



Strasbourg, 26 octobre 2015

CDL-AD(2015)031
Or. anglais

Avis n° 819/2015

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

AVIS INTÉRIMAIRE

**SUR LE PROJET DE LOI
RELATIVE AUX VÉRIFICATIONS D'INTÉGRITÉ
DE L'UKRAINE**

**Adopté par la Commission de Venise
à sa 104^e réunion plénière
(Venise, 23-24 octobre 2015)**

sur la base des observations de :

**M. Sergio BARTOLE (membre suppléant, Italie)
Mme Veronika BÍLKOVÁ (membre, République tchèque)
M. George PAPUASHVILI (membre, Géorgie)**

SOMMAIRE

I.	Introduction	3
II.	Cadre juridique applicable.....	4
A.	Cadre juridique national	4
B.	Cadre juridique international.....	5
III.	Analyse.....	8
A.	Dispositions générales (articles 1-8)	9
B.	Procédure de vérification de l'intégrité (articles 9-12)	13
C.	Résultats et conséquences juridiques des vérifications d'intégrité (articles 13-17).....	16
IV.	Conclusion	19

I. Introduction

1. Dans une lettre du 13 août 2015, l'ambassadeur Mykola Tochytskyi, représentant permanent de l'Ukraine auprès du Conseil de l'Europe, a sollicité l'avis de la Commission de Venise sur la compatibilité du projet de loi de l'Ukraine relative aux vérifications d'intégrité¹ (ci-après « le projet de loi ») avec les normes européennes et internationales applicables.

2. Le projet de loi a été préparé par le ministère de la Justice conformément à la section II, paragraphe 4, alinéa 2 (« Dispositions finales ») de la loi sur le Bureau national anticorruption de l'Ukraine². Cette disposition invite le cabinet des ministres à « *présenter à la Verkhovna Rada de l'Ukraine des propositions de réglementation de l'organisation des vérifications de l'intégrité des personnes occupant des fonctions publiques au sein de l'administration d'Etat et de l'administration locale* ». Des vérifications d'intégrité sont également prévues par la loi de l'Ukraine sur les principes de la politique nationale de lutte contre la corruption en Ukraine (stratégie anticorruption) pour 2014-2017³.

3. La Commission de Venise a désigné M. Sergio Bartole, Mme Veronika Bílková et M. George Papuashvili en tant que rapporteurs.

4. Le 1^{er} octobre 2015, une délégation conjointe de la Commission de Venise et de la Direction Générale des droits de l'homme et de l'état de droit du Conseil de l'Europe s'est rendue à Kiev et a tenu des réunions avec le ministère de la Justice, des représentants du Bureau national anticorruption et du Service de sécurité de l'Ukraine, ainsi que des représentants d'ONG. La Commission de Venise remercie les autorités ukrainiennes et les autres parties prenantes, en particulier le Bureau du Conseil de l'Europe à Kiev, pour leur excellente coopération au cours de la visite.

5. A Kiev, le ministère de la Justice a informé la délégation que le texte qui avait été présenté à la Commission de Venise était une version préliminaire du projet de loi que les autorités prévoyaient de modifier sur la base des recommandations de la Commission de Venise. Il a donc été décidé de préparer dans un premier temps un avis intérimaire sur cet avant-projet de loi. La Commission de Venise reste à la disposition des autorités ukrainiennes pour toute assistance supplémentaire en la matière.

6. Le présent avis intérimaire est basé sur la traduction anglaise du projet de loi de l'Ukraine relative aux vérifications d'intégrité, présentée par les autorités ukrainiennes. Il a été préparé à partir des observations fournies par les experts précités et adopté par la Commission de Venise à sa 104^e session plénière, à Venise (23-24 octobre 2015).

¹ CDL-REF(2015)033 Projet de loi de l'Ukraine relative aux vérifications d'intégrité.

² Закон України № 1698-VII *Про Національне антикорупційне бюро України*, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 47, ст. 2051. Cette loi a été adoptée le 14 octobre 2014 et est entrée en vigueur le 25 février 2015.

