers et des campagnes publiques ont également été organisés afin de favoriser l'échange d'informations relatives aux codes éthiques, aux modèles d'organisation et aux pratiques exemplaires. Comme indiqué ci-dessus, le problème spécifique de la corruption d'agents publics étrangers s'inscrit essentiellement dans le cadre plus large de l'exception à la notion récemment introduite de responsabilité des personnes morales applicable aux modèles d'organisation et de gestion efficacement mis en œuvre.

41. La Confindustria²³ et la Confcommercio²⁴, deux des principales associations d'entreprises, ont élaboré des modèles d'organisation, conformément aux recommandations du décret-loi 231/2001 introduisant la notion de responsabilité administrative des personnes morales dans le droit italien (voir également à cet égard les *initiatives des pouvoirs publics* évoquées précédemment), et les ont soumis au ministère de la Justice. Ces documents sont destinés à fournir des conseils aux entreprises souhaitant adopter des modèles d'organisation internes. Au nombre des principes fondamentaux qui doivent y être intégrés figure l'interdiction de proposer des pots-de-vin ou des paiements illicites à des agents publics (nationaux et étrangers), directement ou par l'entremise de tierces parties. De plus, toute infraction (réelle ou potentielle) commise doit être déclarée rapidement à l'organe interne compétent. Les modèles

²³ La Confindustria, l'une des principales associations d'entreprises d'Italie, représente les secteurs de la production et des services du pays et regroupe plus de 111 000 entreprises de toute taille.

²⁴ La Confcommercio, la Confédération générale du commerce, du tourisme, des services et des PME, est la plus importante instance de représentation des entreprises en Italie, avec 780 000 adhérents appartenant aux secteurs du commerce, du tourisme, des services et du transport.

recommandent également de créer des mécanismes de contrôle et de sanction lorsque des infractions au code se sont produites. Une « grille de lecture » (“*chiave di lettura*”) spécifique de ce modèle d’organisation est également fournie aux petites entreprises. Enfin, les directives de la Confindustria proposent une étude de cas présentant des exemples d’actes de corruption et de mesures de contrôle préventives, telles l’interdiction expresse dans les principes éthiques de tout acte de corruption, le contrôle des flux financiers et la surveillance des collaborateurs externes ; tandis que le modèle de la Confcommercio met à la disposition des entreprises une liste de contrôle leur permettant de vérifier que tous les facteurs utiles pour limiter les risques spécifiques en matière de la corruption sont bien pris en compte.

42. En 1998, la *Borsa Italiana* (la Bourse italienne) a élaboré un code de gouvernement d’entreprise à destination des entreprises cotées, qui a été révisé en juillet 2002. Ce code vise à renforcer le recours aux pratiques exemplaires en matière de gouvernement d’entreprise des entreprises italiennes, en vue d’améliorer leur réputation et leur attrait aux yeux de la communauté financière internationale. Le respect des dispositions du code revêt un caractère volontaire. Toutefois, les entreprises sont tenues de faire savoir à leurs actionnaires et à la *Borsa Italiana* dans quelle mesure elles ont adopté les dispositions du code et de justifier tous les cas dans lesquels elles y dérogent. Bien que ce code ne traite pas spécifiquement de questions liées aux pratiques commerciales en général et à la corruption en particulier, il prévoit l’instauration de mécanismes de contrôle interne dans les entreprises qui pourraient être utiles pour la prévention ou la détection d’actes de corruption. Ces dispositifs de contrôle interne et de gestion des risques visent à « surveiller l’efficacité des activités de l’entreprise, la fiabilité des informations financières, le respect des lois et règlements et la protection des actifs de l’entreprise », et sont du ressort du conseil d’administration. De plus, le code recommande que les personnes désignées pour gérer le dispositif de contrôle soient « libres de tous liens hiérarchiques en vue de prévenir toute interférence avec leur indépendance de jugement ».

Responsabilité interne des entreprises italiennes

43. Comme dans de nombreux pays de l’OCDE, un nombre croissant d’entreprises italiennes (surtout les grandes entreprises) adoptent des codes de conduite internes. Ces codes ou principes de conduite couvrent divers aspects éthiques allant des questions sociales aux questions environnementales en passant par les pratiques commerciales. L’examen préliminaire des codes mis à la disposition de l’équipe d’évaluation révèle que la question de la corruption (ou la question plus large des dons et des pots-de-vin) est abordée dans la plupart des codes, par le biais d’une clause à caractère général interdisant l’offre ou le paiement de pots-de-vin (également mentionnés sous le terme de dons, dons d’argent ou d’autres actifs, rémunérations, cadeaux, etc.) ; toutefois, il n’est fait référence qu’à la politique de l’entreprise en la matière et non à l’interdiction prévue par le droit italien. Même si le champ d’application géographique de ces principes éthiques n’est pas toujours précisé, la plupart des codes examinés indiquent, en termes généraux, que les principes s’appliquent aux transactions internationales ou qu’aucune exception n’est recevable, même dans les pays où il est d’usage d’offrir des dons à des partenaires commerciaux. Peu d’exceptions ont été relevées, certains codes précisant que les politiques en matière de dons et de frais de représentation des clients et des fournisseurs doivent être respectées ou qu’il convient d’être circonspect en ce qui concerne la coutume locale à ce titre. La question des pots-de-vin versés par des intermédiaires n’a pas été expressément relevée, et il n’est fait nulle part référence aux pots-de-vin versés à des tierces parties. Les codes examinés ne mentionnent nullement les pratiques des agents, représentants ou filiales à l’étranger. Toutefois, les modèles d’organisation (voir ci-dessus) abordent ces questions.

44. En ce qui concerne le signalement des infractions, les discussions menées avec des agents publics et des universitaires italiens au cours de la mission sur place ont montré que cette question peut être sensible en Italie en raison des connotations négatives associées aux informateurs durant la Seconde Guerre mondiale (notion de la *delazione*). Cependant, cet aspect ne ressort pas des codes d’entreprise

examinés par l'équipe d'évaluation. La plupart de ces codes incitent les salariés à signaler en interne les infractions au code (généralement à l'organe chargé de surveiller l'application du code). D'autres codes contiennent une clause de portée plus générale assignant aux salariés la responsabilité d'appliquer efficacement les principes éthiques. Quelques entreprises vont jusqu'à assurer la confidentialité concernant les personnes qui signalent de bonne foi des infractions au code, et à garantir « que les personnes effectuant ces signalements ne feront l'objet d'aucune mesure de représailles ».

45. Par delà la bonne image dont l'entreprise peut se doter en adoptant un code éthique, la question se pose de la valeur réelle de ces principes au sein de l'entreprise. L'existence de mécanismes de contrôle efficaces (internes ou externes) peut être un signe de l'importance donnée au code dans le cadre de l'entreprise. Tous les codes examinés faisaient état de l'existence d'un organe interne servant de « garant » du code. Lorsqu'elles sont détaillées, les activités de cet organe peuvent inclure la promotion et le suivi de la sensibilisation aux dispositions du code, l'organisation de programme d'information et de formation, les enquêtes relatives aux déclarations de manquements aux principes du code et, parfois, la présentation au PDG ou au Conseil d'administration de rapports (généralement annuels) dressant un bilan de l'application du code au sein de l'entreprise. Les contrôles externes demeurent rares, même si l'une des entreprises interrogées durant la mission sur place prévoit qu'un rapport social sur les responsabilités éthiques et sociales de l'entreprise soit soumis à la vérification externe périodique d'un cabinet indépendant accrédité.

Situation spécifique des petites et moyennes entreprises

46. À l'instar de la Confcommercio et de la Confindustria, la Confapi (*Associazione Piccole e Medie Imprese*), l'association des petites et moyennes entreprises (PME), a élaboré, en coopération avec M&P Risk Agency SpA, un modèle d'organisation pour les petites entreprises. Le « *Disciplinare API 231* » prend la forme d'un système d'organisation et de contrôle conforme aux dispositions du décret législatif 231/2001. Le « *Disciplinare API 231* » est validé par l'entreprise indépendante RINA (*Gruppo Registro Italiano Navale*) qui contrôle et certifie les entreprises adoptant ce modèle.

47. Les représentants de la Confapi, ainsi que les représentants des professions juridiques ont indiqué que les PME étaient bien informées de l'introduction de la notion de responsabilité administrative des personnes morales en vertu du décret 231/2001, bien qu'elles semblent inégalement sensibilisées à la question de la corruption d'agents publics étrangers. L'équipe d'évaluation n'a cependant pas pu rencontrer de représentants des PME. En règle générale, il semble que des mesures supplémentaires visant à sensibiliser davantage les PME à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers soient justifiées, étant donné, notamment, le rôle important joué par les réseaux de petites et moyennes entreprises italiennes opérant sur des marchés étrangers.

Commentaire

Les examinateurs principaux saluent les mesures déjà prises par les autorités italiennes en vue de sensibiliser davantage le secteur privé à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Ils encouragent les autorités italiennes à poursuivre leurs efforts à cet égard, notamment en ce qui concerne les PME. Enfin, ils recommandent que les autorités italiennes poursuivent l'action préventive pour renforcer la sensibilisation à ce problème menée actuellement par des institutions comme le ministère des Affaires étrangères par l'entremise de ses missions diplomatiques à l'étranger.

2. Détection de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et des infractions connexes

a) *Déclaration par des parties concernées ou par des tierces parties*

48. Les affaires de corruption d'agents publics étrangers peuvent être signalées aux autorités chargées de faire appliquer la loi par les entreprises qui découvrent que leurs salariés participent à de tels actes. En menant des enquêtes et en signalant de tels actes de manière préventive, les entreprises pourront ultérieurement bénéficier de réductions de peine.

49. Les actes de corruption d'agents publics étrangers commis par des entreprises peuvent également être signalés par les salariés d'une entreprise qui découvrent cette infraction. Toutefois, plusieurs officiers de police, universitaires et représentants syndicaux ont estimé, lors de la mission sur place, qu'il est peu probable que les salariés italiens jouent le rôle d'informateurs. Premièrement, le signalement des fautes n'est pas ancré dans la culture italienne, car ce comportement est historiquement lié à la notion de « *delazione* » (délation). Deuxièmement, selon plusieurs représentants syndicaux, le droit du travail italien ne protège pas suffisamment les informateurs. Ces représentants ont cité l'exemple d'une salariée licenciée après avoir dénoncé les infractions comptables commises par son entreprise, alors même que le code de conduite de ladite entreprise comportait des dispositions relatives à la protection des informateurs. Pour favoriser le signalement des infractions, les représentants syndicaux jugeaient qu'il était nécessaire de renforcer la protection des informateurs (que ce soit dans les contrats de travail ou dans le droit du travail) et de proposer des formations supplémentaires au sein des entreprises.

50. Malgré ces problèmes, les examinateurs principaux ont noté de manière positive que l'enquête sur l'affaire Enelpower a été initiée par une source « qui se trouvait assurément au sein de l'entreprise et qui était, selon toute probabilité, l'une des personnes mandatées pour vérifier les contrats conclus ... »²⁵. De plus, le juge d'instruction, pour pouvoir protéger l'identité de cette source (sur la question de la protection des témoins, voir aussi la partie B.1.b)(i) consacrée aux techniques et mesures d'enquête), a rejeté la requête de la défense qui demandait à interroger cette source.

Commentaire

Les examinateurs principaux recommandent à l'Italie d'envisager d'adopter des mesures plus strictes pour protéger les salariés signalant des faits suspects impliquant des actes de corruption en vue de les inciter à signaler ces faits sans crainte des représailles.

b) *Au sein de la fonction publique : une obligation de caractère général*

51. Outre la divulgation des faits par les parties concernées par la commission de l'infraction ou par les tierces parties, les infractions de corruption d'agents publics étrangers peuvent également être révélées par les agents publics italiens prenant connaissance de ces infractions dans l'exercice de leurs fonctions²⁶. L'article 331 du Code de procédure pénale prévoit que les « agents publics et les personnes chargées d'un service public qui, dans l'exercice ou en raison de leurs fonctions ou de leurs activités, disposent d'informations sur une infraction [...], doivent le signaler par dénonciation écrite même si la personne perpétrant l'infraction n'a pas été identifiée ». L'article prévoit en outre que cette dénonciation doit être

²⁵ Décision de mise en détention provisoire dans l'affaire Enelpower rendue par le tribunal d'instance de Milan, le 5 juin 2003.

²⁶ Certains agents publics italiens sont en situation d'avoir connaissance, dans l'exercice de leurs fonctions, d'infractions de corruption d'agents publics étrangers commises par des entreprises et des chefs d'entreprise, ainsi que d'infractions de corruption d'agents publics étrangers commises par d'autres agents publics.

faite « sans délai ». Des sanctions pénales sont prévues à l'encontre des agents publics qui omettent d'effectuer ces déclarations sous la forme d'amendes de 30 à 513 EUR, ainsi que de peines de prison lorsque les agents publics manquant à l'obligation de déclaration sont des officiers de police.²⁷ Ces sanctions ne sont cependant pas très significatives et ne sont pas suffisamment proportionnées et dissuasives pour que les agents publics se sentent fortement incités à effectuer ces déclarations. Aucune statistique n'est disponible sur le nombre de dénonciations effectuées en application de cette obligation, et les représentants des différentes administrations interrogés, ainsi que les officiers de police et les procureurs, ne se sont remémoré aucun cas particulier où des déclarations auraient été effectuées en vertu de cet article (voir aussi plus haut la partie A.1.b)(ii) sur le rôle de la SACE dans la détection des cas de corruption d'agents publics étrangers).

Commentaire

Les examinateurs principaux encouragent les autorités italiennes à sensibiliser les agents publics, notamment les personnels des administrations publiques qui pourraient jouer un rôle dans la détection et le signalement des cas de corruption, à l'obligation qui leur incombe en vertu de l'article 331 du Code de procédure pénale de signaler aux autorités chargées de faire appliquer la loi les infractions détectées dans l'exercice de leurs fonctions, et à les informer des sanctions qu'ils encourent en cas de manquement à cette obligation.

c) Administration fiscale

(i) Non déductibilité des pots-de-vin

52. Le droit fiscal italien proscrit maintenant expressément la déduction des paiements de pots-de-vin. Le Code fiscal, modifié par l'article 2(8) de la loi 289/2002, prévoit que, « pour déterminer le revenu, [...] les coûts et les frais résultant de faits, d'actions ou d'activités pouvant être qualifiés de criminelles ne sont pas déductibles ». Cette disposition, qui s'applique aux personnes physiques et morales, n'a pas encore été prise en compte par les tribunaux. Avant l'adoption de cette modification, les tribunaux considéraient déjà comme illicites les déductions au titre de versements de pots-de-vin²⁸.

53. Étant donné la non déductibilité des pots-de-vin, certains coûts déductibles peuvent être utilisés pour dissimuler illégalement des paiements de pots-de-vin. Les représentants de l'administration fiscale ont indiqué que, d'après leur expérience, le principal poste de coûts déductibles susceptible d'être utilisé à cette fin correspondrait aux frais de gestion et de conseil, qui peuvent servir facilement à dissimuler des pots-de-vin versés par le biais de tierces parties ; de plus, la création d'établissements off-shore via lesquels transitent ces dépenses rend encore plus difficile la détection des pots-de-vin passés en frais de gestion.

54. À cet égard, la traduction italienne par le ministère de l'Économie et des Finances du *Manuel de sensibilisation à la corruption à l'attention des contrôleurs des impôts de l'OCDE* et de la note explicative annexe peut fournir une information utile sur les techniques utilisées pour falsifier les livres de compte et les documents fiscaux afin de dissimuler le paiement de pots-de-vin. Ce manuel a été diffusé dans sa version italienne aux agents publics de l'administration fiscale ainsi qu'à la *Guardia di Finanza*.

55. En ce qui concerne la déclaration par l'administration fiscale des opérations suspectes aux autorités judiciaires, les agents du fisc sont soumis à la même obligation à caractère général que les autres agents publics en vertu de l'article 331 du Code de procédure pénale qui leur prescrit de signaler les

²⁷ Article 361 du Code pénal.

²⁸ Voir, par exemple, les décisions de la Cour de Cassation, Chambre pénale III, 23 septembre 1994, n° 2001 et division de la Chambre civile V, 19 avril 2001, n° 5796

infractions qu'ils détectent aux autorités chargées de faire appliquer le droit pénal. Les autorités fiscales ont signalé 5 500, 4 800 et 2 500 cas respectivement en 2001, 2002 et 2003, mais ces chiffres ne rendent pas clairement compte des cas de corruption proprement dit.

(ii) *Programmes d'amnistie fiscale*

56. Le 25 septembre 2001, l'Italie a lancé un programme d'amnistie fiscale (loi 409 du 23 novembre 2001), connu sous le nom de « bouclier fiscal », qui a permis aux résidents italiens de rapatrier de l'étranger leurs capitaux et leurs actifs et de payer une seule fois un taux d'imposition de 2,5 pour cent du principal²⁹ (les revenus financiers sont généralement imposés à 12,5 pour cent)³⁰. Pour participer à ce programme, une déclaration spéciale et « confidentielle » devait être déposée auprès d'une banque italienne ou d'un autre intermédiaire financier italien divulguant les actifs à régulariser. Les personnes ayant bénéficié de ce programme ont été mises à l'abri des poursuites en cas d'infractions aux Codes des impôts et de la sécurité sociale commises avant le 1^{er} août 2001 potentiellement liées aux investissements extraterritoriaux ayant fait l'objet d'un rapatriement ou d'une régularisation. Dans les réponses aux questionnaires de la Phase 2, les autorités italiennes précisent que ce programme s'est déroulé de novembre 2001 au 15 mai 2002 et a entraîné le rapatriement et la régularisation de quelque 60 milliards EUR d'actifs. En raison de son succès, ce programme a été reconduit à la fin 2002 par la loi de finance pour 2003, qui prévoyait l'imposition au taux de 2,5 pour cent des actifs rapatriés ou régularisés au titre des déclarations faites le 15 mai 2003 au plus tard et au taux de 4 pour cent pour les déclarations faites après le 15 mai 2003 et le 30 juin 2003 au plus tard³¹.

57. La loi 409/2001, qui instaure le programme d'amnistie fiscale, prévoit que les sanctions pénales sans caractère fiscal (y compris les sanctions au titre du blanchiment de capitaux) restent applicables aux capitaux et actifs rapatriés. Ce point a été confirmé par les représentants de l'administration fiscale présents lors de la mission sur place. Les examinateurs principaux se sont déclarés inquiets, toutefois, de ce que les seules informations mises à la disposition des autorités fiscales pour vérifier si ces actifs sont passibles de sanctions pénales soient fournies par les déclarations fiscales confidentielles remplies par les contribuables souhaitant rapatrier leurs actifs³².

58. Les représentants de l'administration fiscale ont indiqué que les programmes d'évaluation ont été modifiés en vue de renforcer l'efficacité de l'examen de ces déclarations fiscales. Ils ont en outre précisé que, dans le cadre du rapatriement de fonds prévu par le programme d'amnistie, 70 déclarations avaient été

²⁹ À titre d'alternative, le contribuable pouvait souscrire des obligations du Trésor spéciaux à hauteur de 12 pour cent du montant total régularisé.

³⁰ Le programme de « bouclier fiscal » prévoyait deux procédures : soit 1) le rapatriement en Italie des actifs détenus à l'étranger, soit 2) la déclaration des actifs détenus à l'étranger sans nécessité de rapatriement.

³¹ Les autorités italiennes ont expliqué que les nouveaux programmes prévoient que le revenu individuel tirés des activités exercées à l'étranger et perçu au 31 décembre 2001, dont le rapatriement ou la régularisation a été exigé, serait imposé aux taux de 2,5 pour cent, si la déclaration fiscale correspondante était effectuée le 16 mai 2003 au plus tard, et au taux de 4 pour cent si la déclaration était effectuée après cette date et le 30 juin 2003 au plus tard. Des dispositions similaires ont été adoptées pour les associations et les entreprises commerciales.

³² Selon les autorités italiennes, les informations fournies dans la déclaration fiscale ne sont confidentielles qu'aux fins d'une procédure civile d'évaluation fiscale. De plus, les banques et les intermédiaires financiers doivent déclarer (1) aux autorités judiciaires, les informations relatives à des infractions contenues dans ces déclarations (article 14(4) de la loi 409/2001), et (2) à l'UIC, la cellule de renseignements financiers de l'Italie, les opérations suspectes de blanchiment de capitaux (article 17(2) de la loi 409/2001).

effectuées par des contrôleurs des impôts auprès des autorités chargées de faire appliquer la loi, et que des enquêtes en rapport avec la corruption étaient en cours à la suite de certaines de ces déclarations.

Commentaire

Les examinateurs principaux craignent que les programmes d'amnistie fiscale puissent être détournés pour dissimuler des paiements de pots-de-vin. Ils recommandent à l'Italie d'être particulièrement attentive aux informations disponibles découlant des programmes d'amnistie fiscale pour empêcher que ces programmes ne soient détournés en vue de dissimuler des pots-de-vin.

d) Divulgateur d'informations par les comptables et les vérificateurs des comptes

(i) Obligations en matière de comptabilité et de vérification comptable

59. Les versements de pots-de-vin à des agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales peuvent également être révélés par l'analyse des infractions relatives à la tenue des comptes et des registres. D'après les règles comptables italiennes, l'article 13 du décret présidentiel 600/73 établit la liste des entités contraintes de tenir leurs comptes. À ce titre, les organismes et les entreprises (publics et privés) qui ne sont pas assujettis à l'impôt sur le revenu sont exemptés de l'obligation de tenir leurs comptes, tandis que les organismes publics et privés assujettis à l'impôt sur le revenu doivent tenir leurs comptes³³. En outre, conformément à l'article 18, les petites entreprises – c'est à dire celles dont le bénéfice, au cours de l'exercice, ne dépasse pas 155 000 EUR et qui ont pour objet la prestation de services ou encore celles dont le bénéfice ne dépasse pas 520 000 EUR – ont le droit de tenir des comptes simplifiés.