³ Закон України № 1699-VII *Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014 - 2017 роки*, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 46, ст.2047. Cette loi a été adoptée le 14 octobre 2014 et est entrée en vigueur le 26 octobre 2014.

II. Cadre juridique applicable

A. Cadre juridique national

7. Ces deux dernières années, l'Ukraine a entrepris d'établir un cadre juridique complet visant à assurer la bonne gouvernance, à lutter contre la corruption et à écarter de l'administration les fonctionnaires ne faisant pas preuve d'intégrité et d'impartialité.

8. Etant liée par plusieurs instruments internationaux de droits de l'homme, parmi lesquels la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH »), l'Ukraine s'est également efforcée de veiller à ce que ce cadre soit compatible avec les normes internationales de droits de l'homme, conformément à l'article 3 de sa Constitution⁴.

9. Un ensemble de lois anticorruption a été adopté par la Verkhovna Rada de l'Ukraine le 14 octobre 2014. Il inclut la loi sur le Bureau national anticorruption de l'Ukraine, la loi de l'Ukraine sur les principes de la politique d'Etat en matière de lutte contre la corruption en Ukraine et la loi sur la prévention de la corruption⁵. Ces lois établissent les principes de la politique nationale de lutte contre la corruption, définissent les termes de base, recensent les moyens de combattre la corruption et prévoient des sanctions pour ceux qui se livrent à des pratiques de corruption. Elles créent également deux nouveaux organes : a) le Bureau national anticorruption de l'Ukraine (ci-après « NABU »), qui est chargé d'enquêter sur la corruption en Ukraine et de préparer les dossiers en vue de poursuites. Ce bureau remplace la Commission nationale anticorruption qui avait été établie en 2009 mais n'était jamais véritablement devenue opérationnelle ; b) l'Agence nationale de prévention de la corruption (NAPC), organe exécutif central doté d'un statut spécial et chargé de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique de l'Ukraine en matière de lutte contre la corruption.

10. Ces lois ont été adoptées en réponse aux pressions exercées par l'opinion publique ukrainienne et par des acteurs internationaux comme le Fonds monétaire international ou la Banque mondiale. Selon l'Indice de perception de la corruption 2014 de Transparency International, l'Ukraine figurait de manière répétée parmi les Etats les plus corrompus d'Europe ces vingt dernières années.⁶ Dans son rapport de 2014, Transparency International a conclu que « *la corruption en Ukraine continue d'être un problème systémique, qui se présente à tous les niveaux de l'administration publique* »⁷. Il ne fait donc aucun doute que l'adoption de l'ensemble de lois anticorruption s'imposait et poursuivait un but légitime.

11. Jusqu'à présent, la Commission de Venise n'avait pas encore été sollicitée pour donner son avis sur la législation anticorruption de l'Ukraine. Cette dernière a toutefois été examinée par d'autres organes internationaux, dont l'OSCE⁸ et indirectement, le GRECO⁹ et l'OCDE¹⁰. Il ressort de ces évaluations que bien que la corruption continue de poser problème en Ukraine, le pays est sur la bonne voie dans la lutte contre ce phénomène.

⁴ « Les droits et les libertés de l'homme et leur garantie déterminent la nature et l'orientation de l'État. [...] Affirmer et garantir les droits de l'homme est le devoir principal de l'État ».

⁵ Закон України № 1698-VII Про запобігання корупції, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 49, ст. 2056. Cette loi a été adoptée le 14 octobre 2014 et est entrée en vigueur le 26 avril 2015.

⁶ Ukraine remains most corrupt country in Europe - Transparency International, *Interfax*, 3 décembre 2014.

⁷ Transparency International, *National Integrity System Assessment, Ukraine 2014*, Kiev, 2014, p. 12.

⁸ OSCE, *Opinion on Two Draft Anti-Corruption Laws of Ukraine*, GEN -UKR/254/2014, 18 juillet 2014.

⁹ GRECO, *Cinquième addendum au rapport de conformité sur l'Ukraine*, Greco RC-I/II (2009)1E 5^e Addendum, 19 juin 2015.