60. Les entreprises cotées ainsi que les entreprises publiques, les compagnies d'assurance et quelques autres catégories d'entreprises sont tenues de se soumettre à une vérification externe de leurs comptes réalisée par une entreprise indépendante spécialisée dans ce domaine. Par conséquent, les entreprises non cotées ne sont pas tenues de se soumettre à une vérification de leurs comptes, quelle que soit leur taille et leur activité. On peut craindre que cette règle n'exempte de l'obligation de vérification comptable externe un nombre important d'entreprises puisque seules quelque 275 entreprises sont cotées en Italie³⁴, que plus de 40 pour cent des 100 premières entreprises italiennes sont des entreprises familiales, et que 60 pour cent de celles-ci ne sont pas cotées sur une place boursière. De plus, les principales filiales de groupes étrangers ne sont pas cotées et ne sont pas non plus tenues de soumettre leurs comptes à une vérification externe.

61. L'indépendance des vérificateurs des comptes est garantie par une série de mesures en vertu du décret-loi 58 de 1998, qui prévoit la surveillance des cabinets de vérification par la CONSOB³⁵ pour contrôler leur indépendance et leur adéquation technique (article 162(1)), la limitation du mandat des

³³ Les organismes n'ayant pas pour objet principal ou exclusif l'exercice d'activités commerciales sont soumis à des normes moins onéreuses.

³⁴ Voir OCDE (2003), *Études économiques de l'OCDE : Italie*, Paris.

³⁵ La CONSOB, *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, est l'autorité publique de tutelle du marché italien des valeurs mobilières.

À ce titre, la CONSOB est l'autorité chargée d'assurer la transparence et les pratiques convenables des participants aux marchés des valeurs mobilières, la communication par les sociétés cotées d'une information complète et exacte au public, l'exactitude des faits présentés dans les prospectus concernant les offres de titres négociables destinées au public et le respect des règles par les vérificateurs des comptes inscrits au Registre spécial. Elle dirige également les enquêtes dans les cas d'infraction potentielle à la loi relative aux délits d'initiés et la manipulation du marché.

cabinets de vérification à trois exercices, renouvelable deux fois, et l'interdiction de faire appel à un cabinet de vérification en cas « d'incompatibilité », notamment dans les situations de conflit d'intérêts. De plus, les cabinets de vérification sont uniquement autorisés à réaliser des vérifications comptables et à fournir des services strictement liés à l'organisation du système comptable. La prestation de services de conseil par exemple est ainsi interdite (Article 6, Paragraphe 1 (a) du décret 88/1992). Cependant, cette règle peut être contournée par la fourniture de services annexes par des entreprises n'intervenant pas dans la vérification des comptes mais appartenant au même réseau que le cabinet de vérification. Les universitaires ont précisé que l'application absolue de cette dernière règle peut contribuer plus utilement à renforcer l'indépendance des vérificateurs des comptes que celle qui impose la rotation des cabinets de vérification sous mandat.

62. En ce qui concerne l'obligation de déclaration incombant aux vérificateurs des comptes conformément à l'article 155 (2) du décret-loi 58 du 24 février 1998, les cabinets de vérification sont tenus d'informer la CONSOB et le collège de vérificateurs de l'entreprise, sans délai, de « tous les faits susceptibles d'être jugés répréhensibles ». On peut toutefois se demander si « tous les faits susceptibles d'être jugés répréhensibles » incluent, en tout état de cause, l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. De plus, conformément à l'article 163 du décret 58/1998, lorsque la CONSOB découvre « de sérieuses irrégularités durant le déroulement d'une mission de vérification comptable concernant un ou plusieurs mandats », elle peut ordonner au cabinet de vérification de ne pas faire appel, pendant une période de 2 ans au plus, à la personne ayant effectué la vérification comptable dans le cadre de laquelle les irrégularités ont été décelées. Au total, les représentants de la CONSOB ont indiqué que près de 24 sanctions administratives ont été prononcées contre des vérificateurs pour infraction à leur obligation de déclaration, dont 5 en 2004. (En ce qui concerne la falsification des comptes, les infractions comptables et de vérification comptable et les sanctions applicables, voir la partie B.2.c.)

63. Les salariés de la CONSOB sont soumis à d'autres obligations de déclaration que les obligations à caractère général prévues par l'article 331 du Code de procédure pénale. Dans l'exercice de leurs fonctions de surveillance, les salariés de la CONSOB doivent signaler, exclusivement à la CONSOB, toutes les irrégularités qu'ils détectent (y compris les infractions pénales), sans avoir à en informer les autorités chargées d'appliquer la loi (Article 4, Paragraphe 11 du décret 58/1998). Les autorités italiennes ont précisé que cette dérogation à la règle générale vise à prévenir la diffusion incontrôlée, auprès du grand public, d'informations relatives à une infraction qui pourraient avoir un impact négatif sur les marchés financiers. Il existe certaines exceptions à la règle du secret professionnel de la CONSOB en vertu de l'Article 4, Paragraphe 5 du décret : ainsi, la CONSOB peut échanger des renseignements avec les autorités administratives et judiciaires en relation avec des procédures de liquidation et de faillite. Bien que le décret 58/1998 n'impose pas au Président de la CONSOB d'autres obligations de déclaration, les autorités italiennes ont indiqué que celui-ci, en tant que personne mandatée par l'État et non salariée de la CONSOB, est tenu pour sa part de signaler les faits aux autorités chargées de faire appliquer la loi conformément à l'article 331 du Code de procédure pénale. Confirmant cela, la CONSOB a précisé qu'elle avait signalé aux autorités judiciaires 71 délits d'initiés ces quatre dernières années, outre les 355 affaires impliquant des « personnes commercialisant des produits financiers » et 4 cas de retraitement des états financiers en 2003. En l'absence de précision concernant le fondement juridique de ces déclarations, on peut se demander si ces cas étaient spécifiquement exemptés de l'obligation de secret en vertu de l'Article 4, Paragraphe 5 du décret ou si ces déclarations ont été faites par le Président en vertu de l'obligation qui lui incombe en application de l'article 331 du Code de procédure pénale.

Commentaire

Étant donné le rôle important de la comptabilité et de la vérification comptable en matière de détection des infractions de corruption d'agents publics étrangers et conformément aux sections V.B.(i) et (ii) de la Recommandation révisée de 1997 de lutte contre la corruption dans

les transactions commerciales internationales, les examinateurs principaux recommandent à l'Italie d'élargir les catégories d'entreprises soumises à une vérification externe indépendante de leurs comptes, de façon à incorporer certaines entreprises non cotées réalisant un chiffre d'affaires relativement élevé, et de s'assurer que toutes les mesures requises sont prises pour garantir la complète indépendance des vérificateurs comptables.

En outre, conformément à la section V.B.(iv) de la Recommandation de 1997, les examinateurs principaux recommandent à l'Italie de veiller à ce que l'expression « les faits susceptibles d'être jugés répréhensibles » figurant à l'article 155 (2) du décret 58/1998 couvre la corruption d'agents publics étrangers, imposant ainsi aux vérificateurs des comptes l'obligation de les signaler à la CONSOB ainsi qu'au collègue de vérificateurs.

(ii) *Vérification comptable des entreprises publiques*

64. Selon le droit italien, certaines entités publiques, notamment les entreprises publiques, sont soumises au contrôle effectué pour l'État par la *Corte dei Conti* (Cour des comptes)³⁶. En ce qui concerne sa fonction de vérification comptable, la Cour est chargée de contrôler la gestion des budgets publics et participe donc à la surveillance de l'administration financière des organismes auxquels l'État procure régulièrement des fonds. Elle rend directement compte de ses conclusions aux chambres du parlement.

65. Comme l'a indiqué un représentant de la Cour lors de la mission sur place, trois critères sont pris en compte pour déterminer si les comptes d'un organisme doivent être vérifiés par la Cour : si l'organisme a été créé pour servir un objet d'intérêt général, s'il est doté de la personnalité morale, et s'il est financé ou géré par l'État ou encore si ses dirigeants sont nommés par les pouvoirs publics. La liste des organismes contrôlés par la Cour inclut, notamment, la SACE, ENI SpA et ENEL SpA, tandis que d'autres organismes en sont exclus, dont certains ont un rôle important dans les relations avec les entreprises italiennes exerçant des activités à l'étranger, notamment la Commission interministérielle spéciale sur les privatisations, et les organismes intervenant dans la passation de marchés publics et l'aide au développement. De plus, les casinos, qui sont en Italie sous le contrôle des municipalités, ne sont pas soumis à la vérification comptable de la Cour, ce qui constitue une source de préoccupation supplémentaire.

66. La vérification comptable par la Cour des comptes est effectuée via les instances de contrôle de l'entreprise ou de l'entité elle-même, comme l'a expliqué un représentant de la Cour durant la mission sur place. Lorsque le droit des sociétés exige qu'une entreprise se soumette également à une vérification comptable externe, la Cour ne travaille pas en coopération avec ces vérificateurs externes. Ceci soulève quelques inquiétudes concernant l'efficacité de la vérification par les organes internes de vérification comptable ; cette situation pourrait empêcher la détection des omissions et falsifications comptables auxquelles ces organes ont pris part. Un assouplissement des lois existantes en vue de permettre une coopération entre la Cour et les vérificateurs des comptes externes, lorsqu'ils interviennent, pourrait renforcer la capacité de la Cour à détecter les cas de corruption d'agents publics étrangers.

67. Un représentant de la Cour a expliqué que d'éventuelles preuves de paiements de pots-de-vin en faveur d'agents publics étrangers révélées par une procédure de vérification comptable publique seraient transmises au Parlement dès lors qu'il y aurait préjudice pour l'État, en application de la mission assignée à la Cour d'assurer un « bon usage des fonds publics ». Cela dit, comme tous les autres agents publics, les agents de la Cour sont soumis à l'obligation de caractère général, en vertu de l'article 331 du Code de procédure pénale, qui prévoit que l'ensemble des agents publics doivent informer les autorités chargées des

³⁶ La *Corte dei Conti* est une institution italienne jouant un rôle de protection des finances publiques (fonction de vérification comptable) et garantissant le respect de l'ordre juridictionnel (fonction juridictionnelle).

poursuites de toute infraction dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Ils sont donc tenus de signaler tout indice de corruption d'agents publics étrangers. Aucun cas de ce genre ne s'est présenté à ce jour, comme l'ont précisé les agents publics interrogés lors de la mission sur place.

Commentaire

En vue d'améliorer la détection du versement de pots-de-vin dans les livres de comptes et registres comptables des entreprises publiques ou gérées par les pouvoirs publics, les examinateurs principaux recommandent d'élargir la liste des organismes soumis à l'obligation de vérification de leurs comptes par la Cour des comptes. Les examinateurs principaux recommandent en outre que les prérogatives de la Cour des comptes lui permettent de vérifier les comptes des entreprises publiques, notamment dans le cas où ces dernières ne sont pas soumises à une obligation de vérification comptable externe. Ils encouragent en outre l'Italie à modifier les règles de contrôle de l'État en vue de permettre une coopération entre la Cour des comptes et les vérificateurs externes, lorsque l'organisme dont les comptes sont contrôlés est également soumis à une obligation de vérification comptable externe.

e) Blanchiment de capitaux

(i) L'infraction de blanchiment de capitaux

68. L'application de sanctions efficaces contre le blanchiment de capitaux peut réduire l'intérêt de se livrer à la corruption d'agents publics étrangers. En Italie, l'infraction de blanchiment de capitaux relève de deux articles du Code pénal. L'article 648bis proscrit la substitution et le transfert de capitaux, biens ou actifs obtenus par la perpétration intentionnelle d'infractions pénales et la dissimulation de leur origine. L'article 648ter interdit l'usage des capitaux, biens ou actifs obtenus par la perpétration d'infractions pénales dans le cadre d'activités économiques ou financières.

69. En ce qui concerne les sanctions, ces deux types d'infractions sont passibles de peines de quatre à douze ans de prison et d'une amende de 1 040 à 15 600 EUR. La peine de prison est alourdie si l'infraction est commise dans l'exercice d'une activité professionnelle, mais réduite si l'infraction principale est passible d'une peine de cinq ans de prison maximum. De plus, comme on y reviendra ci-dessous, le pot-de-vin (appelé *prezzo* en droit italien) et le produit (*profitto* et *prodotto*) de l'infraction d'agents publics étrangers peuvent être confisqués en application des articles 240 et 322ter du Code pénal.

70. Lors de la mission sur place, les agents publics italiens ont précisé un certain nombre d'aspects liés à ces infractions. Ils ont confirmé que toute infraction pénale intentionnelle, y compris la corruption d'agents publics nationaux et étrangers, peut constituer une infraction principale pour le blanchiment de capitaux. Ces deux infractions sont applicables quel que soit l'endroit où est commise l'infraction principale ou encore que l'auteur de l'infraction principale soit ou non identifié, ou encore qu'il soit passible ou non de poursuites ou de sanctions (Cass., Div. II, 12 mars 1998). Ces infractions couvrent le blanchiment des pots-de-vin et du produit de la corruption. Après la mission sur place, les représentants italiens ont confirmé que la simple possession du produit de la corruption relève de l'article 648³⁷.

71. Cependant, les dispositions relatives aux infractions de blanchiment de capitaux ne couvrent pas le blanchiment effectué par les personnes qui commettent l'infraction principale. Elles ne couvrent que les

³⁷

L'Article 648 du Code pénal interdit à toute personne d'acquérir, de percevoir ou de dissimuler des fonds ou des biens qui sont le produit d'une infraction pénale ou d'aider qui que ce soit à acquérir, percevoir ou dissimuler de tels fonds ou biens en vue d'en tirer profit pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers.

actes de blanchiment commis par les personnes qui entrent ultérieurement en possession du produit de l'infraction. Une proposition de modification du droit susceptible de couvrir cet aspect a été soumise au Parlement italien.

72. En règle générale, les personnes morales ne peuvent être tenues responsables d'actes de blanchiment en Italie. Comme on le verra, les personnes morales ne peuvent être tenues pour pénalement responsables en Italie. On ne peut pas non plus leur attribuer la responsabilité administrative car le décret-loi 231 du 8 juin 2001 ne renvoie pas aux articles 648bis ou 648ter. Les examinateurs principaux ont été avisés, après la mission sur place, qu'une proposition de modification de la loi comblera cette lacune par la ratification de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (ou « Convention de Palerme »). En tout état de cause, seules des sanctions administratives limitées peuvent actuellement être appliquées dans certains cas. Lors de la mission sur place, un agent public italien a expliqué que les personnes morales se livrant au blanchiment de capitaux peuvent se voir interdire de passer tout contrat avec l'État. De plus, si une institution financière placée sous la surveillance de la Banque d'Italie se livre au blanchiment de capitaux, son agrément peut être suspendu ou révoqué (article 26(1) de la loi 55 de 1990).

Commentaire

Les examinateurs principaux recommandent avec insistance l'adoption rapide du projet de loi attribuant la qualification pénale à l'infraction de blanchiment de capitaux commise par une personne perpétrant l'infraction principale, et établissant la responsabilité des personnes morales dans les cas de blanchiment de capitaux. Les examinateurs principaux recommandent également de surveiller de près l'impact de la non application aux personnes morales de l'infraction de blanchiment de capitaux sur l'efficacité globale des dispositions concernant l'infraction de blanchiment de capitaux.

(ii) Déclaration des infractions de blanchiment de capitaux

73. La mise en œuvre d'un dispositif efficace de déclaration des opérations suspectes qui pourraient servir au blanchiment de capitaux peut conduire à la détection de l'activité illicite (par exemple, la corruption d'agents publics étrangers) constituant l'infraction principale. En Italie, le dispositif de déclaration des infractions de blanchiment de capitaux est principalement du ressort de la cellule de renseignements financiers, l'*Ufficio Italiano dei Cambi* (UIC)³⁸.

Entités soumises aux obligations de déclaration

74. Selon les autorités italiennes, l'obligation de déclarer les opérations suspectes de blanchiment de capitaux est imposée, en Italie, aux principales institutions financières, notamment les banques, les institutions financières en ligne, les sociétés de placement, les compagnies d'assurance et les sociétés de bourse. Sont également soumises à cette obligation les sociétés fiduciaires, les organismes de recouvrement de créances, les transporteurs de fonds et de valeurs, les agents immobiliers, les antiquaires, les commissaires priseurs, les négociants en or et en métaux précieux, les casinos, les sociétés de courtage de prêts et les personnes commercialisant des crédits et des produits financiers. Conformément à l'article 2 du décret-loi 56 du 20 février 2004 (qui entrera en vigueur en novembre 2004), l'obligation de déclaration sera étendue aux experts comptables, aux vérificateurs des comptes externes, aux notaires et aux avocats.

³⁸ L'UIC, l'office italien des changes, a été mandaté pour jouer le rôle de cellule de renseignement financier de l'Italie par le décret-loi 153 du 26 mai 1997.

75. L'obligation de déclaration naît lorsque le directeur d'une succursale ou d'un bureau d'une entité déclarante pense qu'un client blanchit le produit d'une infraction. Le directeur doit alors signaler le fait au responsable ou au représentant légal de l'entité déclarante. Si le responsable ou le représentant légal de l'entité déclarante considère que les soupçons sont fondés, il doit transmettre à l'UIC une déclaration d'opération suspecte (DOS). Les personnes contrevenant à cette obligation sont passibles d'une amende représentant de 5 à 50 pour cent de la valeur de l'opération concernée (articles 3 et 5(5) du décret 143 du 3 mai 1991, modifié). Si la personne n'est pas en mesure de payer, l'amende peut être perçue auprès de son employeur.

Mission de l'Ufficio Italiano dei Cambi (UIC)

76. L'UIC est chargé de recueillir les DOS transmises par les entités déclarantes et de les analyser avec des outils statistiques et au moyen d'une base de données compilant toutes les transactions financières effectuées en Italie pour un montant supérieur à 12 500 EUR. L'UIC peut également exiger des informations complémentaires auprès des entités déclarantes, des autres institutions financières, des organismes et des services publics, des associations d'entreprises locales, des autorités étrangères et des autres cellules de renseignements financiers (article 3(10) du décret 143/1991 et articles 5(2) et 5(3) du décret 56/2004).

77. Après examen d'une DOS, si l'UIC conclut que la transaction comporte une infraction de blanchiment de capitaux, il doit transmettre la DOS concernée et un rapport technique à la Direction anti-mafia ainsi qu'à la cellule spéciale des changes de la *Guardia di Finanza*. Sur demande de l'un de ces deux organismes chargés de faire appliquer la loi, l'UIC peut suspendre une opération suspecte durant 48 heures au plus. Si l'organisme compétent chargé de faire appliquer la loi décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre l'enquête, il fait part à l'UIC de sa décision (articles 3(4)(f), 3(5) et 3(6) du décret 143/1991).

78. Au cours de la mission sur place, les représentants de l'UIC ont fourni quelques statistiques concernant les DOS. De 1997 à la fin mars 2004, l'UIC a reçu 32 456 DOS. De 2001 à 2003, 202 DOS ont été jugées sans rapport avec le blanchiment de capitaux. De 1997 à la fin mars 2004, les organismes chargés de faire appliquer la loi ont estimé que 1 367 DOS transmises par l'UIC ne justifiaient pas une poursuite de l'enquête. Depuis juin 2001, l'UIC a transmis 20 000 DOS aux organismes chargés de faire appliquer la loi, dont plus de 3 pour cent ont donné lieu à des poursuites pénales. En Italie, environ 70 pour cent des cas détectés impliquant le blanchiment de capitaux ou des infractions connexes ont découlé de DOS. Au cours de la même période, l'UIC a suspendu 31 opérations suspectes à la demande des organismes chargés de faire appliquer la loi.

79. Outre le traitement des DOS, l'UIC est également chargé de faire appliquer les obligations de déclaration des infractions de blanchiment de capitaux. L'UIC effectue des inspections régulières auprès des entités déclarantes en vue d'assurer qu'elles possèdent des procédures de déclaration appropriées. Les organismes de tutelle des entités déclarantes (par exemple la Banque d'Italie pour les banques ou le barreau pour les avocats) et les organismes chargés de faire appliquer la loi sont également tenus de signaler à l'UIC tout manquement à l'obligation de déclaration dont ils ont connaissance (articles 5(4) et 7(3) du décret 56/2004, et article 4(7) du décret-loi 374 du 25 septembre 1999).

80. L'UIC donne également des lignes directrices aux entités déclarantes et les aide à se conformer à leurs obligations de déclaration (article 150 de la loi 388 du 23 décembre 2000). Durant la mission sur place, les représentants de la Banque d'Italie ont transmis aux examinateurs principaux une copie des lignes directrices préparées en janvier 2001. Ces lignes directrices sont assez complètes et couvrent des questions telles que le contenu obligatoire des DOS, les procédures d'identification des opérations suspectes et les indicateurs d'anomalie. Cependant, elles ne contiennent aucune référence précise à la corruption d'agents publics nationaux ou étrangers.

Commentaire

Les examinateurs principaux sont impressionnés par le nombre d'enquêtes se rapportant au blanchiment de capitaux et résultant des déclarations d'opérations suspectes. Ils encouragent l'Italie à mettre à jour en permanence les lignes directrices fournies aux entités soumises à l'obligation de déclaration.