¹⁰ OCDE, *Anti-Corruption Reforms in Ukraine*, Round 3 Monitoring of the Istanbul Anti-Corruption Action Plan, Paris, 24 mars 2015.

12. Parallèlement à la législation anticorruption, l'Ukraine a promulgué un ensemble de lois visant à *exclure de l'administration de l'Etat* les personnes jugées politiquement peu fiables en raison de leurs liens avec le régime communiste d'avant 1991 ou les gouvernements Ianoukovitch antérieurs à 2013, ou qui se sont livrées à des actes de corruption. Cet ensemble de lois inclut la Loi sur l'intégrité du gouvernement de l'Ukraine (loi de lustration)¹¹ et la Loi sur le rétablissement de la confiance dans le système judiciaire de l'Ukraine¹². La première a été examinée par la Commission de Venise dans un avis intérimaire adopté en décembre 2014 et un avis final adopté en juin 2015¹³.

B. Cadre juridique international

13. L'Ukraine a demandé à la Commission de Venise d'examiner le projet de loi relative aux vérifications d'intégrité à la lumière des « *normes européennes et internationales applicables* ». Ces normes englobent différents instruments, contraignants ou non, adoptés au niveau international ou européen.

14. L'Ukraine est partie à la Convention des Nations Unies contre la corruption (UNCAC) (ratification en 2009) qui a expressément pour objet de « *promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires et des biens publics* » (article 1(c)). La Convention invite les Etats membres à « *faciliter le signalement par les agents publics [...] des actes de corruption* » (article 8, point 4) et à prendre « *des mesures disciplinaires ou autres à l'encontre des agents publics qui enfreignent les codes ou normes* » (article 8, point 6).

15. Le Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption préparé par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC) avec l'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice (UNICRI), fait figurer dans son chapitre 50 les tests d'intégrité parmi les outils de lutte contre la corruption et les décrit comme une « *méthode qui permet à la fois de prévenir la corruption et de la poursuivre et qui a apporté la preuve de son effet extrêmement dissuasif* »¹⁴.

16. Le manuel de l'OCDE « *Gérer les conflits d'intérêt dans le secteur public : mode d'emploi* » affirme que « *le contrôle d'intégrité peut être un outil efficace de détection de la corruption* »¹⁵. Les « *Bonnes pratiques en matière de lutte contre la corruption* » de l'OSCE notent que : « *Le contrôle d'intégrité est devenu un outil particulièrement utile pour assainir les forces de police corrompues et maintenir leur intégrité* »¹⁶. Les lignes directrices de la Banque mondiale « *Preventing Corruption in Prosecution Offices: Understanding and Managing for Integrity* » qualifient les tests d'intégrité « *d'outil puissant de détection de la corruption* »¹⁷.

¹¹ Закон України № 1682-VII *Про очищення влади*, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 44, ст. 2041. Cette loi a été adoptée le 16 septembre 2014 et est entrée en vigueur le 16 octobre 2014.

¹² Закон України № 1188-VII *Про відновлення довіри до судової влади в Україні*, Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 23, ст. 870. Cette loi a été adoptée le 8 avril 2014 et est entrée en vigueur le 11 avril 2014.

¹³ Commission de Venise, avis n°788/2014, Avis intérimaire sur la loi relative à l'intégrité du gouvernement de l'Ukraine (loi de lustration), CDL-AD(2014)044-e, 16 décembre 2014 ; Avis final sur la loi relative à l'intégrité du gouvernement de l'Ukraine (loi de lustration) telle qu'elle résulterait des amendements soumis à la Verkhavna Rada le 21 avril 2015, CDL-AD(2015)012-e, 19 juin 2015.

¹⁴ UNODC (2009), *Guide technique de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, article 50 II.4.5., p. 186.

¹⁵ OCDE (2005), *Gérer les conflits d'intérêts dans le secteur public : mode d'emploi*, p. 68 ("Politiques de contrôle de l'intégrité").

¹⁶ OSCE (2004), *Best practices in combating corruption*, (anglais et russe), chapitre 12, page 141 ("tests d'intégrité")

¹⁷ Gramckow H. (2011), *Preventing Corruption in Prosecution Offices: Understanding and Managing for Integrity*, Justice&Development Working Paper Series, No. 15/2011, page 11.

17. L'Ukraine est également partie à la Convention civile¹⁸ et à la Convention pénale¹⁹ sur la corruption adoptées au sein du Conseil de l'Europe.

18. En 2006, l'Ukraine a rejoint le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO). Dans son rapport de 2014 sur l'Ukraine, le GRECO a noté que *« des avancées considérables ont été réalisées en ce qui concerne l'incrimination des actions de corruption dans le Code pénal (sujets qui étaient autrement traités comme des infractions administratives), la responsabilité des personnes morales pour faits de corruption, les systèmes de confiscation et de saisie, les procédures de passation des marchés publics et la protection des donneurs d'alerte. Pour autant des réformes importantes portant sur des domaines comme les procédures administratives et la justice ainsi que la réglementation du secteur / de la fonction publics restent à mettre en œuvre »*²⁰.

19. En 1997, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Résolution 97(24) portant les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption. Cette Résolution encourage notamment les Etats membres à *« assurer que les règles relatives aux droits et devoirs des agents publics tiennent compte des exigences de la lutte contre la corruption et prévoient des mesures disciplinaires appropriées et efficaces »* (par. 10).

20. En 2000, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation n° R (2000) 10 sur les codes de conduite pour les agents publics. Le Code modèle de conduite pour les agents publics figurant en annexe à la Recommandation a pour finalité de *« préciser les règles en matière d'intégrité et de conduite que les agents publics doivent observer, de les aider à respecter ces normes et à informer le public de la conduite à laquelle il est en droit de s'attendre de la part des agents publics »* (article 3). L'article 9 du Code dispose que *« l'agent public a le devoir de se conduire toujours de manière à préserver et à renforcer la confiance du public dans l'intégrité, l'impartialité et l'efficacité des pouvoirs publics »*.

21. L'article 24 concerne la vérification de l'intégrité. Il prévoit que *« l'agent public ayant des responsabilités en matière de recrutement, de promotion ou de nomination doit veiller à ce que les vérifications appropriées de l'intégrité du candidat soient effectuées conformément à la loi »* (par. 1) et que *« si, à la suite de cette vérification, il n'est pas sûr quant à la manière de procéder, il ou elle doit rechercher des conseils appropriés »* (par. 2). L'article 25 dispose que *« l'agent public chargé de contrôler ou de diriger d'autres agents publics doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher son personnel de se livrer à des actes de corruption ayant trait à son emploi »* (par. 2).

22. L'exposé des motifs de la recommandation souligne que *« le service public exige l'intégrité des agents publics »* et déclare expressément que *« l'expérience illustre l'importance qu'il y a à procéder à la vérification de l'intégrité des agents publics et à prendre des mesures appropriées à la suite de telles vérifications pour éviter des problèmes d'intégrité à long terme dans la fonction publique »*.

23. Le Code international de conduite des agents de la fonction publique²¹, adopté en 1997 par l'Assemblée générale des Nations Unies, souligne également que *« les agents de la fonction publique doivent veiller à s'acquitter correctement et efficacement de leurs obligations et fonctions, conformément à la loi ou aux règles administratives, et ce en toute intégrité »* (par. I(2)), mais ne traite pas spécifiquement des vérifications de l'intégrité. Le rapport du Secrétaire Général des Nations Unies sur la mise en œuvre du Code international, présenté en 2002, montre que la corruption est considérée comme l'une des principales menaces à l'intégrité des agents publics et que les Etats adoptent diverses

¹⁸ Ratifiée par l'Ukraine le 19 septembre 2005

¹⁹ Ratifiée par l'Ukraine le 27 novembre 2009

²⁰ GRECO, *Cinquième addendum au rapport de conformité sur l'Ukraine*, 19 juin 2015, par. 57.