B. POURSUITES ET SANCTIONS APPLICABLES AUX CAS DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS

1. L'affaire Enelpower

81. Les informations données ci-dessous sur l'affaire Enelpower sont extraites de deux arrêts du tribunal d'instance de Milan, dont le texte peut être consulté par le grand public³⁹.

82. Enelpower SpA est spécialisé dans la production et la distribution d'énergie. L'État italien contrôle *de facto* l'entreprise : l'État détient 68 pour cent d'Enel SpA, qui détient quant à elle 100 pour cent d'Enelpower SpA. Depuis 1999, Enelpower SpA s'est vu adjuger trois contrats pour la construction de centrales de production d'électricité et de désalinisation dans l'Émirat d'Abu Dhabi, à Oman et au Qatar. La valeur totale de ces projets est supérieure à 1 milliard EUR. Un conseiller au Moyen-Orient a aidé Enelpower SpA à remporter ces contrats. Après avoir obtenu ce marché, Enelpower SpA a alors sous-traité une tranche du projet à d'autres entreprises du secteur de l'énergie. Ainsi, l'entreprise allemande Siemens AG acceptait de fournir les turbines à gaz pour une partie du projet et l'entreprise française Alstom plusieurs chaudières.

83. De septembre 2002 à janvier 2003, deux vérifications comptables internes effectuées au sein d'Enelpower SpA ont révélé plusieurs irrégularités dans le cadre de ces projets. Une part significative des commissions destinées aux conseillers du Moyen-Orient (soit plus de 6 millions USD) avait été secrètement transférée par les conseillers sur les comptes bancaires étrangers de deux dirigeants Enelpower SpA. De plus, plusieurs sous-traitants participant aux projets (comme Alstom et Siemens AG) avaient également viré sur les comptes bancaires étrangers des deux dirigeants en question plus de 6 millions EUR, de toute évidence des pots-de-vin destinés à assurer la signature des contrats de sous-traitance.

84. Après avoir reçu des renseignements d'un indicateur, les autorités italiennes ont commencé à enquêter sur cette affaire. Les deux dirigeants d'Enelpower SpA ont finalement été mis en examen pour association à des fins de détournement de fonds et association en vue d'exiger des décaissements illicites auprès des sous-traitants. Ces deux dirigeants étant considérés comme des agents publics italiens (puisque Enelpower SpA est sous le contrôle de l'État italien), ils ont également été accusés de corruption passive d'agents publics nationaux pour avoir accepté les versements de leurs sous-traitants. Le 5 juin 2003, le tribunal d'instance de Milan a décidé leur mise en détention provisoire avant la tenue du procès. De plus, en application du décret 231/2001, Siemens et Alstom ont été mis en examen pour corruption d'agents publics italiens au titre des pots-de-vin que ces sociétés auraient versés aux deux dirigeants en vue de remporter les contrats de sous-traitance. Le 27 avril et le 5 mai 2004, le tribunal d'instance de Milan a interdit à Siemens AG de vendre des turbines à gaz à l'État italien pendant un an, par mesure de précaution.

³⁹ Décision de mise en détention provisoire en date du 5 juin 2003 et décision de disqualification en date du 27 avril et du 5 mai 2004.

85. Outre ces infractions, les deux dirigeants d'Enelpower SpA ont également fait l'objet d'une enquête pour corruption d'agents publics étrangers. Les motifs des décisions de mise en détention provisoire et de disqualification indiquent que, sur la foi des renseignements de l'informateur et de la déclaration d'un autre dirigeant d'Enelpower SpA, les deux personnes mises en examen auraient versé des pots-de-vin à des agents publics de l'émirat d'Abu Dhabi, d'Oman et du Qatar en vue d'assurer à Enelpower SpA la signature des contrats. Les pots-de-vin ont été payés par l'intermédiaire d'un conseiller au Moyen-Orient ; les deux dirigeants d'Enelpower SpA n'ont eu aucun contact direct avec les agents publics. Dans l'attendu de la décision de mise en détention préventive, en page 29, le tribunal indique que :

Des enquêtes, concernant précisément les aspects suivants, sont actuellement en cours : [...] l'identification d'autres pratiques illicites dans le cadre des achats réalisés par EPW [Enelpower], le rôle des entreprises étrangères au sein du groupe EMI, le rôle d'Interconstruct, la direction des achats, la corruption d'agents publics étrangers, les pratiques d'autres bailleurs de fonds en relation avec EPW... [Soulignement ajouté]

2. Enquêtes

a) Autorités chargées d'appliquer la loi

(i) Indépendance du Ministère public

86. Les poursuites en Italie sont menées par le Ministère public (procureurs de la République). Les juges et les procureurs sont considérés comme des magistrats aux termes de la Constitution⁴⁰.

87. Les procureurs sont aussi indépendants des autres procureurs, malgré l'existence d'une structure hiérarchique au sein du Ministère public. Le Ministère public est dirigé par le Procureur général et divisé en de nombreux bureaux locaux, chacun couvrant une région géographique spécifique et un tribunal spécifique. Chaque bureau local est doté de procureurs et d'un procureur en chef, qui est responsable de l'administration générale du service. Les dossiers sont attribués aux procureurs de façon aléatoire. Une fois qu'on lui a attribué un dossier, un procureur jouit d'une autonomie totale vis-à-vis du gouvernement et des autres procureurs. Il ne peut être dessaisi de l'affaire qu'aux termes de règles strictes énoncées par le CSM. Chaque procureur peut aussi classer ses dossiers par ordre de priorité. Toutefois, comme chaque procureur prend ces décisions à titre individuel, on peut concevoir que les procureurs adoptent des approches divergentes des poursuites en matière de corruption transnationale.

88. Selon des représentants de l'Italie, conformément aux directives du CSM, tous les bureaux locaux du Ministère public sont subdivisés en groupes de travail qui se spécialisent dans des infractions particulières. Par exemple, le bureau du Ministère public de Rome dispose d'un groupe de travail comptant 40 procureurs spécialisés dans les infractions à l'encontre de l'administration publique (dont la corruption). Toutefois, il n'y a pas de groupes de travail en Italie qui soit uniquement spécialisé dans la corruption transnationale, de même qu'il n'y a pas d'organisme centralisé qui coordonne ou supervise toutes les affaires concernant des faits de corruption transnationale.

(ii) Conflits de compétence

89. Aux termes de la loi italienne, la compétence d'un procureur en matière d'enquête ou de poursuites vis-à-vis d'une infraction repose sur la territorialité. Comme indiqué précédemment, le

⁴⁰ Le gouvernement a engagé des réformes du système judiciaire en séparant le Ministère public du judiciaire.

Ministère public est divisé en bureaux locaux, chacun couvrant une région géographique spécifique. Les procureurs d'un service particulier ne sont compétents que pour enquêter et poursuivre lorsque les affaires sont liées à la région dans laquelle ce service est situé.

90. Ce principe peut aboutir à de multiples procédures simultanées à l'encontre de la même ou des mêmes personnes pour la même infraction. De nombreuses infractions (dont la corruption transnationale) ont des liens avec plusieurs lieux physiques. Par exemple, une entreprise de taille moyenne peut avoir des bureaux dans toute l'Italie. Les infractions commises par une telle entreprise peuvent donc être liées à tous les lieux dans lesquels ces bureaux sont établis et, par conséquent, le bureau du Ministère public de chacun de ces lieux est compétent pour enquêter sur l'affaire. On parle de « conflit de compétence » lorsque de multiples procureurs de différents bureaux locaux du Ministère public exercent leur compétence pour enquêter sur la même infraction.

91. De l'avis d'un procureur rencontré lors de la mission sur place, ces « conflits de compétence ne sont pas rares » en Italie. Comme l'ont noté certains procureurs lors de la mission, les enquêtes concurrentes résultant de ces conflits de compétence peuvent être inutiles et contre-productives. Elles peuvent aussi faire perdre un temps précieux vis-à-vis du délai pour conclure les enquêtes et les poursuites.

92. Des procédures existent pour résoudre les procédures multiples. Un représentant de l'Italie a indiqué que les procureurs tentent chaque fois que possible de régler le problème de façon informelle. De plus, aux termes du Code de procédure pénal, un procureur ou un plaignant peut demander une décision sur le procureur qui doit avoir la compétence exclusive en matière de poursuites. Le Procureur général près la Cour d'appel de district ou le Procureur général près la Cour de Cassation statue sur la question, selon que les procureurs enquêtant sur l'affaire sont ou non du même district. Le Code de procédure pénale énumère les facteurs à prendre en compte pour régler le conflit. Le principal facteur est le lieu où l'infraction a été commise.

93. Les procureurs disposent aussi de moyens d'échanger des renseignements qui peuvent réduire la probabilité de procédures concurrentes. Le Ministère public dispose d'une base de données nationale qui contient les noms de l'accusé et (éventuellement) de la victime, la nature d'une accusation et le lieu de l'infraction pour toutes les affaires en cours. Les procureurs peuvent donc chercher dans la base de données pour vérifier si des procédures analogues ont été engagées à l'encontre du même accusé dans une juridiction différente.

94. Il reste à voir si ces procédures et mécanismes sont suffisants dans des affaires de corruption transnationale ou s'il va y avoir des enquêtes concurrentes, provoquant des retards et gaspillant des ressources.

Commentaire

Les examinateurs principaux recommandent de suivre la question de savoir si des conflits de compétence en Italie aboutissent à des retards et des gaspillages de ressources, réduisant ainsi l'efficacité des enquêtes sur des faits de corruption transnationale.

(iii) Les forces de police en Italie

95. L'Italie dispose d'un certain nombre de forces de police, chacune étant dotée de compétences différentes mais se recoupant. Pour l'infraction de corruption transnationale, les principales forces de police sont la *Guardia di Finanza*, l'*Arma dei Carabinieri* et la *Polizia di Stato*.

96. Placée sous la direction du ministère des Finances, la *Guardia* est une force de police nationale. Elle est spécialisée dans la délinquance financière, notamment la corruption, le blanchiment de capitaux et

les fraudes fiscales, et dispose de compétences pour traiter de questions qui se posent fréquemment dans ces enquêtes, notamment de juricomptabilité. Les *Carabinieri* et la *Polizia di Stato* relèvent respectivement du ministère de la Défense et du ministère de l'Intérieur. Ce sont les forces de police nationales chargées du maintien de l'ordre public et elles sont compétentes pour enquêter sur tous les types d'infraction, y compris économiques. Aucune de ces forces ne dispose d'unités spécialisées dans la corruption transnationale (bien que les *Carabinieri* comptent des unités traitant de la corruption en général). Il existe également d'autres forces de police qui sont spécialisées dans d'autres types d'infractions. Par exemple, la *Direzione Investigativa Antimafia* (DIA) est spécialisée dans la criminalité organisée et se compose d'officiers de police de la *Guardia*, des *Carabinieri* et de la *Polizia di Stato*.

97. Au cours de la mission s'est posée une question touchant à la présence d'instances chargées d'appliquer la loi à Campione d'Italia, petite enclave italienne en territoire suisse à une trentaine de kilomètres de la frontière entre les deux pays. Cette enclave fait partie de l'Italie et est soumise au droit italien. Durant la mission sur place, on a pu observer des incertitudes chez les représentants italiens quant à la facilité avec laquelle on pourrait réprimer une infraction de corruption transnationale dans cette enclave. Après la mission, les autorités italiennes ont précisé que Campione d'Italia est gouvernée par Rome via la province administrative de Côme. La principale source de recettes de cette enclave réside dans son casino qui appartient à l'État. La monnaie officielle y est le franc suisse et toutes les activités bancaires sont réalisées par l'intermédiaire de banques suisses. Les résidents sont redevables de l'impôt sur les sociétés, de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et des taxes municipales.

b) La conduite des enquêtes

98. Aux termes du droit italien, le procureur est chargé des enquêtes criminelles et est habilité à ordonner à la police judiciaire de mener des enquêtes. En conséquence, la police n'est pas autorisée à conserver des informations : elle doit transmettre aux procureurs l'ensemble des renseignements et des plaintes qu'elle reçoit.

99. Lorsqu'un procureur se voit attribuer un dossier, il peut choisir quelles forces de police utiliser pour l'enquête. Il dispose d'une grande souplesse à cet égard et sa décision est souvent dictée par la nature de l'affaire. Par exemple, dans une affaire de corruption transnationale, un procureur peut choisir la *Guardia* pour ses compétences en matière financière ou les unités spécialisées dans les infractions de corruption des *Carabinieri*. Cette souplesse permet au procureur de tirer parti des points forts des organismes disponibles chargés de faire appliquer la loi. Toutefois, comme aucun organisme n'est investi de la responsabilité d'enquêter dans des affaires de corruption transnationale, il y a sans doute moins d'incitations pour ses organismes à se doter de compétences dans ce domaine.

(i) Techniques et ressources en matière d'enquêtes

100. Comme pour d'autres infractions graves, une panoplie de techniques est disponible pour enquêter sur des faits de corruption transnationale, notamment les écoutes téléphoniques, l'interception de courriels et de télécopies, la mise sur écoute et la vidéosurveillance. On peut faire appel à des agents infiltrés dans des affaires de blanchiment de capitaux. Une protection peut être proposée à des témoins coopérant à l'enquête en échange de leur témoignage. L'identité d'un informateur peut être dissimulée à l'accusé au cours de l'enquête, comme l'a montré l'affaire Enelpower⁴¹. Toutes les forces de police disposent des pouvoirs habituels de contrainte, d'inspection et de saisie de pièces auprès des institutions financières. Des forces de police comme la *Guardia* disposent de compétences spéciales pour enquêter sur des infractions financières. Lorsque des compétences supplémentaires sont nécessaires (comme dans des cas de juricomptabilité complexe), le procureur peut faire appel à un expert extérieur.

⁴¹ Ordonnance de renvoi de l'affaire Enelpower par le tribunal d'instance de Milan, 5 juin 2003

101. Le recours à ces techniques d'enquête et à des experts extérieurs est onéreux. Comme l'a souligné un procureur italien, les exigences en termes de ressources sont particulièrement importantes dans les enquêtes sur des faits de corruption, dans la mesure où ces enquêtes aboutissent souvent à la découverte d'infractions supplémentaires, ce qui sollicite davantage les ressources.

102. Jusqu'en 2003, les ressources affectées aux enquêtes criminelles en Italie apparaissaient presque sans limites. Il n'y avait pas de budget prévu avant chaque exercice pour les enquêtes criminelles ; les sommes effectivement dépensées étaient inscrites dans la comptabilité publique à la fin de chaque année. Dans ce système, des ressources considérables étaient consacrées aux enquêtes criminelles. Pour la seule année 2003, on estime que 300 à 345 millions EUR ont été dépensés pour des écoutes téléphoniques. En 2004, cette pratique a été modifiée au profit de l'approche plus classique consistant à affecter aux enquêtes un budget fixe au début de chaque année. Il reste à vérifier l'impact de cette nouvelle méthode sur l'efficacité des enquêtes en matière de corruption transnationale.

(ii) *Entraide judiciaire*

103. L'importance de l'entraide judiciaire aux termes de la Convention est double. Premièrement, l'article 9 de la Convention impose à chaque partie d'accorder une entraide judiciaire prompte et efficace aux autres Parties dans toute la mesure du possible aux termes de sa législation, ses conventions et ses accords. Deuxièmement, une partie ne peut procéder à une enquête et engager des poursuites de façon efficace dans des affaires de corruption transnationale que si elle peut solliciter et utiliser des éléments de preuve en provenance de l'étranger. En conséquence, il est essentiel de disposer d'un système efficace et complet pour demander et accorder l'entraide judiciaire.

Instruments internationaux

104. L'Italie est partie à plusieurs conventions multilatérales d'entraide judiciaire, notamment la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (de 1959 – Convention de Strasbourg) et son Protocole additionnel (1978), la Convention d'application de l'accord de Schengen (1990), et la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (1990). Un projet de loi est en cours d'examen pour appliquer la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (2000). L'Italie est aussi partie à 21 conventions bilatérales d'entraide judiciaire. Au total, elle dispose de mécanismes d'entraide judiciaire avec huit parties à la Convention de l'OCDE non membres de l'UE. En l'absence de traité ou de convention applicable, l'Italie exercera son pouvoir discrétionnaire d'accorder l'entraide si l'État requérant garantit la réciprocité (article 723 du Code de procédure pénale).

105. Selon les représentants italiens, même si l'Italie n'impose pas la responsabilité pénale aux personnes morales, le pays peut tout de même fournir et obtenir une entraide judiciaire dans des enquêtes sur des infractions commises par des personnes morales, indépendamment de la question de savoir si des personnes physiques font aussi l'objet d'enquêtes. Le seul préalable à l'entraide est de savoir si l'activité faisant l'objet de l'enquête est de nature criminelle. Pour justifier sa position, l'Italie a fourni aux examinateurs principaux des exemplaires de plusieurs demandes d'entraide destinées à des pays étrangers ou en émanant.

Commentaire

Les examinateurs principaux recommandent au Groupe de travail de procéder au suivi de la capacité de l'Italie de fournir et d'obtenir l'entraide judiciaire pour des enquêtes sur des faits de corruption transnationale impliquant des personnes morales.

Amendements récents

106. A priori, les articles 9 et 13 de la Loi 367 du 5 octobre 2001 pourraient réduire la capacité d'obtenir des preuves à l'étranger. Ces dispositions exigent que l'exécution des demandes d'entraide se conforme au droit international général et aux conventions internationales (notamment la Convention de Strasbourg). Les preuves obtenues en contravention avec ces dispositions ne sont pas recevables lors d'un procès. Dans un premier temps, les examinateurs ont craint que l'application stricte de ces dispositions (comme l'article 3 de la Convention de Strasbourg qui impose à un État requérant de fournir des exemplaires certifiés des documents) n'entrave la capacité de l'Italie à utiliser des preuves obtenues à l'étranger.

107. Toutefois, des représentants italiens se sont référés à la jurisprudence qui répond à ces craintes. En particulier, la Cour de Cassation a estimé⁴² qu'il fallait déterminer la recevabilité des preuves obtenues à l'étranger à la lumière de la coutume internationale récente qui exige moins de formalisme dans l'assistance internationale. En conséquence, les preuves qui ne respectent pas rigoureusement les prescriptions formelles des conventions internationales et du droit international peuvent tout de même être recevables par les tribunaux italiens. À la lumière de cette approche principielle de l'interprétation de la Loi 367/2001, les examinateurs principaux sont convaincus que cette loi n'empêchera pas les services chargés d'appliquer le droit italien d'utiliser efficacement des preuves collectées à l'étranger.

Questions pratiques

108. Les représentants de l'Italie ont indiqué qu'ils travaillaient en étroite coopération avec les États requérants pour que l'entraide soit accordée de façon immédiate et efficace. Les problèmes sont rares et l'Italie n'a pas rejeté de demande d'entraide depuis deux ans et demi. Les requêtes de pays étrangers aux termes de la Convention de Schengen sont transmises directement aux autorités judiciaires en vue de leur exécution. Les autres requêtes sont transmises par le ministère de la Justice au Procureur général du district concerné avant d'être confiées à un procureur spécialisé dans l'entraide judiciaire. Toutes les requêtes sont exécutées aussi rapidement que possible.

109. Les requêtes émanant de l'Italie semblent poser plus de problèmes. Les représentants du ministère de la Justice et des autorités chargées d'appliquer la loi conviennent que les demandes adressées à des pays de l'Union européenne aux termes de la Convention de Schengen sont souvent exécutées sans grand retard. En revanche, les pays hors UE prennent généralement plus de temps pour répondre, ou encore ne répondent pas. Des représentants des autorités chargées d'appliquer la loi ont aussi indiqué avoir rencontré des difficultés pour obtenir une entraide de pays hors UE, parce que les procédures varient selon les pays. Dans certains cas, les requêtes ne sont pas convenablement formulées et sont renvoyées. En conséquence, les examinateurs principaux estiment éventuellement utile que les agents du ministère de la Justice qui connaissent mieux les procédures des pays hors UE apportent plus de formation et d'assistance aux autorités chargées de l'application de la loi. L'Italie doit aussi envisager d'organiser des réunions pour faciliter un échange d'expériences et de préoccupations entre les agents concernés par l'entraide judiciaire.

Commentaire

Les examinateurs principaux se sont assurés que, comme il ressort de l'interprétation de la jurisprudence, l'Italie est dotée d'un dispositif juridique opérationnel pour demander et accorder une entraide judiciaire. Sur le plan pratique, il peut être avantageux que les représentants du ministère de la Justice spécialisés dans l'entraide judiciaire travaillent plus étroitement avec les autorités chargées d'appliquer la loi pour la préparation des demandes de

⁴²

Cass., Div. II, 15-10-2002 et Cass., Div. II, 8 novembre 2002

l'Italie. Les examinateurs principaux suggèrent également à l'Italie d'organiser des réunions pour faciliter l'échange d'expériences et de préoccupations entre les agents qui interviennent dans les dossiers d'entraide judiciaire.

(iii) *Extradition*

110. Il est essentiel pour la lutte contre la corruption transnationale de disposer d'un mécanisme efficace pour accorder ou obtenir l'extradition. En Italie, l'extradition est mise en œuvre aux termes du Livre XI, Titre II du Code de procédure pénale. La qualification pénale dans les deux pays constitue un préalable à l'extradition aux termes de la plupart des conventions d'extradition auxquelles l'Italie est partie.

111. Les examinateurs principaux craignent que la prescription relative à la double qualification pénale, ainsi que l'argument de défense de la *concussione*, puisse constituer un obstacle à l'extradition pour corruption transnationale. Comme on le verra⁴³, une personne physique en Italie n'est pas coupable de corruption si un agent public soutire un avantage à cette personne à titre de rémunération pour avoir effectué ou omis d'effectuer un acte officiel. Dans le contexte de l'extradition, s'il existe des éléments prouvant qu'un agent public a soutiré (au sens du droit italien) un avantage à la personne dont l'extradition est demandée, on peut alors affirmer que la conduite de ladite personne ne constitue pas une infraction aux termes de la loi italienne. En conséquence, il n'y a donc pas de double qualification pénale en Italie et la personne ne pourrait pas être extradée d'Italie.