²¹ Doc. ONU A/RES/51/59, *Action against Corruption*, 28 janvier 1997.

CDL-AD(2015)031

mesures pour la combattre²² (le rapport ne porte toutefois pas expressément sur les vérifications de l'intégrité).

24. En 2005, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation Rec(2005)10 relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme. Les « techniques spéciales d'enquête » (TSE) sont définies comme les « *techniques appliquées par les autorités compétentes dans le cadre d'enquêtes pénales cherchant à dépister ou à enquêter sur des infractions graves et des suspects, avec pour objectif de recueillir des informations de telle sorte que les personnes visées ne soient pas alertées* » (chapitre I). Les opérations d'infiltration, y compris le recours à un agent provocateur, relèvent de ces techniques spéciales d'enquête. La Recommandation ne s'applique toutefois que dans le cadre des enquêtes pénales. Comme l'indique expressément l'exposé des motifs, « *l'utilisation des TSE dans un autre cadre [...] n'entre pas dans le champ d'application de cette recommandation* » (par. 26).

25. Des questions relatives aux vérifications d'intégrité, quelquefois dans le contexte de la lutte contre la corruption, se sont posées dans plusieurs affaires examinées par la Cour européenne des droits de l'homme (*Teixeira de Castro c. Portugal*²³, *Vanyan c. Russie*²⁴, *Khoudobine c. Russie*²⁵, *Ramanauskas c. Lituanie*²⁶, *Bulfinsky c. Roumanie*²⁷, *Sandu c. République de Moldova*²⁸, *Yeremtsov et autres c. Russie*²⁹, etc.). Ces affaires concernent pour l'essentiel des vérifications d'intégrité menées par la police et ayant entraîné des poursuites pénales à l'encontre des personnes concernées.

26. La Commission de Venise s'est penchée sur la question des vérifications de l'intégrité dans son mémoire *amicus curiae* de 2014 sur la Moldova³⁰. Bien qu'il porte principalement sur les vérifications menées au sein du système judiciaire, cet avis contient également des principes applicables aux vérifications d'intégrité en dehors du domaine pénal.

27. Au niveau national, la régularisation de la vérification de l'intégrité au moyen d'opérations d'infiltration existe depuis longtemps dans les pays de *common law* comme le Royaume-Uni, les Etats-Unis ou l'Australie, pour ce qui est du domaine pénal³¹. Une abondante jurisprudence y a été développée en la matière par les tribunaux de droit commun et les juridictions supérieures³². Plus récemment, cette technique a commencé à être utilisée dans les pays de droit civil, comme la République tchèque, la Hongrie ou la Roumanie. Sa mise en place a donné lieu à des débats doctrinaux³³ et a quelquefois été

²² Doc. ONU E/CN. 15/2002/6/Add.1/, *Implementation of the International Code of Conduct for Public Officials*. Rapport du Secrétaire Général, 12 février 2002.

²³ Cour européenne des droits de l'homme, *Teixeira de Castro c. Portugal*, requête n° 25829/94, 9 juin 1998.

²⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Vanyan c. Russie*, requête n° 53203/99, 15 décembre 2005.

²⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Khoudobine c. Russie*, requête n° 59696/00, 26 octobre 2006.

²⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Ramanauskas c. Lituanie*, requête n° 74420/01, 5 février 2008.

²⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Bulfinsky c. Roumanie*, requête n° 28823/04, 1^{er} juin 2010.

²⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *Sandu c. République de Moldova*, requête n° 16463/08, 11 février 2014.

²⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Yeremtsov et autres c. Russie*, requêtes n° 20696/06, 22504/06, 41167/06, 6193/07 et 18589/07, 27 novembre 2014.

³⁰ Commission de Venise, avis n° 789/2014, *Mémoire amicus curiae pour la Cour constitutionnelle de Moldova sur certaines dispositions de la loi relative à la vérification de l'intégrité professionnelle*, CDL-AD(2014)039-e, 15 décembre 2014.