112. Lors de la mission sur place, des représentants du ministère de la Justice ont été dans l'incapacité de dire si de tels arguments de défense pourraient être invoqués au cours du processus d'extradition. Si la réponse est positive, la *concussione* risque de constituer un obstacle important à la capacité de l'Italie à extraditer des personnes qui ont corrompu des agents publics étrangers compte tenu du peu de preuves nécessaires pour invoquer cet argument de défense. Un représentant italien a indiqué que, dans de telles circonstances, la personne recherchée pourrait être extradée à condition qu'elle ne soit pas condamnée s'il s'avérait qu'il y a eu *concussione*. Cette solution n'est pas satisfaisante parce qu'elle revient au fond à permettre à un corrupteur d'invoquer l'argument de défense italien de la *concussione* dans un État étranger qui peut avoir une norme différente en matière de *concussione*, voire n'admettre aucun argument de défense de ce type.

Commentaire

Les examinateurs principaux craignent qu'une personne dont l'extradition est demandée puisse invoquer l'argument de défense de la concussione pour faire obstacle à l'extradition. En l'absence de jurisprudence ou de pratique tendant à montrer le contraire, il convient de procéder à un suivi de la question.

⁴³ Voir sous B.3.a)(ii) l'argument de défense de la *concussione*.

3. Poursuites et verdict

a) *L'infraction de corruption transnationale*

(i) *Faits constitutifs de l'infraction*

Istigazione alla Corruzione et tentative

113. En droit italien, l'acceptation d'un pot-de-vin par un agent public est un élément constitutif de l'infraction élémentaire de corruption (y compris de corruption transnationale). Toutefois, l'infraction de corruption transnationale prévue par l'article 1 de la Convention est plus large et couvre les pots-de-vin qui sont donnés, offerts ou promis, même s'ils ne sont pas acceptés par un agent public. Pour couvrir ces autres cas, le droit italien a recours à une infraction supplémentaire d'*istigazione alla corruzione*.

114. L'infraction d'*istigazione alla corruzione* est définie à l'article 322 du Code pénal :

(1) Toute personne qui offre ou promet indûment de l'argent ou d'autres actifs à un agent public ou à une personne chargée d'un service public agissant en situation de salarié d'une administration publique, en vue d'amener ledit agent public ou ladite personne à accomplir un acte lié à ses fonctions, sera passible de la sanction prévue au premier Paragraphe de l'Article 318, cette sanction étant réduite d'un tiers si ladite offre ou promesse n'est pas acceptée.

(2) Si ladite offre ou promesse a été effectuée en vue d'amener un agent public ou une personne chargée d'un service public à omettre d'accomplir ou à retarder un acte en lien avec ses fonctions officielles, ou à agir en contravention avec celles-ci, le contrevenant sera passible de la sanction prévue à l'article 319, cette sanction étant réduite d'un tiers si l'offre ou la promesse n'est pas acceptée.

115. À la suite de la mission sur place, les représentants italiens ont en outre expliqué que l'*istigazione alla corruzione* n'intervient que lorsque l'agent concerné n'a pas accepté (ce qui recouvre la notion de refus) l'offre ou la promesse d'argent ou d'autres actifs. L'infraction ne couvre pas une offre ou une promesse qui a été faite, mais qui n'a pas été reçue par l'agent.

116. En ce qui concerne l'application de l'article 322 à la corruption transnationale, les examinateurs principaux ne peuvent clairement déterminer si l'infraction est pleinement conforme à la Convention. L'Italie a défini l'*istigazione alla corruzione* à la page 6 de sa réponse au questionnaire de la Phase 2 :

Pour engager des poursuites au titre de l'[*istigazione alla corruzione*], l'offre ou la promesse doit néanmoins être grave, potentiellement et fonctionnellement susceptible d'amener le bénéficiaire à accomplir un acte contraire à ses fonctions publiques, et elle doit être telle qu'elle va sans doute affecter l'état d'esprit de l'agent public ou du salarié d'un service public à un point tel qu'il risque d'accepter l'offre ou la promesse. La probabilité que l'offre atteigne son objectif doit être évaluée en procédant à un jugement *ex ante* tenant compte de l'ampleur de la récompense, des qualités personnelles du bénéficiaire, de sa situation financière et de tous les autres aspects de chaque dossier. (Cass., Div. VI, 29 janvier 1998 ; Cass., 15 décembre 1989 ; Cass., 25 février 1987). [Soulignement ajouté]

117. En page 18, l'Italie ajoute :

Selon certaines affaires italiennes spécifiques, l'infraction d'*istigazione alla corruzione* est constituée lorsque l'offre ou la promesse d'argent ou d'un autre avantage permet de penser que l'agent public risque d'accepter l'offre ou la promesse, compte tenu de l'ampleur du versement, des qualités personnelles du bénéficiaire, de sa situation financière et de tous les autres aspects de chaque dossier (Cass., Div. 29 janvier 1998). [Soulignement ajouté]

118. Après la mission sur place, les autorités italiennes ont ajouté que l'*istigazione alla corruzione* n'est pas constituée lorsqu'il est peu probable qu'un paiement soit persuasif et suffisant. Les moyens, la situation et la position de l'agent public concerné sont autant de facteurs qu'il convient de prendre en compte.

119. Dans un premier temps, ces points ont quelque peu préoccupé les examinateurs principaux. Conformément au Commentaire 7 de la Convention, la corruption d'agents publics étrangers est une infraction « indépendamment, entre autres, de la valeur de l'avantage ou de son résultat, de l'idée qu'on peut se faire des usages locaux ou de la tolérance de ces paiements par les autorités locales ou de la nécessité alléguée du paiement pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu ». L'infraction d'*istigazione alla corruzione* semble prendre en considération certains de ces facteurs extérieurs et pourrait donc ne pas être conforme au Commentaire 7.

120. Toutefois, ces craintes ont été largement apaisées par l'infraction de tentative. L'Italie a en effet expliqué que la tentative de corruption s'applique à l'offre ou la promesse de pot-de-vin qui n'a pas été rejetée par l'agent public. La tentative de corruption a une plus grande portée que l'*istigazione alla corruzione* parce qu'elle couvre les tentatives qui sont contrariées et les tentatives de faire l'impossible. De même, selon un procureur, la tentative de corruption couvre une offre de pot-de-vin envoyée par courrier par le corrupteur mais qui n'est pas remise à un agent public⁴⁴. Elle couvre aussi le cas dans lequel les négociations entre le corrupteur et l'agent public sont interrompues (par exemple par une enquête de police) avant qu'un accord ne soit conclu. Contrairement à l'*istigazione alla corruzione*, la tentative de corruption n'implique pas la prise en compte de l'importance du paiement, ni des qualités personnelles et de la situation financière de l'agent public⁴⁵.

Commentaire

Les examinateurs principaux recommandent au Groupe de travail de suivre l'application de l'infraction d'« istigazione alla corruzione » et des tentatives d'infraction de corruption transnationale, notamment afin de vérifier si elle est commise indépendamment, entre autres, de la valeur de l'avantage et de ses résultats.

⁴⁴ Un procureur lors de la mission sur place a déclaré que cette situation équivaldrait à une tentative d'*istigazione alla corruzione*.

⁴⁵ Un procureur italien a déclaré qu'une tentative de corruption requiert « tous les ingrédients de l'*istigazione alla corruzione* », mais il ne lui a pas été demandé de préciser si par « ingrédients » il entendait « l'ampleur du paiement et les qualités individuelles et la situation financière de l'agent public ». Le procureur a également déclaré qu'une *istigazione alla corruzione* et une tentative sont légèrement différentes, mais sont sanctionnées de la même manière.

Corruption par des intermédiaires

121. Contrairement à l'article 1 de la Convention, l'article 322bis(2) ne couvre pas expressément la corruption par des intermédiaires. Au contraire, étant donné qu'un accord entre le corrupteur et un agent public constitue un élément constitutif de l'infraction, les examinateurs principaux ont voulu s'assurer que l'infraction ne couvre pas un corrupteur qui se sert d'un intermédiaire pour approcher un agent public, car il n'y a pas de contact ou d'accord direct entre les parties.

122. Pendant la mission sur place, les représentants des autorités italiennes ont fait référence à un cas qui étaye leur point de vue selon lequel la corruption à travers un intermédiaire est couverte lorsqu'il n'y a pas d'accord direct entre le corrupteur et un agent public. Dans ce cas, une personne a été condamnée pour avoir corrompu un agent public national au moyen de deux intermédiaires, alors qu'elle n'avait jamais rencontré l'agent public⁴⁶.

123. Les autorités italiennes ont aussi souligné que, dans l'affaire Enelpower, deux responsables d'Enelpower étaient accusés d'avoir fait appel aux services d'un intermédiaire pour corrompre un agent public étranger. Il n'existait pas de preuve que le corrupteur avait eu un contact direct avec l'agent public, ou que l'agent public savait que le corrupteur avait donné des fonds à l'intermédiaire à des fins de corruption.

Au profit d'un tiers

124. Contrairement à l'article 1 de la Convention, l'article 322bis(2) ne fait pas référence aux situations où les paiements à des fins de corruption sont effectués directement à des intermédiaires. Pendant l'évaluation de la Phase 1, l'Italie a signalé que les tiers sont couverts étant donné que l'article 322bis(2) se réfère aux articles 318 et 319 (jusqu'aux articles 321 et 322), qui stipulent que l'infraction de corruption couvre un agent public qui « reçoit de l'argent ou d'autres actifs ou la promesse de ces avantages, à son profit ou au profit d'un tiers ». Compte tenu de la complexité des références croisées, le Groupe de travail a recommandé de réexaminer cette question durant la Phase 2.

125. Dans ses réponses au questionnaire de la Phase 2 et aux questions supplémentaires, l'Italie a réaffirmé son point de vue exprimé durant la Phase 1. Pendant la mission sur place, l'Italie a ajouté que l'élément principal de l'infraction de corruption est de savoir si un corrupteur et un agent public sont parvenus à un accord. L'infraction est complète une fois que le corrupteur accepte d'accorder un avantage (que ce soit à un agent public ou à un tiers, et directement ou indirectement) pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de ses fonctions officielles. Peu importe à qui l'avantage est octroyé en définitive ou si l'avantage est effectivement octroyé. Pendant la mission, tous les représentants italiens ont convenu que l'infraction couvre un avantage qui est octroyé directement à un tiers sans être préalablement passé entre les mains de l'agent public étranger.

126. Les tribunaux italiens se sont penchés sur une situation comparable, mais pas identique. La Cour de Cassation a estimé que l'infraction de corruption d'agents publics nationaux est complète lorsqu'un agent public, après avoir reçu un pot-de-vin, transmet tout ou partie de ce pot-de-vin à son parti politique (Cass., 12 mai 1982, S.). Cependant, les tribunaux n'ont pas encore examiné d'affaire où un corrupteur verse un pot-de-vin directement au profit d'un tiers.

⁴⁶

La Cour de Cassation a déclaré que, pour qu'un acte de corruption soit commis, un accord direct n'est pas nécessaire entre un agent public et le corrupteur. Il suffit que l'accord soit conclu par l'intermédiaire d'un tiers qui coopère à l'exécution de l'infraction, sous réserve que l'identité de l'agent public soit établie (Cass. 16 février 1998, n°10962 ; Cass. 27 novembre 1984, n°1094).

127. Bien qu'il n'existe pas de jurisprudence sur ce point précis, les examinateurs principaux sont néanmoins satisfaits de l'explication détaillée fournie par l'Italie précisant que l'article 322bis(2) couvre les tiers bénéficiaires.

(ii) *Argument de défense de la concussione*

128. Aux termes du droit pénal italien, une personne n'est pas coupable de corruption si un agent public abuse de ses fonctions ou de ses pouvoirs pour obliger cette personne ou l'inciter à donner ou promettre indûment de l'argent ou d'autres actifs à son profit ou à un tiers. En revanche, l'agent public est coupable de *concussione* conformément à l'article 317 du Code pénal, tandis que la personne est considérée comme une victime.⁴⁷ Pendant l'évaluation de la Phase 1, le Groupe de travail craignait que le concept de *concussione* n'affaiblisse l'application de la Convention et a décidé que ce point méritait un examen plus approfondi durant la Phase 2.

129. Lors de la mission sur place, la grande majorité des participants ont convenu que l'argument de défense de la *concussione* s'applique de la même manière à la corruption nationale et transnationale. Cependant, certains participants ont émis un avis contraire car, contrairement à l'article 322bis(1) du Code pénal, l'article 322bis(2) ne se réfère pas à l'article 317, qui définit l'infraction de *concussione*. Un professeur de droit est parvenu à la même conclusion en se fondant sur le fait que la possibilité de recourir à ce système de défense est en contradiction avec la Convention et par conséquent contraire à l'article 10(1) de la Constitution italienne⁴⁸. Aucun cas de jurisprudence n'a été mentionné pour étayer ces différents points de vue.

130. Si l'on part de l'hypothèse que la *concussione* s'applique à la corruption d'agents publics étrangers, un des problèmes est le champ d'application de cet argument de défense. La Cour de Cassation italienne a déclaré que la *concussione* se produit lorsqu'un agent public a contraint psychologiquement une personne physique :

[I]l ne suffit pas que la personne physique soit convaincue d'être contrainte d'accéder à la demande d'argent ou de tout autre avantage de la part de l'agent; il faut que cette conviction résulte du comportement effectif de l'agent public. Ce comportement doit prendre la forme d'une quelconque contrainte psychologique, par exemple l'interposition d'obstacles ou de retards spécieux dans l'exercice normale des tâches administratives, de façon à exercer sur l'esprit de la partie passive des pressions qui l'obligent à décider d'accepter la contrainte afin d'éviter le danger de dommages qui ne pourraient être évités autrement, la survenance de ces problèmes dérivant des fonctions de l'agent (Cass., Div. VI, 13 novembre 1997, M.). [Soulignement ajouté]

131. Pendant la mission sur place, les participants ont proposé différents points de vue sur cette question. Certains participants ont établi une distinction entre la *concussione* et la corruption en termes d'équilibre des pouvoirs. La *concussione* survient lorsqu'un agent public abuse de son pouvoir vis-à-vis d'une personne physique en demandant un avantage à cette personne pour qu'il ne lui fasse pas de tort. Ne voyant pas d'alternative pour éviter qu'on lui fasse du tort, la personne se soumet à la demande. En

⁴⁷ Le droit pénal italien prévoit également une infraction distincte pour l'extorsion. La principale différence entre la *concussione* et l'extorsion est que la première requiert un abus de fonctions ou de pouvoir de la part d'un agent public.

⁴⁸ Comme il a été précisé plus haut, l'article 10(1) de la Constitution italienne prévoit que, lorsque le droit interne italien est en contradiction avec une convention internationale à laquelle l'Italie est partie, c'est cette dernière qui prévaut.

revanche, il est question de corruption lorsqu'une personne physique négocie avec un agent public d'égal à égal et octroie un avantage à l'agent public en échange d'un autre.

132. Plusieurs participants à la mission sur place ont déclaré qu'un autre facteur important pour déceler la *concussione* est la nature du bénéfice reçu par la personne physique. Un acte de corruption se produit généralement lorsqu'une personne physique octroie un avantage en vue d'obtenir une faveur à laquelle elle n'a pas droit. Un procureur a expliqué que la *concussione* survient habituellement lorsqu'une personne physique octroie un avantage pour éviter des préjudices ou des dommages. Il n'a pas indiqué si le fait d'éviter des préjudices incluerait un paiement pour conserver un marché ou un paiement pour obtenir un marché lorsque des dépenses importantes ont déjà été effectuées.

133. Un représentant du ministère de la Justice a ajouté que la *concussione* se produit lorsque la conduite d'un agent public est « promotionnelle » par nature, ce qui semble vouloir dire qu'il y a eu bel et bien sollicitation de la part de l'agent public.

134. La définition de *concussione* est encore plus compliquée en raison du concept de *concussione ambientale*, qu'a élaboré la jurisprudence dans les années 90. Selon un procureur et un juge rencontrés durant la mission, cette forme de *concussione* survient quand une personne physique se trouve dans une situation qui l'amène à croire qu'elle doit octroyer à un agent public un avantage, soit pour éviter des préjudices, soit pour obtenir une chose à laquelle elle a droit. Contrainte par cette situation et sans aucune demande expresse de la part de l'agent public, la personne physique s'exécute. Ce concept montre que l'argument de défense de la *concussione* peut s'appliquer même lorsqu'il n'y a pas de sollicitation ou de menace de la part d'un agent public⁴⁹.

135. Le travail consistant à distinguer la corruption de la *concussione* peut être parfois guidé par des préoccupations pratiques en matière de preuves. Pendant la mission sur place, un juge a souligné que les magistrats disposent souvent de peu de preuves dans les affaires de corruption ou de *concussione*, ce qui rend très difficile de déterminer si une personne physique a subi une contrainte psychologique ou s'il a existé un déséquilibre des pouvoirs entre les parties. Pour cette raison, selon deux avocats de la défense rencontrés lors de la mission, les magistrats peuvent être tentés de qualifier un cas d'affaire de *concussione*, et non de corruption, pour que la personne physique ne soit pas confrontée à des poursuites et soit par conséquent encouragée à témoigner contre l'agent public. En procédant de la sorte, un magistrat dispose au moins de suffisamment de preuves permettant de garantir une condamnation de l'agent public pour *concussione*, plutôt que de voir la personne physique ainsi que l'agent public être jugés non coupables de corruption.

136. Un autre avocat de la défense estimait que la gravité de l'infraction peut aussi jouer un rôle. Plus l'infraction est grave, plus les pressions sur les magistrats sont fortes pour résoudre l'affaire et plus la tentation est grande de qualifier le cas d'affaire de *concussione* afin d'obtenir un témoignage de la part de la personne physique pour s'en servir contre l'agent public.

137. Ces aspects suscitent plusieurs préoccupations. Compte tenu de cette multitude de facteurs, on ne s'étonnera pas que la distinction entre la corruption et la *concussione* soit souvent floue dans la pratique. Selon un juge rencontré lors de la mission sur place, cette question a fait l'objet de nombreux débats judiciaires. Il ressort clairement qu'il n'existe pas de séparation bien délimitée entre ces deux concepts. Par

⁴⁹

Selon la Cour de Cassation, une *concussione ambientale* se produit « dans un système largement illégal, qui est répandu dans l'administration publique », de telle sorte qu'« un agent public peut adopter un comportement de *concussione* avec l'accord tacite de la personne, sans que l'agent public n'ait dit quoi que ce soit » (Cass., sez. VI, 13-07-1998, Salvi). Les tribunaux ont généralement suivi une interprétation étroite de ce concept (voir Cass., sez. VI, 19-01-1998, Pancheri ; Cass., sez. VI, 26 mars 1996, Garbato).

exemple, les examinateurs ont demandé aux participants lors de la mission sur place de réfléchir à une situation hypothétique où un agent public refuse d'autoriser une personne physique à soumettre sa candidature pour un appel d'offres relatif à un contrat à moins que la personne physique ne lui octroie un avantage. La plupart des participants ont convenu qu'il s'agirait alors d'un cas de corruption, et non de *concussione*. Or, un magistrat n'était pas d'accord. Aucun des deux camps n'a mentionné de cas de jurisprudence pour étayer leur point de vue.

138. Cette situation hypothétique illustre une autre crainte : la marge de manœuvre potentiellement étendue de la défense. Une personne physique qui perçoit le besoin de payer un agent public pour soumettre sa candidature à un appel d'offres ou pour conserver un contrat afin d'éviter de perdre des emplois peut, de façon concevable, invoquer cet argument de défense. Il n'est par ailleurs pas clairement établi si cet argument de défense s'applique aux paiements effectués pour conserver un marché, ou pour obtenir un marché lorsque des dépenses importantes ont déjà été engagées. Une telle situation est contraire au Commentaire 7 de la Convention⁵⁰, qui précise qu'il s'agit d'une infraction aux termes de la Convention « indépendamment, entre autre, de la ... nécessité alléguée du paiement pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu »⁵¹.

139. Lors de la mission sur place, l'Italie a justifié l'application de l'argument de défense de la *concussione* à la corruption d'agents publics étrangers en invoquant le principe de l'« équivalence ». D'après cet argument, l'équité veut qu'une personne accusée de corruption d'agents publics étrangers ait droit aux mêmes arguments de défense, y compris la *concussione*, qu'une personne accusée de corruption d'agents publics nationaux. Toutefois, cet argument néglige deux points. Tout d'abord, lorsque la *concussione* se produit dans un cas de corruption d'agents publics nationaux, l'agent qui a commis l'infraction fera l'objet de poursuites. C'est d'ailleurs une des raisons qui incitent les magistrats à donner à une transaction la qualification de *concussione* et non de corruption. Dans un cas de corruption d'agents publics étrangers, il n'y a pas de garantie que l'agent public étranger soit condamné, car l'État étranger peut refuser d'engager des poursuites, ou parce que la conduite de l'agent public étranger ne peut être assimilée à une infraction. Ensuite, si l'infraction de corruption d'agents publics nationaux vise avant tout à préserver l'intégrité de la propre administration publique d'un pays, la Convention a principalement pour but de préserver la bonne gestion des affaires publiques et le développement économique, et d'éviter que soient faussées les conditions internationales de concurrence⁵². Par conséquent, les examinateurs principaux estiment qu'il ne reste plus aucune justification pour faire de la *concussione* un argument de défense recevable dans les cas de corruption d'agents publics étrangers.

140. Les examinateurs principaux estiment également que l'argument de défense de la *concussione* est lié à la condition qu'un accord constitue un élément de l'infraction de corruption. Pendant la mission, un procureur et un juge ont précisé que l'origine de ce problème est la distinction entre un accord et la *concussione*. Par conséquent, l'argument de défense de la *concussione* dérive de la condition de l'existence d'un accord comme élément essentiel d'un acte de corruption. Un accord valable (autrement dit une entente profonde) n'existe pas lorsqu'une partie l'a accepté sous la contrainte. Il peut s'avérer impossible de supprimer l'argument de défense de la *concussione* tant que la corruption est interprétée comme un accord, étant donné que l'argument de défense de la *concussione* est une conséquence logique de la condition de l'existence d'un accord.

⁵⁰ Le Commentaire constitue une interprétation authentique de la Convention.

⁵¹ Voir aussi les statistiques sur le nombre de cas de *concussione* et de corruption dans l'Annexe 3.

⁵² Convention de l'OCDE, préambule.

Commentaire

Le champ d'application de l'argument de défense de la concussion semble être vaste et mal délimité. Les raisons de politique judiciaire qui justifient cet argument de défense en matière de corruption nationale ne s'appliquent pas de la même manière dans le contexte de la corruption transnationale. En outre, si cet argument de défense est recevable pour la corruption d'agents publics étrangers, il pourrait être en contradiction avec le Commentaire 7 de la Convention. En conséquence, les examinateurs principaux recommandent que l'Italie modifie sa législation afin d'exclure l'argument de défense de la concussion pour l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.

(iii) Délais de prescription et retards dans les procédures

141. Pour combattre efficacement la corruption d'agents publics étrangers, tout délai de prescription applicable à l'infraction doit prévoir une période suffisante pour l'enquête et les poursuites. En Italie, deux délais de prescription s'appliquent à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, un pour l'achèvement de l'enquête et un autre pour l'achèvement des poursuites.

Délai de prescription pour l'achèvement de l'enquête

142. Le Code de procédure pénale limite la durée d'une enquête pour protéger les intérêts des personnes faisant l'objet d'une investigation. À partir du moment où il ouvre une enquête en déposant une *notitia criminis*, un procureur a six mois pour terminer cette enquête. Avant l'expiration de ce délai, le procureur public doit présenter les preuves à un juge des instructions préliminaires (GIP), qui décide si les preuves sont suffisantes pour tenter un procès contre la personne soumise à l'enquête. Dans des affaires complexes, le GIP peut porter le délai de prescription à 18 mois sur demande du procureur. Dans des cas exceptionnels, le GIP peut prolonger le délai de prescription jusqu'à 24 mois.

143. Les responsables italiens présents lors de la mission sur place étaient partagés sur la question de savoir si ce délai de prescription est suffisant pour enquêter dans les affaires d'infractions de corruption d'agents publics étrangers. Un procureur a déclaré que, d'après son expérience des poursuites en matière d'infractions de corruption d'agents publics nationaux, ce délai est suffisant si le procureur mène l'enquête avec diligence.

144. Ce n'est pas forcément le cas pour des affaires transnationales, comme la corruption d'agents publics étrangers, qui nécessitent souvent de rassembler des preuves provenant de l'étranger au moyen d'accords d'entraide judiciaire. Les retards dans la réception de preuves de l'étranger semblent courants en Italie ; pourtant, ce facteur n'entraîne pas de prolongation du délai de prescription pour les enquêtes. Les représentants des *Carabinieri* et de la *Guardia di Finanza* ont déclaré que si le regroupement de preuves provenant de pays de l'Union européenne est relativement efficace et simple, la collecte de preuves de pays en dehors de l'UE est souvent un processus lourd et lent. Un autre procureur a ajouté que les États auxquels des renseignements sont demandés ne répondent parfois tout simplement pas aux demandes.

145. Les représentants des autorités italiennes estiment que certaines de ces craintes n'ont pas lieu d'être dans la mesure où les preuves reçues d'un État étranger en dehors du délai de prescription sont admissibles lors d'un procès si la demande d'entraide a été envoyée dans le délai de prescription. Les examinateurs principaux continuent toutefois de craindre que certaines affaires puissent être remise en cause si une enquête ne peut avancer jusqu'à ce que des preuves arrivent de l'étranger. Les responsables italiens ont également signalé que, si une enquête est close parce qu'un GIP rejette l'affaire lors d'une audience préliminaire pour manque de preuves, un procureur peut demander au GIP de rouvrir l'enquête si des preuves supplémentaires provenant de l'étranger arrivent ultérieurement. Même si c'est le cas, le retard

en résultant pourrait aboutir à une expiration du délai de prescription pour l'achèvement des poursuites (voir la section suivante).

Délai de prescription pour l'achèvement des poursuites

146. En Italie, le délai de prescription de base pour la corruption d'agents publics étrangers est de cinq ans⁵³. Il commence une fois que le contrevenant a commis l'infraction ou, dans le cas d'une tentative, lorsqu'il cesse d'exercer les activités qui constituent une tentative.

147. Le délai de prescription peut être suspendu ou interrompu dans certaines circonstances (par exemple, lorsqu'un prévenu cherche à ajourner le procès pour des raisons médicales). Une interruption fait repartir à zéro le délai de prescription et il recommence à courir à partir de la fin de l'événement ayant entraîné l'interruption. Une suspension n'arrête que temporairement l'écoulement du délai.

148. À ce délai de prescription de base s'ajoute un délai de prescription « ultime », qui est d'une fois et demie la durée du délai de prescription de base (autrement dit sept ans et demi pour la plupart des infractions de corruption d'agents publics étrangers). Les délais de prescription de base et ultime commencent au même moment. La seule différence entre ces deux délais, est qu'aucune suspension ou interruption ne s'applique au délai de prescription ultime.

149. En Italie, la durée de ces délais de prescription n'a, à première vue, rien de différent par rapport aux autres juridictions. Les examinateurs principaux craignent, cependant, que les longs retards observés lors de poursuites pénales en Italie n'entraînent une expiration des délais de prescription dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers.

150. La lenteur du système de justice pénale italien est évoquée dans de nombreux documents. Lors de la mission sur place, un juge a déclaré qu'il existe de longs retards dans des affaires complexes portant sur plusieurs prévenus. D'autres praticiens et universitaires ont souligné que l'origine du retard est multiple. Des enquêtes complexes, de longs procès, des services des instances judiciaires et du ministère public surchargés et bien trop d'affaires dans le système (en raison du principe de l'obligation de poursuivre⁵⁴) sont autant de facteurs qui contribuent au problème. La situation est exacerbée lors d'une enquête dans une affaire de corruption d'agents publics étrangers car, comme signalé plus haut, de fréquents retards surviennent pendant le rassemblement des preuves.

151. Les examinateurs principaux craignent en outre que la législation récente visant à modifier le lieu du procès ne risque d'empirer la situation. Auparavant, le lieu d'un procès n'était modifié que lorsqu'il existait des circonstances locales graves, inévitables, qui risquaient de perturber le déroulement du procès et qui affectaient l'impartialité d'un juge ou la sécurité du public. Aux termes de la Loi 248 du 7 novembre 2002, le lieu peut être désormais changé en cas de simple « suspicion légitime » de l'existence de telles circonstances. Il reste à voir si cette nouvelle disposition entraîne une augmentation des retards dans le déroulement des procès. La Cour de Cassation⁵⁵ a toutefois décidé qu'il n'y a « suspicion légitime » que dans des cas exceptionnels et que des notions comme « conditions locales graves » devaient être interprétées dans leur sens strict. On peut espérer qu'une interprétation aussi étroite de la Loi 248/2002 minimisera son impact sur les retards dans le déroulement des procès.

⁵³ La seule exception est la corruption qui aboutit à la condamnation et à l'emprisonnement à tort d'une autre personne au-delà de cinq ans, auquel cas le délai de prescription est de dix ans (article 157 du Code pénal).

⁵⁴ Aux termes de l'article 112 de la Constitution, une fois que le ministère public dispose de suffisamment de renseignements spécifiques et détaillés, il est tenu d'ouvrir une enquête en déposant une *notitia criminis* dans un registre. Il n'existe pas de principe d'opportunité des poursuites.

⁵⁵ Décision du 17 novembre 2003

Commentaire

Les examinateurs principaux craignent que les délais de prescription pour l'enquête et les poursuites en cas de corruption d'agents publics étrangers ne soient trop courts étant donné les retards considérables que connaît la justice pénale italienne. Les examinateurs principaux recommandent à l'Italie d'envisager de prolonger la durée du délai de prescription ultime pour l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Les examinateurs principaux estiment en outre que cet aspect nécessite un suivi plus approfondi.

(iv) Compétence

Compétence fondée sur la nationalité

152. Les dispositions concernant l'application de la compétence fondée sur la nationalité à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers commise à l'étranger sont couvertes par les articles 7 et 9 du Code pénal italien.

153. Aux termes de l'article 7(4) et (5) du Code pénal, l'Italie peut exercer sa compétence fondée sur la nationalité sur un ressortissant italien ou étranger en cas d'infraction commise par un agent public au service de l'État en abusant de ses pouvoirs ou en manquant aux obligations de sa charge, ainsi qu'en cas d'infractions pour lesquelles des dispositions spéciales du droit italien ou des conventions internationales prescrivent l'applicabilité du droit pénal italien. Comme l'article 322bis du Code pénal italien sur la corruption d'agents publics étrangers ne prévoit pas spécifiquement l'application de la compétence fondée sur la nationalité conformément à l'article 7, ces dispositions peuvent ne pas s'appliquer dans des affaires portant sur des infractions de corruption d'agents publics étrangers.

154. En ce qui concerne la compétence fondée sur la nationalité aux termes de l'article 9 du Code pénal italien, qui s'applique aux infractions non couvertes par les articles 7 et 8⁵⁶, le ministère de la Justice a exposé des points de vue contradictoires durant la mission sur place à propos de son application. Selon certains représentants du ministère, comme l'infraction de corruption d'agents publics étrangers est passible d'emprisonnement, la compétence fondée sur la nationalité pour les infractions de corruption d'agents publics étrangers s'appliquerait à la demande du ministère de la Justice ou à la suite d'une demande ou d'une plainte de la victime, conformément à l'article 9(2)⁵⁷; à cet égard, les gouvernements d'États étrangers pourraient être considérés comme des victimes, comme cela a été établi, dans d'autres situations, par la jurisprudence italienne. D'autres magistrats du ministère de la Justice, ainsi qu'un universitaire, ont cependant déclaré qu'à leur avis, la compétence fondée sur la nationalité repose sur l'article 9(3) du Code pénal, puisque ces infractions doivent être considérées comme des infractions au détriment d'un pays étranger⁵⁸. En outre, ils ont précisé que l'application de l'article 9(3) se fait à l'entière discrétion du ministre de la Justice lorsque l'infraction est considérée comme « politique » et ils ont confirmé que la corruption d'agents publics étrangers de haut rang pouvait être considérée comme un

⁵⁶ L'article 8 du Code pénal couvre la compétence fondée sur la nationalité concernant les ressortissants italiens et les étrangers pour des crimes politiques non couverts par l'article 7.

⁵⁷ L'article 9(2) du Code pénal prévoit que « Lorsque l'infraction commise est passible d'une peine privative de liberté plus courte, le contrevenant sera sanctionné soit à la demande du ministère de la Justice, soit suite à une demande ou une plainte de la victime ».

⁵⁸ L'article 9(3) du Code pénal prévoit que « Dans les cas évoqués par les dispositions précédentes, lorsque l'infraction est commise au détriment des Communautés européennes, d'un pays étranger ou d'un étranger, le contrevenant sera sanctionné à la demande du ministère de la Justice, sous réserve que son extradition n'ait pas été accordée ou consentie au gouvernement du pays dans lequel il a commis l'infraction mentionnée précédemment. »

crime politique à cet égard. Cependant, ils ont estimé qu'en pareil cas, le ministre de la Justice serait tenu par les obligations de l'Italie aux termes de l'article 5 de la Convention dans l'exercice de cette faculté.

Commentaire

En l'absence de cas dans la jurisprudence, les examinateurs principaux recommandent le suivi de l'exercice des pouvoirs du ministre de la Justice lorsqu'il décide s'il faut revendiquer la compétence fondée sur la nationalité pour juger une personne physique.

b) Responsabilité des personnes morales

155. La responsabilité pénale ne peut être attribuée aux personnes morales en Italie (article 27(1) de la Constitution). Toutefois, aux termes du Décret 231/2001, la responsabilité administrative peut être attribuée à des personnes morales pour certaines infractions pénales (notamment la corruption d'agents publics étrangers et la falsification des comptes) commises par une personne physique. Pendant l'examen de la Phase 1, le Groupe de travail avait conclu que le Décret était conforme aux prescriptions de la Convention, mais que son application devait faire l'objet d'un suivi compte tenu de sa nouveauté.

156. Les représentants italiens ont fourni des précisions sur une affaire relevant du Décret. En novembre 2002, le tribunal de Pordenone a condamné une société dont le représentant avait tenté de corrompre un agent public italien. Seize autres affaires relevant du Décret sont en instance de jugement. Huit sociétés ont reçu une injonction de se présenter à leur procès, tandis que d'autres ont négocié leur peine. Des informations détaillées sur ces cas supplémentaires n'ont pas été fournies.

(i) Champ d'application

« Organismes » couverts par le Décret

157. Le Décret 231/2001 s'applique à tout un éventail d'entités désignées comme les « organismes ». Conformément à l'article 1, en dehors des sociétés, le Décret s'applique aux entreprises et aux associations qui n'ont pas de personnalité morale. Le Décret ne s'applique pas, cependant, à des autorités nationales, régionales et locales, à d'autres organismes publics à but non lucratif et à des entités « exerçant des fonctions d'une importance constitutionnelle ».

158. En ce qui concerne l'application du Décret aux entreprises appartenant à l'État ou contrôlées par lui, un représentant de la Cour des comptes a signalé que les entreprises dont les comptes sont vérifiés par la Cour « devraient » être couvertes par le Décret, mais cela n'a pas encore été vérifié. Lorsqu'on a demandé aux représentants du ministère de la Justice pourquoi Enelpower n'avait pas été accusée de corruption d'agents publics étrangers, ils ont répondu qu'Enelpower n'avait pas commis cette infraction car elle n'avait pas reçu d'avantage, même si Enelpower pouvait avoir une responsabilité théorique. Les représentants n'ont pas tentés de concilier cette déclaration avec l'article 5.1 du Décret, qui ne requiert pas que les instances reçoivent un avantage, mais seulement qu'elles soient responsables des infractions « commises dans leur intérêt ou à leur profit ». Les autorités italiennes ont néanmoins signalé que, de leur point de vue, les entreprises publiques seraient couvertes.

Commentaire

Les examinateurs principaux ont recommandé au Groupe de travail de contrôler si le Décret 231/2001 couvre effectivement les entreprises appartenant à, ou contrôlée par, l'État.

Principaux contrevenants couverts par le Décret

159. Le Décret impose la responsabilité des personnes morales pour des infractions commises par deux catégories de contrevenants principaux : les personnes physiques à des postes de responsabilité et les personnes physiques soumises à leur direction ou leur contrôle hiérarchique. Les personnes à des postes de responsabilité sont celles « agissant à titre de représentant, d'administrateur ou de dirigeant de l'organisme ou d'une des unités organisationnelles ayant une autonomie du point de vue du financement et de l'exploitation ». En font aussi partie les « personnes exerçant... des pouvoirs de gestion et de contrôle dudit organisme », y compris les personnes qui exercent de telles fonctions *de facto* (article 5(1)).

160. La responsabilité aux termes du Décret dépend également du fait qu'une personne morale tire profit du crime. Une personne morale n'est responsable que pour les infractions « commises dans son intérêt ou à son profit ». Elle n'est pas responsable si le contrevenant principal a agi exclusivement dans son intérêt propre ou dans celui d'un tiers (article 5). Il reste donc encore à voir si le Décret impose la responsabilité d'une personne morale lorsqu'un contrevenant principal s'engage dans des transactions corrompues au bénéfice d'une filiale de la personne morale et *vice versa*.

(ii) *Poursuites concernant le contrevenant principal*

161. Comme la responsabilité d'une personne morale dépend de la commission ou non de l'infraction par une personne physique, le Décret envisage que la personne morale et la personne physique soient généralement jugées ensemble (article 38). Cependant, selon les représentants italiens, une condamnation du contrevenant principal n'est pas nécessaire pour justifier une condamnation de la personne morale, étant donné que l'article 8(1)(a) stipule qu'une personne morale peut être responsable même si le contrevenant principal n'a pas été identifié ou n'est pas attaqué en justice, par exemple parce qu'il s'est enfui ou qu'il est mort.

162. La procédure pour engager des poursuites à l'encontre d'une personne morale est comparable à celle appliquée à l'encontre d'une personne physique. Lorsqu'un procureur est informé d'une contravention administrative perpétrée par une personne morale, il doit déposer une *notitia criminis* [notification d'acte criminel] dans un registre (article 55). La *notitia criminis* n'a pas à désigner un suspect (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale) (article 335, Code de procédure pénale). Si l'enquête qui s'ensuit n'identifie comme suspect qu'une personne morale et non physique, les poursuites se poursuivront à l'encontre de la personne morale (article 38(2)(c), Décret 231/2001 et article 415, Code de procédure pénale). Après l'enregistrement d'une *notitia criminis*, le procureur doit mener une enquête pendant le même délai de prescription qui s'applique lorsqu'une personne physique commet l'infraction (article 56). Un juge des instructions préliminaires tient ensuite une audience préliminaire afin de déterminer si des preuves suffisantes existent pour intenter un procès à l'instance (article 61). D'autres dispositions du Décret définissent le déroulement du procès et de l'appel (articles 62 à 73). En outre, le Code de procédure pénale ainsi que toutes les dispositions procédurales qui s'appliquent à un contrevenant principal s'appliquent également aux poursuites à l'encontre des personnes morales visées par le Décret, dans la mesure où ils sont compatibles (articles 34 et 35).

163. Bien que l'article 8 prévoit des « poursuites autonomes » à l'encontre des personnes morales, d'autres dispositions du Décret semblent présupposer que des personnes morales ne peuvent être poursuivies que si une personne physique a été identifiée et accusée. L'article 38(1) prescrit que les poursuites concernant la personne morale doivent être étayées par les poursuites pénales à l'encontre du contrevenant. Et l'article 38(2) prévoit les seules circonstances dans lesquelles les poursuites concernant une personne morale seront distinctes de celles à l'encontre de la personne physique. Ces deux dispositions semblent présupposer qu'une personne physique a été identifiée et accusée. En outre, un magistrat et un

procureur durant la mission sur place ont réitéré le principe de poursuites autonomes des personnes morales. Cette question doit donc continuer de faire l'objet d'un suivi.

Commentaire

Les examinateurs principaux recommandent un suivi de la procédure relative à la responsabilité administrative des personnes morales pour vérifier si des problèmes juridiques se posent, dans la pratique, concernant les poursuites à l'encontre de personnes morales en l'absence de poursuites contre la personne physique qui a perpétré les actes de corruption.

(iii) *Compétence*

164. Comme il a été précisé précédemment, la compétence aux termes du Décret varie selon que le contrevenant a commis l'infraction en Italie (auquel cas l'Italie exerce sa compétence territoriale pour poursuivre le contrevenant principal) ou à l'étranger (auquel cas l'Italie doit exercer sa compétence fondée sur la nationalité pour poursuivre le contrevenant principal).

Infractions commises en Italie

165. Lorsque le contrevenant principal commet une infraction en Italie, l'Italie est compétente pour engager des poursuites à l'encontre de « sociétés ayant une personnalité morale et d'entreprises et d'associations, y compris celles qui n'ont pas la personnalité morale » (article 1(2)). De toute évidence, cette disposition couvre les personnes morales enregistrées en Italie.

166. En ce qui concerne les personnes morales enregistrées ailleurs, les représentants des autorités italiennes ont expliqué que les personnes morales qui exercent des activités en Italie doivent être enregistrées, ce qui pourrait les faire relever de l'article 1(2) du Décret. Cela a été démontré dans l'affaire Enelpower où, comme on l'a vu plus haut, Siemens AG (société allemande) a été accusée aux termes du Décret de corrompre des responsables d'Enelpower (qui sont des agents publics italiens). Cependant, il reste à voir si le Décret couvre une personne morale qui n'exerce pas ses activités (et n'est donc pas enregistrée) en Italie, et qui envoie un représentant en Italie pour corrompre un agent public non italien.

167. Par ailleurs, le ministère de la Justice a expliqué que l'article 6 du Code pénal sur la compétence territoriale s'applique aux infractions visées par le Décret 231/2001. Étant donné que l'article 6 s'applique expressément à des actes ou des omissions qui se produisent « pour tout ou partie » en Italie, il importe que cette forme étendue de compétence territoriale s'applique aux personnes morales. Néanmoins, le Décret ne se réfère pas expressément au Code pénal à cet égard, alors qu'il contient une disposition autonome relative à la compétence extraterritoriale.

168. Les autorités italiennes ont donné une explication différente après la mission sur place. Lorsqu'une infraction est commise « pour tout ou partie » en Italie, les autorités italiennes sont compétentes pour poursuivre la personne physique qui a commis l'infraction, ce qui induit nécessairement la compétence pour poursuivre une quelconque personne morale.

Commentaire

Un doute subsiste quant à savoir si l'Italie est compétente pour poursuivre des personnes morales étrangères dont les représentants corrompent des agents non italiens en Italie et si l'article 1 du Décret 231/2001 peut constituer le fondement de cette compétence dans de tels cas. Il convient de procéder à un suivi de l'évolution de la jurisprudence sur cette question.