³¹ Pour plus de détails, voir Marcus, Paul : *The Entrapment Defence*, 4^e édition, Michie, 1992 ; Chernok, Adam V.: Entrapment under controlled operations legislation: A Victorian perspective, *Criminal Law Journal*, Vol. 35, 2011, p. 361-375 ; Spencer, J. R.: Entrapment and the European Convention on Human Rights, *Cambridge Law Journal*, 2001, p. 30-33.

³² Voir, par exemple, UK House of Lords, *Regina v Loosely*, 25 octobre 2001 ; US Court of Appeals, District of Columbia Circuit, *United States v. Kelly*, 748 F.2d 691 (1984) ; *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540, 548 (1992) ; *Mathews v. United States*, 485 U.S. 58, 63 (1988).

³³ Voir, par exemple, Roibu, Magdalena: Entrapment in Case of Corruption Offenses – Breach of the Right to a Fair Trial, *Journal of Eastern European Criminal Law*, No. 2, 2014, p. 93-100 ; Pușcașu, Volcu: Agenți sub acoperire. Provocarea ilegală a infracțiunii. Considerații (I), *Caiete de Drept Penal*, No. 2, 2010, p. 29-74 ;

contestée devant des tribunaux de droit commun ou des cours constitutionnelles³⁴. A nouveau, ces vérifications ont principalement une vocation pénale. Dans les pays de *common law*, les vérifications, y compris aléatoires, servent également à tester l'intégrité morale des policiers.

28. Ces dernières années, les vérifications d'intégrité ont été intégrées à la législation anticorruption en Roumanie (pour le personnel du ministère des Affaires intérieures)³⁵ et en République de Moldova (pour les agents publics en général).³⁶ La législation de la Moldova a été l'une des principales sources d'inspiration du projet de loi de l'Ukraine relative aux vérifications d'intégrité.

III. Analyse

29. D'après la note explicative, le projet de loi relative aux vérifications d'intégrité fait partie d'un ensemble d'initiatives visant à « *améliorer le système de prévention et de lutte contre la corruption et à procéder à sa réforme globale conformément aux normes internationales et aux bonnes pratiques des pays étrangers* ». Il entend parvenir à cet objectif en introduisant dans l'ordre juridique ukrainien la vérification d'intégrité (également appelée vérification de vertu dans la note explicative). De tels contrôles devraient « *être menés pour assurer l'incorruptibilité professionnelle des agents publics, prévenir la corruption des agents publics et vérifier qu'ils respectent leurs obligations et les règles de déontologie, ainsi que pour détecter, évaluer et supprimer les facteurs menant à la corruption* » (note explicative).

30. Le projet de loi comporte cinq parties (Dispositions générales, Procédure de vérification de l'intégrité, Résultats et conséquences juridiques des vérifications d'intégrité, Financement des vérifications d'intégrité, et Dispositions finales et transitoires). Les trois premières parties seront examinées séparément. La partie IV qui prévoit que le coût des vérifications d'intégrité sera supporté par les budgets de l'Etat, ne pose aucune difficulté au plan juridique.

31. La partie V (dispositions finales et transitoires) indique que l'introduction des vérifications d'intégrité dans l'ordre juridique ukrainien nécessite des amendements à certaines lois en vigueur : le Code du travail, le Code des infractions administratives, le Code pénal, la Loi sur les services de sécurité de l'Ukraine et la Loi sur la prévention de la corruption. Ces modifications étant liées soit à la procédure, soit aux conséquences de la vérification d'intégrité, elles seront examinées en même temps que les parties correspondantes de la loi.

32. L'article 5 de la partie V³⁷ du projet de loi explique que « *les lois et autres textes réglementaires adoptés avant l'entrée en vigueur de la présente loi n'étaient pas incompatibles avec ses dispositions* ». En vertu de l'article 6 de la partie V, le cabinet des ministres est invité à « *présenter à la Verkhovna Rada de l'Ukraine ses propositions pour mettre en conformité les textes législatifs de l'Ukraine avec la présente loi* » (par. 1). Cette disposition semble être en contradiction avec la note explicative qui affirme que « *le projet*

Puşcaşu, Volcu: Agenţi sub acoperire. Provocarea ilegală a infracţiunii. Consideraţii (II), *Caiete de Drept Penal*, No. 3, 2010, p. 75-98.