Infractions commises à l'étranger – Généralités

169. Lorsqu'un contrevenant principal commet une infraction à l'étranger, l'Italie peut exercer à son encontre sa compétence fondée sur la nationalité aux termes du Code pénal. En pareilles circonstances, l'Italie ne peut engager des poursuites contre une personne morale que si cette dernière a son siège en Italie et si le pays dans lequel l'infraction a été commise n'engage pas de poursuites à l'encontre de l'instance en question (article 4(1)).

170. La définition de « siège » n'est pas définie dans le Décret. Pendant les remarques d'introduction, une représentante du ministère de la Justice a déclaré que la plupart des grandes sociétés italiennes avaient leur siège à Rome. Elle a précisé que les réunions des Conseils d'administration de la plupart de ces sociétés avaient lieu à Rome. Plus tard, dans un autre groupe, un représentant du ministère de la Justice a affirmé que le siège d'une société se situe dans le pays où elle est enregistrée. Un responsable du ministère de la Justice a aussi déclaré que le siège n'a pas besoin d'être les bureaux principaux d'une société et qu'il faut procéder à une évaluation au cas par cas. Un autre représentant du ministère de la Justice a indiqué que le siège principal devait être en Italie.

171. Outre l'absence de clarté concernant le lieu où est situé le siège d'une société, la disposition ne semble pas couvrir une société enregistrée en Italie, dont le siège se trouve cependant ailleurs qu'en Italie. On ne sait pas non plus vraiment clairement comment la disposition s'applique aux entreprises possédant plusieurs sièges.

Commentaire

Compte tenu de l'absence de clarté sur le champ d'application de la compétence vis-à-vis des personnes morales concernant les infractions de corruption d'agents publics étrangers commises à l'étranger, les examinateurs principaux recommandent un suivi de cette question une fois qu'une pratique suffisante aura été développée.

Infractions commises par un ressortissant non italien à l'étranger

172. Il ne ressort pas clairement si le Décret couvre les infractions commises à l'étranger par un contrevenant principal qui est un ressortissant non italien. La seule disposition dans le Décret qui traite de la compétence pour poursuivre des infractions commises à l'étranger est l'article 4(1). Cet article ne confère la compétence que lorsqu'il y a une compétence fondée sur la nationalité (aux termes des articles 7-10 du Code pénal) pour poursuivre le contrevenant principal. En conséquence, si le contrevenant principal n'est pas un ressortissant italien, l'article 4(1) du Décret ne s'applique pas. On ne peut savoir précisément si l'article 1(2) (la disposition qui sert habituellement pour les poursuites à l'encontre de personnes morales concernant des infractions commises en Italie) s'applique à cette situation.

173. Si une telle lacune juridictionnelle existe, elle doit susciter de grandes inquiétudes. Une société italienne pourrait corrompre impunément un agent public étranger en se contentant de faire appel à un ressortissant non italien pour commettre la corruption alors même qu'il est ailleurs qu'en Italie. Étant donné la facilité avec laquelle cela peut s'accomplir, ce vide juridique constitue sur le terrain une grave échappatoire.

Commentaire

L'efficacité des mesures disponibles à l'encontre d'une personne morale peut être diminuée si l'on ne peut imposer de responsabilité administrative à une personne morale qui se sert d'un ressortissant non italien pour corrompre un agent public étranger ailleurs qu'en Italie. Les

examineurs principaux recommandent au Groupe de travail de suivre cette question de façon horizontale.

(iv) *Problèmes d'enquête*

174. Comme il a été précisé plus haut, le Code de procédure pénale s'applique aux poursuites prévues par le Décret dans la mesure où ils sont compatibles (article 34)⁵⁹. Pendant la mission sur place, un représentant de la *Guardia di Finanza* a déclaré qu'il « comprenait » que toutes les opérations d'enquête qui peuvent servir dans le cadre d'une enquête sur une personne physique peuvent être utilisées à propos d'une personne morale. Les représentants du ministère de la Justice ont confirmé ce point de vue.

175. Toutefois, comme le Décret 231/2001 ne prévoit pas spécifiquement que les autorités mènent des enquêtes sur les personnes morales, la question reste de savoir si des pouvoirs d'enquête ne peuvent s'appliquer à des personnes morales qu'en relation avec des enquêtes sur des personnes physiques. Si tel était le cas, l'efficacité de la responsabilité administrative des personnes morales s'en trouverait diminuée.

Commentaire

Le Décret 231/2001 ne prévoit pas expressément que les techniques d'investigation auxquelles on peut recourir dans les enquêtes sur une personne physique peuvent aussi être utilisées lors de poursuites à l'encontre d'une personne morale. Les examineurs principaux recommandent un suivi afin de déterminer si la référence à l'article 34 du Code de procédure pénale constitue une base suffisante et complète à cet égard.

(v) *Argument de défense des modèles d'organisation*

176. Le Décret prévoit un « argument de défense des modèles d'organisation » pour une personne morale qui consent des efforts raisonnables pour éviter la commission d'une infraction. Conformément à l'article 6(1), une personne morale n'est pas tenue pour responsable des infractions commises par des personnes occupant des postes de haute responsabilité si elle prouve les éléments suivants. Premièrement, avant la commission de l'infraction, la direction de l'organisme avait adopté et mis en œuvre efficacement un modèle d'organisation et de direction convenable pour éviter les infractions du type de celle qui s'est produite. Deuxièmement, la personne morale avait créé un organe autonome pour superviser, appliquer et mettre à jour le modèle. Troisièmement, cet organe autonome avait suffisamment supervisé le fonctionnement du modèle. Quatrièmement, l'auteur de l'infraction l'a commise en contournant frauduleusement le fonctionnement du modèle.

177. Il importe de noter que l'argument de défense des modèles d'organisation fait fonction de défense à part entière qui dispense totalement une personne morale. Dans bien d'autres juridictions, des arguments de défense comparables ne font qu'atténuer la sanction à appliquer.

178. L'article 6(2) du Décret stipule les éléments essentiels d'un modèle d'organisation convenable. Premièrement, le modèle doit préciser les activités qui peuvent donner lieu à des infractions. Deuxièmement, le modèle doit définir les procédures suivies par la personne morale pour prendre et appliquer les décisions relatives aux infractions à éviter. Il doit aussi établir des procédures de gestion des ressources financières afin d'éviter la commission d'infractions. Troisièmement, le modèle doit contraindre l'organe interne chargé de la supervision et de la mise en œuvre à fournir des informations à la personne

⁵⁹ Par exemple, les dispositions du Code de procédure pénale qui portent sur l'arrestation et les fouilles corporelles ne peuvent de toute évidence s'appliquer à des personnes morales.

morale. Enfin, le modèle doit comporter un régime disciplinaire en cas de non-respect des textes législatifs et réglementaires.

179. Malgré l'article 6(2), ce qui caractérise un modèle d'organisation convenable n'est pas clairement défini. L'article 6(2) ne propose que des critères très généraux. Il n'est pas d'un grand secours pour déterminer ce qu'est un modèle convenable dans un cas particulier et il pourrait donner lieu à une application générale de cet argument de défense. En revanche, les tribunaux peuvent aussi adopter un point de vue restrictif selon lequel, si une infraction survient malgré l'existence d'un modèle d'organisation, le modèle est alors à première vue inacceptable. Selon la position adoptée, les chances de succès de l'argument de défense peuvent varier considérablement.

180. Lorsqu'une personne morale conçoit un modèle d'organisation, elle peut s'inspirer de codes de conduite qui ont été rédigés par des associations d'entreprises et approuvés par le ministère de la Justice. D'après des représentants des autorités italiennes, une telle approbation ne constitue pas une preuve concluante du caractère satisfaisant du modèle aux fins de la défense. Les examinateurs principaux estiment cependant que cette déclaration donne à penser qu'il faut respecter d'autres conditions relevant de l'article 6 pour que cet argument de défense puisse s'appliquer (par exemple, l'absence d'omission ou d'insuffisances lors des activités de surveillance). En d'autres termes, les examinateurs principaux n'ont pas l'impression que les autorités italiennes aient forcément nié que l'approbation du ministère de la Justice veut dire que le modèle répond en soi aux critères prévus par l'article 6(2). En fait, une fois qu'une pratique suffisante en rapport avec ce Décret aura été acquise, on pourrait s'apercevoir que les critères de l'article 6(2) ne sont pas aussi exigeants que ceux du ministère de la Justice pour l'approbation d'un code déontologique dans des cas où la responsabilité n'entre pas en ligne de compte.

Commentaire

Comme le Décret 231/2001 ne définit pas avec précision l'argument de défense des modèles d'organisation, il reste à vérifier sur le terrain la facilité avec laquelle on parvient à invoquer un tel argument de défense. Compte tenu de l'absence de pratique concernant ce mode de défense, les examinateurs principaux recommandent un suivi des critères appliqués par l'Italie lors de la mise en œuvre de cet argument de défense.

c) L'infraction de falsification des comptes

(i) Champ d'application de l'infraction

Seuils de déclenchement des poursuites

181. Après l'examen de la Phase 1, l'Italie a procédé à une refonte de ses infractions de falsification des comptes en promulguant le Décret-loi 61 du 11 avril 2002. Aux termes de la nouvelle législation, la falsification des comptes est définie dans les articles 2621 et 2622 du Code civil italien comme un acte perpétré par :

...des administrateurs, des dirigeants, des vérificateurs des comptes et des liquidateurs qui, dans l'intention de tromper les actionnaires ou le public pour obtenir un avantage illicite à leur profit ou à celui de tiers, dans des états financiers, des rapports ou d'autres supports de communication d'une entreprise destinés aux actionnaires et au public conformément aux exigences de la loi, publient des faits importants qui sont faux (bien que soumis à une évaluation) ou omettent la communication d'informations qui constitue une obligation légale concernant la situation commerciale, comptable ou financière de l'entreprise ou du groupe dont elle relève, de façon à tromper les destinataires sur la dite situation...
[Soulignement ajouté]

Aucune définition n'est donnée pour ce qui correspond à un « fait important ». L'Italie n'a pas fourni de cas de jurisprudence sur ce point.

182. Le Code civil contient des infractions distinctes sur la falsification des comptes (article 2621(1)), la falsification préjudiciable aux actionnaires ou aux créanciers (article 2622(1)) et la falsification des comptes d'une société cotée (article 2622(3)). Chaque infraction est passible d'une sanction différente.

183. En outre, le Code civil prévoit l'immunité vis-à-vis de poursuites pour toutes les infractions de falsification des comptes lorsque l'ampleur de la falsification ne dépasse pas certains seuils. On n'engage pas de poursuites si :

- a) les informations fausses ou l'omission n'entraînent pas une distorsion sensible, du point de vue de la situation commerciale, comptable ou financière de la société ou du groupe dont elle relève (articles 2621(3) et 2622(5)) ;
- b) les informations fausses ou l'omission n'entraînent pas une distorsion de plus de 5 pour cent du résultat d'exploitation avant impôt de l'exercice (articles 2621(3) et 2622(5)) ;
- c) les informations fausses ou l'omission entraînent une distorsion du montant de l'actif net ne dépassant pas 1 pour cent (articles 2621(3) et 2622(5)) ; ou
- d) l'infraction est une conséquence de l'estimation de chiffres qui, pris individuellement, ne s'écartent pas de plus de 10 pour cent du chiffre correct (articles 2621(3) et 2622(6)).

184. En raison des seuils prévus pour les poursuites et de la condition de falsification importante dans la définition de l'infraction, les agissements décrits dans l'article 8(1) de la Convention peuvent dans de nombreux cas rester impunis⁶⁰. Compte tenu de la taille de bien des entreprises italiennes, ces seuils risquent d'être extrêmement élevés en termes absolus. Par exemple, d'après les états financiers publiés, la valeur totale des actifs, déduction faite des éléments de passif, d'un constructeur automobile à la fin de 2003 dépassait 5 milliards EUR. Par conséquent, une société de cette taille aurait pu impunément conserver dans des comptes hors livres 50 millions EUR à des fins de corruption. Une récente décision de la Cour de Cassation confirme ce point de vue⁶¹. Une telle situation serait contraire à l'article 8(1) de la Convention, qui interdit l'établissement de comptes hors livres dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption⁶².

⁶⁰ Aux termes de l'article 8(1) de la Convention, les Parties sont tenues de :

... interdire aux entreprises soumises à ces lois et règlements l'établissement de comptes hors livres, les opérations hors livres ou insuffisamment identifiées, l'enregistrement de dépenses inexistantes, l'enregistrement d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié, ainsi que l'utilisation de faux documents, dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption.

⁶¹ In Cass., SS.UU. Penali, sentenza 16-06-2003, n° 25887, la Cour a confirmé que le champ d'application de l'article 2621 du Code civil s'était considérablement réduit. Par exemple, la disposition ne couvre plus les informations fausses ou l'omission qui n'entraînent pas une nette distorsion de la situation financière d'une entreprise.

⁶² Le problème de savoir si ces dispositions du Code civil sont contradictoires avec la Convention a été récemment soulevé devant la Cour constitutionnelle. Cependant, la Cour a clos le dossier pour d'autres motifs et n'a pas traité cet aspect.

185. Lors de la mission sur place, les participants italiens étaient divisés sur la question de savoir si ces seuils limitent l'efficacité de la législation. Certains représentants du ministère de la Justice pensent que les seuils n'ont pas de répercussions sur la détection d'un acte de corruption car la détermination d'un dépassement ou non des seuils se produit à la fin de l'enquête, stade auquel tout acte de corruption aurait été dévoilé. En revanche, un juge a estimé que les seuils constituaient un trait négatif de la législation. Comme en a convenu un représentant de la Direction du Trésor, il existe sans doute un certain risque que les seuils laissent impunis certains actes de falsification des comptes.

186. On constate que le gouvernement italien partage ces inquiétudes dans sa décision de modifier une fois de plus les infractions de falsification des comptes dans le Code civil⁶³. D'après un projet de modification proposé, les infractions actuelles de falsification des comptes seraient remplacées par une infraction unique s'appliquant de la même manière aux sociétés cotées et non cotées. La nouvelle infraction ne prévoira pas de seuils pour les poursuites. Les conditions de falsification importante et de distorsion nette seraient supprimées. Cette nouvelle infraction, si elle est mise en œuvre, apaisera considérablement les craintes des examinateurs principaux concernant les infractions actuelles. Le projet de loi a été déposé devant le Parlement italien en octobre 2004.

187. Les examinateurs principaux soulignent cependant que les modifications proposées exigent que la falsification des comptes porte sur « la situation économique ou financière de l'entreprise ». Une telle condition ne s'appliquerait pas nécessairement aux cas d'omissions ou falsifications dans les livres, les documents, les comptes et les états financiers d'entreprises dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption, comme le veut l'article 8(1) de la Convention. L'Italie n'a pas fait de commentaire sur ce point pendant la mission.

Distinction entre les sociétés cotées et non cotées et préjudices portés aux actionnaires ou créanciers

188. Un autre défaut potentiel des infractions de falsification des comptes réside dans le traitement différent des sociétés cotées et non cotées. La falsification des comptes concernant les sociétés non cotées ne peut pas donner lieu à des poursuites *ex officio* et elle n'est passible de sanctions que si un contrevenant a l'intention de tromper des actionnaires ou le public⁶⁴. Cela soulève deux problèmes. Tout d'abord, l'intention de tromper le public est absente puisque les entreprises ne sont pas cotées. Ensuite, dans le cas de sociétés non cotées à capital fermé, où un petit groupe d'actionnaires en relations étroites (ou un seul actionnaire) participe activement à la conduite des affaires, les actionnaires peuvent être eux-mêmes conscients de, ou impliqués dans, l'opération de corruption et par conséquent ne pas avoir l'intention de se tromper eux-mêmes. Par conséquent, aucune infraction ne survient en pareilles circonstances.

189. Il convient de remarquer que la modification proposée pour les infractions de falsification des comptes conserve la condition que le contrevenant doit avoir l'intention de tromper les actionnaires ou le public.

190. En outre, différentes sanctions s'appliquent selon qu'une infraction de falsification des comptes a lieu en relation avec des sociétés cotées ou non cotées et selon que l'infraction fait du tort aux actionnaires ou aux créanciers.

Il importe de souligner que des sanctions peuvent s'appliquer à des cas qui n'atteignent pas ces seuils, par exemple des sanctions civiles pour avoir entraîné la nullité du bilan, des sanctions pénales quand le droit fiscal a été enfreint et des sanctions pénales en cas de fraude.

⁶³ Les modifications projetées figurent dans le projet de Décret sur la Protection de l'épargne.

⁶⁴ Un responsable du ministère des Finances a déclaré que le « public » comprend « toutes les personnes intéressées y compris les vérificateurs des comptes ».

Infraction	Sanction contre une personne physique	Sanction contre une personne morale
La falsification des comptes ne fait pas de tort aux actionnaires ou aux créanciers	Jusqu'à 18 mois	26 000 EUR – 234 000 EUR
La falsification des comptes fait du tort aux actionnaires ou aux créanciers d'entreprises non cotées	6 mois à 3 ans	39 000 EUR – 468 000 EUR
La falsification des comptes fait du tort aux actionnaires ou aux créanciers d'entreprises cotées	1 à 4 ans	52 000 EUR – 624 000 EUR

191. Un juge lors de la mission sur place s'est inquiété de la distinction entre les sanctions pour la falsification de comptes en rapport avec les sociétés non cotées et celles concernant les sociétés cotées, étant donné que les sociétés non cotées « peuvent représenter un certain nombre d'intérêt » en Italie. Les examinateurs principaux constatent que les modifications proposées pour les infractions de falsification des comptes ne conservent pas cette distinction⁶⁵.

192. L'Italie semble reconnaître que des sanctions plus sévères sont peut-être nécessaires pour les infractions comptables. D'après la révision proposée pour les infractions comptables, la sanction pénale maximale concernant la falsification des comptes sera augmentée à cinq ans de prison. Toutefois, les sanctions sous forme d'amendes pour les personnes physiques qui s'appliquaient aux termes du Code civil avant la modification en cours ne seront pas rétablies.

Commentaire

Les examinateurs principaux insistent sur la nécessité d'une modification rapide des dispositions relatives à la falsification des comptes dans le Code civil pour assurer une conformité totale avec l'article 8 de la Convention. En particulier, il est recommandé à l'Italie de veiller à ce que la législation prévoit des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour tous les cas de falsification des comptes indépendamment (a) des seuils monétaires, (b) du fait que l'infraction est commise en rapport avec des sociétés cotées ou non cotées et (c) du préjudice causé ou non par l'infraction aux actionnaires ou aux créanciers.

(ii) Falsification de la vérification des comptes

193. Les infractions actuelles de falsification des comptes s'appliquent aux « administrateurs, directeurs, vérificateurs des comptes et liquidateurs ». Il existe aussi une infraction distincte (dans l'article 2624) pour les personnes chargées de la vérification des comptes qui attestent de fausses informations ou dissimulent des informations concernant la situation commerciale, comptable ou financière d'une entreprise.

194. D'après les modifications proposées, les nouvelles infractions de falsification des comptes ne s'appliqueront plus aux vérificateurs des comptes. L'infraction distincte prévue par l'article 2624 sera aussi supprimée. Elles seront remplacées par une nouvelle infraction qui figure dans le Décret législatif 58 du 24 février 1998 qui interdit à un vérificateur des comptes de certifier des informations fausses ou d'obscurcir des informations concernant la situation économique ou financière d'une entreprise. L'infraction est passible d'une peine de prison de un à cinq ans.

⁶⁵ Des sanctions supplémentaires peuvent s'appliquer (voir Annexe 2).

(iii) *Caractère suffisant des sanctions*

4. Sanctions pour la corruption d'agents publics étrangers

a) Sanctions à l'encontre de personnes physiques

(i) *Sanctions pénales et administratives*

195. Comme on l'a indiqué précédemment, l'infraction de corruption transnationale en droit italien constitue à bien des égards le miroir de l'infraction nationale. Cela se traduit notamment dans l'éventail des sanctions applicables : en tant qu'infraction à l'encontre de l'administration, on ne peut imposer que des peines de prison, et non des amendes, à des personnes physiques (alors que des amendes peuvent être appliquées pour des infractions économiques et financières comme le blanchiment de capitaux et la falsification de documents comptables). Les autorités italiennes ont indiqué, dans leurs réponses aux questionnaires de la Phase 2 ainsi que lors de la mission sur place, qu'elles n'avaient pas l'intention, à ce jour, d'introduire des sanctions pécuniaires pour l'infraction prévue aux termes de l'article 322bis.

196. En conséquence, les peines applicables sont identiques pour les infractions de corruption nationale ou transnationale, avec un emprisonnement de 6 mois à 3 ans pour les pots-de-vin offerts, promis ou octroyés à un agent public pour obtenir l'exécution d'actes relevant de la mission de l'agent public⁶⁶, et de 2 à 5 ans lorsque le pot-de-vin est offert, promis ou octroyé à un agent public pour obtenir qu'il omette ou retarde un acte relevant de sa mission ou qu'il exécute un acte contrevenant à ses obligations officielles⁶⁷, les peines étant majorées lorsque l'infraction est commise en faveur ou à l'encontre d'une partie à une procédure civile, pénale ou administrative, ou lorsque l'infraction aboutit à la condamnation à tort d'une autre personne⁶⁸. Bien qu'à ce jour, il n'existe aucune jurisprudence en matière d'infractions de corruption transnationale, les autorités italiennes ont indiqué dans leurs réponses au questionnaire de la Phase 2 que de nombreuses condamnations définitives ont été prononcées pour l'infraction de corruption d'agents publics nationaux et que les sanctions ont été sévères.

197. En ce qui concerne l'application de circonstances aggravantes ou atténuantes, comme l'indique le Rapport de la Phase 1, les magistrats ont toute latitude pour déterminer la sanction, qui doit être expliquée dans la décision transmise. Les critères à appliquer par le juge sont énumérés dans les articles 64 à 69 du Code pénal en ce qui concerne les circonstances aggravantes ou atténuantes, ainsi que dans les articles 132 et 133-bis pour ce qui est de la gravité objective de l'infraction et des conditions subjectives du contrevenant à prendre en compte.

(ii) *Confiscation*

198. L'article 322ter(1) du Code pénal prévoit la confiscation obligatoire du « prix ou du produit » dans le cas d'actes de corruption passive commis par des agents publics de l'Union européenne. Cela étant, l'article 322ter(2) ne prévoit que la confiscation obligatoire du « produit » lorsque des faits de corruption active d'un agent public étranger sont commis. Des représentants du ministère de la Justice ont cependant expliqué que l'application de l'article 240 du Code pénal, qui prévoit la faculté de confisquer le pot-de-vin, n'est pas exclue par l'article 322ter(2), de sorte que les tribunaux pourraient y recourir pour décider de la confiscation du « prix » du pot-de-vin.

⁶⁶ Articles 318(1), 321 et 322(1) du Code pénal.

⁶⁷ Articles 319, 321 et 322(2) du Code pénal.

⁶⁸ Article 319ter du Code pénal.

199. Dans leurs réponses au questionnaire de la Phase 2, les autorités italiennes ont indiqué qu'il y avait eu un cas de corruption nationale dans lequel le pot-de-vin (« prix ») a été confisqué (Tribunal de Milan, 8 juillet 1998), et qu'il n'y avait eu aucune affaire dans laquelle la confiscation du produit de la corruption avait été ordonnée. À cet égard, des représentants du ministère de la Justice, des autorités chargées des poursuites et de la *Guardia di Finanza* ont précisé que la notion de « produit du crime » est un concept donnant lieu à une large interprétation. Bien que cela soit indéniable et que le problème se pose aussi de façon récurrente pour d'autres pays parties à la Convention, au vu de l'absence de dispositions du droit italien relatives à l'application de sanctions sous forme d'amendes aux personnes physiques en cas de corruption transnationale, l'absence d'exemples concrets de confiscation du produit d'actes de corruption est particulièrement préoccupante.

(iii) *Principes et pratiques du patteggiamento*

200. Aux termes de la procédure du *patteggiamento*, analogue au « plaider coupable » (procédure de négociation des peines), le parquet et la défense peuvent conjointement demander au juge d'imposer une sanction spécifique (*patteggiamento applicazione di pensa su richesta*) dont sont convenues les deux parties, dès lors que la peine envisagée pour l'infraction jugée ne dépasse pas cinq ans de prison, même lorsqu'elle est ramenée à un tiers de la durée prévue. Le juge a la faculté d'accepter ou de rejeter ce type de procédure. Les avantages pour le prévenu comprennent la réduction d'un tiers de la peine prononcée par le juge, l'extinction de l'infraction si le prévenu ne commet pas d'autre infraction du même type dans les cinq ans suivant la condamnation, l'absence de sanctions supplémentaires imposées au prévenu et l'exonération des dépens. Bien que la procédure de négociation des peines s'applique à l'infraction de corruption, les autorités italiennes ont indiqué qu'elles ne connaissaient pas de cas dans lesquels la procédure du *patteggiamento* ait été utilisée en relation avec la corruption d'agents publics (pour une affaire dans laquelle cette procédure a été appliquée à une personne morale en matière de corruption, voir partie B.3.b(iv)).

201. La Loi sur l'extension de la négociation des peines (Loi n°134 du 12 juin 2003) qui, entre autres, modifie l'article 444.1 et l'article 445 du Code de procédure pénale sur le *patteggiamento*, a modifié la loi relative à la négociation des peines. En conséquence, le seuil prévu pour son application a été porté d'une peine envisagée ne dépassant pas cinq ans de prison, à une peine envisagée ne dépassant pas deux ans d'emprisonnement. En outre, le *patteggiamento* peut désormais uniquement être sollicité par le prévenu, permettant la suspension du procès pour une durée « de pas moins de quarante-cinq jours de façon à pouvoir évaluer le bien fondé » de la demande, période au cours de laquelle le délai de prescription sera suspendu.

Commentaire

Compte tenu de l'absence de sanctions financières applicables à l'infraction de corruption transnationale, les examinateurs principaux recommandent au Groupe de travail de procéder au suivi du niveau des sanctions et de l'application des mesures de confiscation, ainsi que du recours au patteggiamento une fois acquise une expérience suffisante, afin de s'assurer que les sanctions prononcées par les tribunaux sont suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives. À cet égard, ils invitent les autorités italiennes à compiler les informations statistiques correspondantes concernant les sanctions imposées par les tribunaux.

b) *Sanctions à l'encontre des personnes morales*

202. Le Décret 231/2001, qui impose la responsabilité administrative aux personnes morales, prévoit une panoplie de sanctions, notamment des amendes, des interdictions, des mesures de confiscation et la publication des condamnations (article 9(1)).

(i) *Amendes*

203. Le montant de l'amende qui peut être imposée à une société pour des faits de corruption transnationale dépend de la nature et de la gravité de l'infraction (article 25). La corruption et l'*istigazione alla corruzione* concernant des actes officiels sont passibles d'une amende maximale de 312 000 EUR. La corruption et l'*istigazione alla corruzione* pour des actes contraires aux devoirs de l'agent public et la corruption aggravée lorsque l'infraction a été commise en faveur ou à l'encontre d'une partie à des procédures juridiques sont passibles d'une amende de 52 000 à 936 000 EUR. La corruption aggravée qui aboutit à une condamnation à tort ou qui implique l'attribution de fonctions publiques, de traitements, de pensions ou de contrats avec l'État est passible d'une amende de 78 000 à 1.248 million EUR.

204. L'amende imposée dans une affaire donnée peut être réduite en raison de la présence de certains facteurs atténuants. Premièrement, une amende est réduite de moitié sans pouvoir être en tout état de cause inférieure à 104 000 EUR si le contrevenant a commis l'infraction principalement dans son intérêt ou dans celui d'un tiers et si la société n'a tiré aucun avantage, ou peu, de l'infraction (article 12(1)). Deuxièmement, une amende est réduite dans des proportions allant d'un tiers à la moitié si, avant que ne commence un procès contre une société, cette dernière indemnise les éventuelles victimes, prend des mesures efficaces pour remédier aux conséquences de l'infraction et met en œuvre un modèle organisationnel approprié pour empêcher que de telles infractions se reproduisent à l'avenir (article 12(2)). Troisièmement, si les deux premières conditions sont satisfaites, une amende est réduite dans des proportions allant de la moitié aux deux tiers (article 12(3)). Une amende peut aussi être réduite d'un tiers en cas de négociation des peines. Toutefois, indépendamment de ces facteurs atténuants, une amende ne peut pas être réduite à moins de 10 400 EUR (article 12(4)).

(ii) *Sanctions d'interdiction*

205. En dehors d'une amende, une société peut être soumise à des sanctions d'interdiction. Les représentants italiens ont déclaré que de telles sanctions peuvent s'appliquer à toutes les formes de corruption transnationale, à l'exception de la corruption et de l'*istigazione alla corruzione* concernant des actes officiels. La durée de l'interdiction est d'au moins un an (article 25(5)). La panoplie des mesures applicables comprend : la suspension ou la révocation d'agréments, de licences ou de concessions ayant servi à la commission de l'infraction, l'interdiction de contracter avec l'administration publique, hormis pour obtenir la prestation d'un service public, le refus de facilitations, de financement, de contributions et de subventions, y compris lorsqu'elles ont déjà été accordées, enfin l'interdiction de faire de la publicité (articles 9 et 14). Si un tribunal estime qu'aucune de ces sanctions ne convient, il peut interdire à la société d'exercer ses activités commerciales.

206. Nonobstant les affirmations contraires des représentants italiens, les examinateurs principaux soulignent la nécessité de faire en sorte que les sanctions d'interdiction puissent s'appliquer en cas de corruption transnationale. L'article 13 prescrit que les sanctions d'interdiction « s'appliquent en lien avec des infractions explicitement prévues ». Comme l'article 25(5) prescrit que les sanctions d'interdiction s'appliquent aux infractions de corruption nationale, alors qu'il n'y a pas de référence à l'infraction prévue aux termes de l'article 322bis, on ne sait pas si ces sanctions s'appliquent à l'infraction de corruption transnationale. En outre, les examinateurs principaux ont été informés que dans l'affaire Enelpower, aux termes du Décret 231/2001, Siemens AG s'est vue interdire de conclure des contrats avec l'administration publique pour une durée d'un an à titre de sanction pour corruption d'un agent public italien. Toutefois, comme Siemens AG a été sanctionné pour corruption nationale, des sanctions d'interdiction peuvent être appliquées aux termes de l'article 25(5) du Décret.

207. Un tribunal peut aussi envisager la présence de facteurs atténuants avant d'imposer une sanction d'interdiction. De telles sanctions ne seront pas imposées si, avant le début du procès, la société applique

un modèle organisationnel convenable pour prévenir la répétition d'infractions analogues, indemnise intégralement l'ensemble des victimes, prend des mesures efficaces pour éliminer les éventuelles conséquences de l'infraction et restitue tout bénéfice tiré de l'infraction aux fins d'une procédure de confiscation (article 17).

(iii) *Confiscation*

208. En cas de condamnation, un tribunal doit confisquer à une personne morale le « bénéfice et le prix de l'infraction » (article 19(1)). Dans le contexte de la corruption transnationale, cette disposition impose au tribunal de confisquer à la fois le pot-de-vin et le produit de la corruption. S'il n'est pas possible de confisquer le bien, « il est possible de confisquer des sommes d'argent, des biens ou d'autres actifs d'une valeur équivalente au prix ou au bénéfice de l'infraction » (article 19(2)). Même lorsqu'une société parvient à faire valoir l'argument de défense des modèles organisationnels, un tribunal doit confisquer les éventuels bénéfices accumulés par la société par suite de l'infraction (article 6(5)).

(iv) *Les sanctions sont-elles suffisantes ?*

209. A priori, les sanctions prévues aux termes du Décret, s'agissant des personnes morales, risquent de ne pas être suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives. L'amende maximale pouvant être imposée pour corruption sans circonstances aggravantes n'est que de 936 000 EUR, ce qui n'est sans doute pas assez élevé compte tenu de la taille des sociétés italiennes. Divers facteurs d'atténuation évoqués précédemment peuvent réduire sensiblement l'amende de base et par là même son impact. La capacité de confisquer le produit d'activités criminelles réduit, sans pour autant éliminer, ce problème.

210. Les sanctions d'interdiction devraient en outre contribuer à alléger ces préoccupations si elles s'appliquaient à la corruption transnationale. De fait, la majorité des représentants du secteur privé lors de la mission sur place ont affirmé qu'interdire de mener des activités commerciales, au risque d'exclure une société du marché, constitue un très puissant élément de dissuasion. De même, le représentant d'une société qui tire l'essentiel de ses activités du secteur public a indiqué qu'une interdiction de contracter avec l'administration publique aurait des effets dévastateurs sur sa société. Les examinateurs principaux ont été également réconfortés de constater que, dans l'affaire Enelpower, Siemens AG s'est vu interdire de contracter avec l'administration publique italienne pour une durée d'un an à titre de mesure de précaution.

211. Les sanctions d'interdiction ont certes un effet dissuasif, mais elles n'éliminent pas les craintes relatives au niveau global des sanctions aux termes du Décret. Les sanctions d'interdiction ne sont pas toujours applicables, comme dans le cas d'une infraction de corruption liée à des actes officiels ou lorsqu'une société procède à des mesures d'atténuation (par des restitutions, par l'élaboration d'un modèle organisationnel avant un procès ou en restituant des bénéfices aux fins d'une procédure de confiscation). Une interdiction d'exercer des activités constitue aussi un recours en dernier ressort qu'un tribunal n'imposera que si d'autres mesures d'interdiction ne sont pas adaptées. Il restera à voir quelle est la propension des tribunaux à imposer de telles interdictions.

212. L'affaire portée devant le tribunal de Pordenone illustre l'insuffisance potentielle des sanctions. En prononçant la condamnation, le tribunal a considéré que la société avait intégralement indemnisé l'administration publique pour l'infraction et qu'elle avait adopté un modèle organisationnel adapté pour prévenir des infractions futures. Ces deux facteurs ont abouti à réduire l'amende dans des proportions allant de la moitié aux deux tiers, et ont empêché l'application de sanctions d'interdiction. L'amende a été encore réduite d'un tiers en raison du recours à la négociation des peines. Le tribunal a aussi noté la situation financière de la société et le fait que la société avait démis de ses fonctions le contrevenant principal. En fin de compte, le tribunal a imposé une amende de 11 556 EUR seulement, ce qui ne va pas au-delà du coût d'exercice de l'activité commerciale.

Commentaire

En l'absence de jurisprudence suffisante, il est difficile d'apprécier si, dans la pratique, les sanctions prévues par le Décret sont efficaces, dissuasives et proportionnées. Les examinateurs principaux recommandent donc de procéder au suivi de l'application des sanctions à des personnes morales, notamment d'amendes, de sanctions d'interdiction et de mesures de confiscation, une fois une pratique suffisante établie en la matière. Les examinateurs principaux recommandent aussi à l'Italie de compiler des informations statistiques sur les sanctions imposées aux termes du Décret et d'envisager un amendement à la législation correspondante afin de préciser clairement que les sanctions d'interdiction s'appliquent tout autant à la corruption nationale et transnationale.

C. RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL ET SUIVI

213. Le Groupe de travail salue les travaux considérables effectués par l'Italie pour préparer et accueillir la mission sur place et ses efforts pour fournir des informations tout au long du processus d'examen. Néanmoins, le Groupe de travail regrette que l'Italie n'ait pas répondu favorablement à la demande des examinateurs principaux de se rendre à Milan pour une journée d'entretiens avec des représentants des autorités de cette ville chargées d'appliquer la loi qui possèdent une expérience de première main des affaires de corruption nationale et transnationale, ainsi qu'avec des représentants des secteurs financier et industriel importants de cette ville.

214. Sur la base des observations relatives à l'application par l'Italie de la Convention et de la Recommandation révisée, le Groupe de travail (i) formule des recommandations à l'intention de l'Italie au titre de la partie 1, et (ii) procèdera au suivi des problèmes traités dans la partie 2 lorsque suffisamment d'affaires de corruption transnationale auront été traitées en Italie.

1. Recommandations

Recommandations en vue d'assurer une prévention et une détection efficaces des faits de corruption transnationale

215. En ce qui concerne les efforts de sensibilisation à la Convention et à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers aux termes de l'article 322bis du Code pénal italien, le Groupe de travail recommande à l'Italie :

- (a) de prévoir une formation supplémentaire de la police, des procureurs et des magistrats à l'infraction de corruption transnationale et de multiplier ses efforts de sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale et à la Convention auprès de tous les organismes publics intervenant dans la mise en œuvre de l'infraction, notamment ceux en relation avec des sociétés italiennes opérant à l'étranger (Recommandation révisée, Paragraphe I) ;
- (b) de rappeler à tous les agents publics leur obligation, au titre de l'article 331 du Code de procédure pénale, de déclarer aux autorités chargées d'appliquer la loi leurs soupçons d'infractions de corruption transnationale détectées dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que les sanctions en cas de manquement à leur obligation de déclarer. (Recommandation révisée, Paragraphe I) ;
- (c) de poursuivre les actuelles opérations volontaristes de sensibilisation menées par des institutions comme le ministère des Affaires étrangères à travers ses missions diplomatiques à l'étranger et de poursuivre ses initiatives de sensibilisation du secteur privé, notamment à l'attention des PME (Recommandation révisée, Paragraphe I).

216. En ce qui concerne la protection des salariés qui dénoncent des faits de corruption, le Groupe de travail recommande à l'Italie d'envisager l'adoption de mesures plus vigoureuses pour protéger les salariés qui déclarent des faits suspects, notamment de corruption, en vue de les encourager à déclarer de tels faits sans crainte de représailles (Convention, Article 5 ; Recommandation révisée, Paragraphe I).

217. En ce qui concerne la prévention et la détection de la corruption transnationale au moyen de normes comptables, le Groupe de travail appelle l'Italie à procéder d'urgence à des modifications rapides des dispositions sur la falsification des comptes figurant dans le Code civil, en vue de se conformer pleinement à l'article 8 de la Convention. Plus précisément, il est recommandé à l'Italie de s'assurer que sa législation prévoit des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour tous les cas de falsification comptable indépendamment (a) des seuils monétaires, (b) du fait que l'infraction est commise en relation avec des sociétés cotées ou non cotées, et (c) des éventuels dommages causés par l'infraction à des actionnaires ou créanciers (Convention, Article 8).

218. En ce qui concerne le rôle de la vérification externe indépendante dans la détection de faits de corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à l'Italie d'envisager un élargissement des catégories de sociétés soumises à des vérifications externes indépendantes de façon à inclure certaines sociétés non cotées affichant un chiffre d'affaires élevé et de s'assurer que « les faits censés être réprimés » aux termes de l'article 155 (2) du Décret 58/1998, qui doivent être déclarés par les vérificateurs externes à la CONSOB (autorité de tutelle des marchés italiens de valeurs mobilières) et au conseil d'administration d'une société, couvrent la corruption transnationale (Recommandation révisée, Paragraphe V.B. (i), (iii) et (iv)).

219. En ce qui concerne la prévention et la détection de la corruption transnationale par le biais de mesures anti-blanchiment, le Groupe de travail appelle à adopter d'urgence le projet de loi attribuant la qualification pénale au blanchiment de capitaux par la personne ayant commis l'infraction principale et établissant la responsabilité pénale des personnes morales au titre du blanchiment de capitaux (Convention, Article 7 ; Recommandation révisée, Paragraphes II.i et III).

220. En ce qui concerne les autres mesures de prévention et de détection de la corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à l'Italie d'accorder une attention particulière aux informations résultant des mesures d'amnistie fiscale de façon à prévenir l'utilisation abusive de ces mesures à des fins de dissimulation de pots-de-vin (Recommandation révisée, Paragraphe IV).

Recommandations en vue d'assurer des poursuites et des sanctions efficaces pour des infractions de corruption transnationale

221. En ce qui concerne les poursuites et les sanctions pour des faits de corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à l'Italie les initiatives suivantes :

- (a) modifier sa législation de façon à exclure l'argument de défense de la *concussione* pour ce qui concerne l'infraction de corruption transnationale (Convention, Article 1 et Commentaire 1) ;
- (b) prendre les mesures nécessaires pour allonger la durée du délai de prescription « ultime » (à savoir la période d'achèvement des poursuites, appels compris) au titre de l'infraction de corruption transnationale (Convention, Article 6)⁶⁹ ;
- (c) encourager ses agents du ministère de la Justice spécialisés dans l'entraide judiciaire à travailler plus étroitement avec les autorités chargées d'appliquer la loi pour la préparation des demandes

⁶⁹ Le Groupe de travail note qu'il s'agit d'une question générale qui se pose à de nombreuses parties.

d'entraide et organiser des réunions pour faciliter l'échange d'expériences et de préoccupations entre les agents qui interviennent dans l'entraide judiciaire (Recommandation révisée, Paragraphes II.vii et VII).

2. Suivi par le Groupe de travail

222. Le Groupe de travail devra procéder au suivi des questions suivantes, une fois que l'on aura acquis suffisamment d'expérience pratique en Italie :

- (a) L'efficacité du code de conduite de la SACE (organisme italien de crédit à l'exportation) quant à la prévention de la corruption transnationale (Recommandation révisée, Paragraphe I) ;
- (b) L'application de l'infraction d'*istigazione alla corruzione* et de tentative d'infraction de corruption transnationale, en particulier afin de vérifier si cette application se fait indépendamment, entre autres, de la valeur de l'avantage et de ses résultats (Convention, Article 1 ; Commentaire 7) ;
- (c) En ce qui concerne les poursuites de faits de corruption transnationale :
 - (i) si les conflits de compétence entre les procureurs italiens aboutissent à des retards et à un gaspillage de ressources, réduisant ainsi l'efficacité des enquêtes sur des faits de corruption transnationale (Recommandation révisée, Paragraphe I) ;
 - (ii) la capacité de l'Italie à fournir et obtenir une entraide judiciaire dans le cadre des enquêtes sur des faits de corruption transnationale impliquant des personnes morales (Recommandation révisée, Paragraphes II.vii et VII) ;
 - (iii) l'utilisation des pouvoirs du ministère de la Justice pour décider s'il convient de faire valoir la compétence en fonction de la nationalité pour engager des poursuites à l'encontre d'une personne physique (Convention, Articles 4 et 5).
- (d) En ce qui concerne la responsabilité des personnes morales :
 - (i) si l'Italie peut poursuivre efficacement les personnes morales dans les cas suivants : 1. en l'absence de procédure contre des personnes physiques ; 2. lorsque la personne morale est une entreprise appartenant à, ou contrôlée par, l'État ; 3. lorsqu'une personne morale étrangère corrompt un agent public non italien en Italie ; et 4. lorsqu'une personne morale italienne fait appel à un ressortissant non italien pour corrompre un agent public étranger à l'extérieur de l'Italie⁷⁰ (Convention, Article 2) ;
 - (ii) l'application de l'argument de défense des modèles d'organisation (à savoir l'adoption d'un modèle d'organisation et de gestion, notamment les procédures internes de contrôle et de respect des règles, afin de prévenir les infractions du type de celles qui se sont déjà produites) (Convention, Article 2) ;
- (e) En ce qui concerne les sanctions, le niveau des sanctions appliquées aux personnes physiques et morales, notamment le niveau des amendes, l'application des mesures de confiscation, les sanctions d'interdiction, la suspension des peines et le recours au *patteggiamento* sur la base des informations fournies par l'Italie (Convention, Article 3) ;

⁷⁰ Le Groupe de travail note qu'il s'agit d'une question générale qui se pose à de nombreuses parties.

- (f) En ce qui concerne les prérogatives de la Cour des comptes (*Corte dei Conti*) en matière de contrôle des organismes publics, l'application aux entités publiques ou sous administration publique (1) intervenant dans des transactions internationales, (2) intervenant dans des opportunités de marchés avec des sociétés italiennes dans le cadre de marchés publics ou de l'aide au développement, et (3) qui ne sont pas soumises à des obligations d'audit externe (Recommandation révisée, Paragraphe V.B.(i)).

ANNEXE 1
EXTRAITS DE LA LÉGISLATION PERTINENTE

CODE PÉNAL

Article 322bis – Détournement de biens, extorsion sous couleur d'autorité, corruption et incitation à la corruption des membres des institutions des Communautés européennes et des agents publics des Communautés européennes et d'États étrangers

Les dispositions des articles 314, 316, de 317 à 320 et 322, troisième et quatrième paragraphes, s'appliqueront aussi aux personnes suivantes :

- 1) les membres de la Commission des Communautés européennes, du Parlement européen, de la Cour de justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes ;
- 2) les fonctionnaires et les sous-traitants au sens du Règlement du personnel destiné aux fonctionnaires des Communautés européennes ou des conditions d'emploi des fonctionnaires des Communautés européennes ;
- 3) toute personne dépêchée auprès des Communautés européennes par les États membres ou par une quelconque instance publique ou privée, qui exerce des fonctions équivalentes à celles exercées par les fonctionnaires des Communautés européennes ou autres agents ;
- 4) les membres et les employés d'instances créées sur la base de Traités fondateurs des Communautés européennes ;
- 5) ceux qui, au sein d'autres États membres de l'Union européenne, exercent des fonctions ou des activités équivalentes à celles exercées par les agents publics ou personnes chargées d'un service public.

Les dispositions des articles 321 et 322, premier et deuxième paragraphes, s'appliqueront également si des fonds ou d'autres avantages sont donnés, proposés ou promis :

- 1) à des personnes auxquelles il est fait référence dans le premier paragraphe du présent article ;
- 2) à des personnes exerçant des fonctions ou des activités équivalentes à celles exercées par des agents publics et des personnes chargées d'un service public au sein d'autres États étrangers ou organisations publiques internationales, lorsque l'infraction a été commise pour s'octroyer ou octroyer à d'autres un avantage indu dans le cadre de transactions commerciales internationales.

Les personnes précisées dans le premier paragraphe sont assimilées à des agents publics, lorsqu'elles exercent des fonctions équivalentes, et à des personnes chargées d'un service public dans tous les autres cas.

Article 322ter - Confiscation

Dans les cas de condamnation ou d'application de sanctions à la demande des parties conformément à l'article 444 du Code de procédure pénale, pour une quelconque infraction prévue par les articles 314 à 320, même si cette infraction a été commise par la personne à laquelle il est fait référence dans l'article 322-bis, premier paragraphe, la confiscation sera toujours ordonnée concernant les biens représentant le prix ou le produit en résultant, à moins qu'ils appartiennent à une personne qui n'a pas

commis l'infraction ; si ladite confiscation est impossible, la confiscation des biens dont dispose le contrevenant sera ordonnée pour une valeur correspondant à ce prix.

Dans les cas de conviction ou d'application de sanctions conformément à l'article 444 du Code de procédure pénale, pour l'infraction aux termes de l'article 321, même si l'infraction est commise selon ce que prévoit l'article 322-bis, deuxième paragraphe, la confiscation sera toujours ordonnée concernant les biens représentant le produit en résultant, à moins qu'ils appartiennent à une personne qui n'a pas commis l'infraction ; si ladite confiscation est impossible, la confiscation des biens dont dispose le contrevenant sera ordonnée pour une valeur correspondant audit produit qui ne sera, cependant, pas inférieure à celle des fonds et autres avantages octroyés ou promis à un agent public ou à une personne chargée d'un service public ou à d'autres personnes auxquelles il est fait référence dans l'article 322-bis, deuxième paragraphe.

Dans les cas prévus aux paragraphes 1 et 2, le juge, lors de la condamnation, déterminera également les sommes d'argent ou précisera les biens destinés à être confisqués, dans la mesure où il s'agit du prix ou du produit résultant de l'infraction, ou bien de la valeur correspondant à celle du prix ou du produit de l'infraction.

CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

Article 331 – Dénonciation par des agents publics et des personnes chargées d'un service public

1. À l'exception de ce qui est mentionné dans l'article 347, les agents publics et personnes chargées d'un service public qui, dans l'exercice ou en raison de leurs fonctions ou de leurs activités professionnelles prennent connaissance d'une infraction qui peut faire l'objet de poursuite ex officio, doivent effectuer une dénonciation écrite même si l'auteur de l'infraction n'a pas été identifié.
2. La dénonciation est présentée ou transmise sans retard au procureur public ou à un représentant de la police judiciaire.
[...]

DÉCRET-LOI N° 231 DU 8 JUIN 2001 – RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE DES PERSONNES MORALES

5. Responsabilité de la société

1. Une société est responsable des infractions commises dans son intérêt et à son profit :
 - a) par des personnes agissant à titre de représentant, d'administrateur ou de dirigeant de ladite société ou d'une entité organisationnelle de la société ayant une autonomie financière et fonctionnelle, et par des personnes exerçant des pouvoirs de gestion et de contrôle dans la société, y compris les personnes qui exercent de telles fonctions de facto.
 - b) par des personnes soumises à la gestion ou au contrôle d'une des parties mentionnées dans le paragraphe a) ci-dessus.
2. La société ne sera pas tenue responsable si les personnes mentionnées dans la sous-section 1 ont agi exclusivement dans leurs propres intérêts ou au profit de tiers.

6. Personnes occupant des fonctions à haute responsabilité et modèles d'organisation

1. Si l'infraction a été commise par des personnes mentionnées dans l'article 5, sous-section 1, paragraphe a), la société ne sera pas tenue responsable si elle peut prouver que :

- a) avant la commission de l'infraction, la direction a adopté et a mis en œuvre efficacement des modèles de gestion et d'organisation convenables pour prévenir des infractions comme celle qui s'est produite ;
- b) la tâche de superviser les modèles, de veiller à ce qu'ils soient respectés et de les mettre à jour a été confiée à une instance de la société habilitée à prendre des initiatives et à exercer un contrôle de façon autonome ;
- c) les personnes ont commis l'infraction en trouvant frauduleusement un moyen de contourner les modèles d'organisation et de gestion ;
- d) la supervision exercée par l'instance mentionnée au paragraphe b) n'a pas fait l'objet de négligence ou d'efforts insuffisants.

2. Concernant l'étendue des pouvoirs délégués et le risque de commission d'infractions, les modèles auxquels il est fait référence au paragraphe a), sous-section 1, doivent satisfaire aux conditions suivantes :

- a) ils doivent définir les activités dans le cadre desquelles des infractions sont susceptibles d'être commises ;
- b) ils doivent prévoir des procédures spécifiques pour planifier la prise et la mise en œuvre de décisions incombant à la société en rapport aux infractions qui doivent être évitées ;
- c) ils doivent définir des procédures satisfaisantes pour gérer les ressources financières afin de prévenir la commission d'infractions ;
- d) ils doivent imposer à l'instance chargée de veiller à l'exécution convenable des modèles et à leur respect de fournir des informations ;
- e) ils doivent introduire un système disciplinaire approprié pour sanctionner le non-respect des mesures exposées dans le modèle.

3. Pour garantir le respect des conditions présentées dans la sous-section 2, des modèles d'organisation et de gestion peuvent être adoptés sur la base de codes déontologiques rédigés par des associations d'entreprises et communiqués au ministère de la Justice. Le ministère de la Justice, en consultation avec d'autres ministères compétents, peut, dans les trente jours, faire des commentaires sur le caractère satisfaisant ou non des modèles destinés à prévenir la commission d'infractions.

4. Dans le cas de petites sociétés, les tâches définies dans le paragraphe b), sous-section 1, peuvent être exercées directement par la direction.

5. Néanmoins, tout avantage que la société a obtenu en conséquence de l'infraction sera confisqué, et peut aussi être confisqué sous une forme équivalente.

CODE CIVIL

Article 2621 – Communications d'informations fausses par la société

A l'exception de ce que prévoit l'article 2622, les administrateurs, les directeurs, les vérificateurs des comptes et les liquidateurs qui, dans l'intention de tromper les actionnaires ou le public pour obtenir un avantage illicite à leur profit ou à celui de tiers, dans des états financiers, des rapports ou d'autres supports de communication d'une entreprise à l'intention des actionnaires et du public conformément aux exigences de la loi, publient des faits importants qui sont faux (bien que soumis à une évaluation) ou omettent la communication d'informations qui constitue une obligation légale concernant la situation commerciale, comptable ou financière de l'entreprise ou du groupe dont ladite société relève, de façon à tromper les bénéficiaires sur ladite situation, seront passibles d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à dix-huit mois.

Cela s'applique aussi lorsque les informations concernent les actifs que possède ou qu'administre la société pour le compte de tiers.

Des poursuites seront exclues si les fausses informations ou omissions n'entraînent pas de distorsion importante dans la présentation de la situation commerciale, comptable ou financière de la société ou du groupe auquel elle appartient. Des poursuites seront dans tous les cas exclues si les fausses informations ou omissions n'entraînent pas une distorsion dans la présentation des résultats commerciaux de l'exercice, avant impôt, de plus de 5 pour cent ou une distorsion de l'encours de l'actif net de plus de 1 pour cent. Dans tous les cas, l'infraction ne peut faire l'objet de poursuites si elle découle d'estimations qui, prises séparément, ne diffèrent pas de plus de 10 pour cent du chiffre correct.

Article 2622 – Communications d'informations fausses ayant des conséquences préjudiciables pour les actionnaires ou les créanciers

Les administrateurs, les directeurs, les vérificateurs des comptes et les liquidateurs qui, dans l'intention de tromper les actionnaires ou le public pour obtenir un avantage illicite à leur profit ou à celui de tiers, dans des états financiers, des rapports ou d'autres supports de communication d'une entreprise à l'intention des actionnaires et du public conformément aux exigences de la loi, en publiant des faits importants qui sont faux (bien que soumis à une évaluation) ou en omettant la communication d'informations qui constitue une obligation légale concernant les opérations commerciales, les éléments de passif ou d'actif, ou la situation financière de l'entreprise ou du groupe dont relève ladite société, de façon à tromper les bénéficiaires sur ladite situation, entraînent des préjudices pour les actifs des actionnaires ou des créanciers, seront passibles, après des poursuites au civil par la partie lésée, d'une peine de prison de six mois à trois ans.

Un recours privé sera entrepris même si une autre infraction est aussi concernée, même si elle est aggravée, et que cette infraction est préjudiciable aux actifs de personnes qui ne sont pas des actionnaires et des créanciers, sauf si elle a été commise à l'encontre des intérêts de l'État, d'autres organismes publics ou des Communautés européennes.

Dans le cas de sociétés soumises aux dispositions de la Partie IV, du Chapitre III, Section II, du Décret-loi n°58 du 24 février 1998, la sanction pour les infractions prévues dans la sous-section 1 sera de un à quatre ans et l'infraction fera automatiquement l'objet de poursuites.

Les poursuites pour les infractions prévues dans les sous-sections un et trois seront aussi étendues aux cas dans lesquels les informations portent sur des actifs que détient ou qu'administre la société pour le compte de tiers.

Les poursuites pour les infractions couvertes par les sous-sections un et trois seront exclues si les fausses informations ou omissions n'entraînent pas de distorsion importante dans la présentation de la situation commerciale, comptable ou financière de la société ou du groupe auquel elle appartient. Les poursuites seront dans tous les cas exclues si les fausses informations ou omissions n'entraînent pas une distorsion dans la présentation des résultats commerciaux de l'exercice, avant impôt, de plus de 5 pour cent ou une distorsion de l'encours de l'actif net de plus de 1 pour cent.

Dans tous les cas, l'infraction ne peut faire l'objet de poursuites si elle découle d'estimations qui, prises séparément, ne diffèrent pas de plus de 10 pour cent du chiffre correct.

ANNEXE 2
Dispositions supplémentaires concernant la falsification des comptes

Disposition législative	Description de la disposition	Sanctions
Articles 2377-2379 du Code civil, en relation avec les articles 2423 <i>et</i> suivants.	Ces dispositions confèrent le droit de remettre en cause une décision prise dans le cadre d'une assemblée des actionnaires approuvant le compte de résultats d'une société si le droit ou les statuts de la société ont été enfreints. Cette remise en cause peut être portée devant un juge au civil par les administrateurs, les vérificateurs des comptes ou les associés en désaccord avec la société.	La décision d'approuver une présentation frauduleuse de la situation financière d'une société est annulée, son objectif étant illégal. Cette annulation est contraignante pour tous les associés, et les administrateurs de la société sont tenus de préparer un nouveau compte de résultats qui doit être soumis à une assemblée des actionnaires.
Article 2409 du Code civil	Dans le cas d'une grave irrégularité dans la gestion de la société – qui d'après la jurisprudence comprend la comptabilité frauduleuse – une action en justice peut être entreprise au civil. Le tribunal peut ordonner une enquête après avoir entendu les administrateurs et les vérificateurs des comptes de la société. Cette action en justice peut être engagée par les associés détenant une part suffisante du capital de la société, le conseil d'administration, le conseil de surveillance, le comité d'audit et, dans le cas de sociétés bénéficiant d'un financement sur le marché du capital-risque, par le ministère public.	Si, à la suite de l'enquête, les graves irrégularités se poursuivent, le tribunal peut prendre des mesures d'urgence et convoquer une assemblée des actionnaires. Dans les cas les plus graves, le tribunal peut suspendre les administrateurs et les vérificateurs des comptes de la société et désigner un administrateur judiciaire aux pouvoirs clairement définis pendant une période donnée.

Disposition législative	Description de la disposition	Sanctions
Articles 2634-2635 du Code civil (introduits par le Décret-loi n°61 du 11 avril 2002)	<p>Cette disposition établit l'infraction pénale de l'abus de confiance (<i>infedeltà patrimoniale</i>). Les administrateurs, les directeurs et les liquidateurs qui, ayant des intérêts contraires à ceux de la société, aux fins de se procurer un avantage illicite ou autre bénéfique, détournent des actifs de la société ou participent à leur détournement, portant ainsi préjudice aux actifs de la sociétés, sont coupables d'une infraction pénale (article 2634).</p> <p>Les administrateurs, les directeurs, les vérificateurs internes des comptes, les liquidateurs et les vérificateurs externes des comptes qui, en conséquence du don ou d'une promesse d'avantages, commettent des actions ou omettent de les commettre, en violation aux obligations de leur fonction, portant ainsi préjudice à la société, sont aussi coupables d'une infraction pénale. Les personnes qui donnent ou promettent cet avantage sont passibles de la même sanction (article 2635).</p> <p>En pareils cas, l'action en justice est engagée par une partie lésée.</p>	<p>Article 2634: emprisonnement pendant une période de six mois à trois ans</p> <p>Article 2635: emprisonnement pendant une période pouvant aller jusqu'à trois ans</p>
Article 2638 du Code civil (introduit par Décret-loi n°61 du 11 avril 2002)	<p>Cette disposition établit l'infraction pénale de l'obstruction aux obligations des autorités de tutelle publiques. Les administrateurs, les directeurs, les liquidateurs ou les vérificateurs des comptes de sociétés soumises à ces autorités, qui, dans le cadre de leurs communications avec lesdites autorités de tutelle, dans le but de les empêcher d'exercer leurs obligations, effectuent de fausses déclarations concernant des faits importants, même s'ils font l'objet d'une évaluation, portant sur la situation commerciale, comptable ou financière des entités soumises à une supervision, sont coupables d'une infraction. La disposition couvre également les personnes qui, poursuivant le même objectif, dissimulent par des moyens frauduleux, en totalité ou en partie, des faits qu'ils auraient dû communiquer concernant la situation de la société.</p> <p>D'après les autorités italiennes, la disposition concernant les fausses informations fournies aux autorités de tutelle peut aussi porter sur des informations relatives à des comptes frauduleux ou falsifiés. Il n'existe toutefois pas de jurisprudence concernant cette infraction.</p>	<p>L'infraction est passible d'un emprisonnement de un à quatre ans. L'article 2641 du Code civil prévoit également la confiscation du produit de l'infraction et de ce qui a servi à la perpétrer ou d'un montant équivalent.</p>

ANNEXE 3
Statistiques sur le nombre de cas de *Concussione* et de corruption

Année	<i>Concussione</i> (Article 317 du Code pénal)	Corruption (Articles 318 et 319 du Code pénal)
1992	180	408
1993	469	524
1994	498	1488
1995	517	1807
1996	553	1317
1997	280	1042
1998	323	1153
1999	231	630
2000	293	1010
2001	168	258
2002	114	390
2003	73	137

ANNEXE 4
Liste des participants à la mission sur place

Examineurs principaux d'Allemagne :

- M. Manfred Moehrensclager, Directeur de département, Ministère fédéral de la Justice
- M. Heinz-Michael Klingenberg, Conseiller en chef, Ministère fédéral des Finances
- M. Hugo R. Müller, Directeur de la sous-section corruption, Bundeskriminalamt
- M. Franz-Heinrich Pohl, Procureur public, Services du procureur général de Cologne

Examineurs principaux du Royaume Uni :

- M. Martin Polaine, Senior Lawyer, Independent Police Complaints Commission
- M. Jeremy Rawlins, Crown Prosecution Service, Head of Proceeds of Crime, Delivery Unit, Business Development Directorate

Représentants du Secrétariat de l'OCDE :

- M. Rainer Geiger, Directeur adjoint, Direction des affaires financières et des entreprises
- M. Nicola Bonucci, Directeur adjoint, Direction des affaires juridiques
- Mme Christine Uriarte, Administrateur principal, Division de lutte contre la corruption
- Mme France Chain, Administrateur, Division de lutte contre la corruption
- M. William Loo, Administrateur, Division de lutte contre la corruption

Ministères et instances du gouvernement italien :

- Ministère des Affaires étrangères
- Ministère de l'Économie et des finances (y compris le Département du Trésor, le Département de la politique fiscale, l'Autorité fiscale et l'Agence des douanes)
- Président de la Commission fiscale de Milan
- Ministère des Activités productives
- Ministère de l'Intérieur
- Banque d'Italie
- *Ufficio Italiano dei Cambi*
- CONSOB
- SACE
- SIMEST
- *Guardia di Finanza*, notamment :
 - Chef de la deuxième division du Commandement général, Renseignement financier sur la fraude
 - Ancien chef de la Direction régionale de la brigade financière de la Région de Lazio
 - Attaché officiel à la Deuxième direction des services généraux
- *Arma dei Carabinieri*
- *Polizia di Stato*
- *Direzione Nazionale Antimafia*
- Magistrats :
 - Un juge des instructions préliminaires auprès du tribunal de Milan, anciennement juge d'instruction au tribunal de Milan
 - Le Procureur principal des Services du Procureur général de Rome
 - Un Procureur public associé des Services du procureur de Rome, anciennement membre du *Consiglio Superiore della Magistratura*
 - Un Procureur adjoint des Services du procureur de Rome, membre du groupe de travail spécialisé dans les infractions à l'encontre de l'administration publique
 - Deux magistrats de la Cour des comptes

- Magistrats détachés auprès du ministère de la Justice :
 - Directeur adjoint du Cabinet du ministre de la Justice, anciennement Procureur adjoint des Services du procureur de Naples
 - Directeur général de la Justice pénale au ministère de la Justice, anciennement juge des instructions préliminaires au tribunal de Rome et juge d'instruction spécialisé dans les infractions à l'encontre de l'administration publique
 - Magistrat détaché auprès du Cabinet du ministre, anciennement Procureur adjoint des Services du procureur de Vercelli
 - Directeur du Bureau II de la Direction générale de la Justice pénale au ministère de la Justice, anciennement Procureur adjoint des Services du procureur de Frosinone
- Magistrat attaché à la Direction générale de la Justice pénale au ministère de la Justice, anciennement juge pénal au tribunal de Foggia
- Magistrat attaché à la Direction générale de la Justice pénale au ministère de la Justice, anciennement juge au tribunal de Catania
- Magistrat attaché à la Direction générale de la Justice pénale au ministère de la Justice, anciennement procureur adjoint aux Services du procureur de Potenza
- Magistrat attaché à la Direction générale de la Justice pénale au ministère de la Justice, anciennement juge des instructions préliminaires au tribunal de Cosenza

Société civile :

- Cittadinanzattiva
- Transparency International Italia
- CGIL (syndicat)
- UIL (syndicat)
- Universitaires et praticiens du droit international, du droit pénal et de la criminologie

Secteur privé :

- CNDC
- Confindustria
- Confcommercio
- CONFAPI
- OICE
- Alstom Power Italia
- Alenia Aeronautica SpA
- Astaldi SpA
- Enel SpA
- Finmeccanica
- Sacmi Cooperativa Meccanica Imola
- Impregilo SpA
- Eni SpA
- Pirelli & C SpA
- Tecnimont SpA
- Confapi
- Fiat SpA
- Fiat GeVa
- Technip Italy SpA