³⁴ Voir, par exemple, les décisions de la Cour constitutionnelle de la République tchèque n° 597/99 du 22 juin 2000 et n° 407/07 of 29 octobre 2009.

³⁵ Voir Roumanie, Loi 38/2011 relative à la modification du décret gouvernemental d'urgence n°30/2007 sur l'organisation et le fonctionnement du ministère des Affaires intérieures (article 17) et décret n° 256/2011 du ministère des Affaires intérieures sur la procédure de vérification de l'intégrité professionnelle du personnel du ministère des Affaires intérieures.

³⁶ Voir République de Moldova, Loi n° 325 du 23 décembre 2013 sur la vérification de l'intégrité professionnelle. CDL-REF(2014)041.

³⁷ La traduction anglaise des dispositions finales et transitoires semble incomplète car la partie 3 est immédiatement suivie de la partie 5 (il manque la partie 4).

de loi est conforme à la Constitution de l'Ukraine et à la Convention européenne des droits de l'homme et compatible avec d'autres textes ayant la même force juridique ».

A. Dispositions générales (articles 1-8)

33. La partie I définit les principaux termes employés dans le projet de loi, l'objet des vérifications d'intégrité et les principes qui leur sont applicables, énumère les catégories de personnes pouvant être soumises à de tels contrôles et dresse la liste de leurs droits et devoirs, ainsi que de ceux qui procèdent aux vérifications.

34. Bien que la technique consistant à définir un certain nombre de termes figurant dans la loi (partie 1, article 1) soit une question de culture juridique, ces définitions ne devraient pas ajouter de la confusion à l'interprétation future de la loi : ainsi, les termes ne devraient pas être utilisés dans un sens autre que celui donné dans les définitions (par exemple, le terme « intégrité » n'est pas employé dans le même sens à l'article 2 qu'à l'article 1), les définitions ne devraient pas être vagues ni superflues (ainsi, le terme « conflit d'intérêts » défini à l'article 1 ne figure nulle part dans le projet de loi) et le projet de loi ne devrait pas ajouter de la confusion aux normes juridiques en donnant des définitions de termes déjà définis dans d'autres lois.

35. A l'article 1, l'intégrité est définie comme « *l'exercice de fonctions officielles [...] dans le respect des règles déontologiques et de manière à prévenir la corruption ou les infractions liées à la corruption* » (par. 1). Les termes « corruption », « infractions de corruption » et « infractions liées à la corruption » sont définis dans la Loi sur la prévention de la corruption et le Code pénal. L'expression « règles de déontologie », en revanche, n'est pas totalement claire.

36. Elle pourrait faire référence au titre VI de la Loi sur la prévention de la corruption, intitulé « Règles de déontologie »³⁸. Cette partie énumère quelques principes généraux que les agents publics sont tenus de respecter, comme la neutralité politique, l'impartialité, la compétence, l'efficacité et la non-divulgateion d'informations. Conformément aux articles 11(10) et 37(2) de la Loi sur la prévention de la corruption, un ensemble plus spécifique de « *règles déontologiques à l'intention des fonctionnaires et du personnel des organes de l'administration locale* » devrait être élaboré et approuvé par l'Agence nationale de prévention de la corruption (NAPC). A notre connaissance, la NAPC n'a pas approuvé de telles règles pour l'heure et il est peu probable qu'elles soient en place au 1^{er} janvier 2016, date à laquelle le projet de loi devrait entrer en vigueur.

37. L'expression « règles déontologiques » reste donc plutôt vague, se rapportant uniquement aux exigences générales de la partie VI de la Loi sur la prévention de la corruption³⁹. Une violation de ces règles pouvant avoir des conséquences graves pour la personne concernée, allant jusqu'à la révocation et l'interdiction d'exercer des fonctions publiques pendant trois ans, il importe qu'elles soient accessibles et « *formulées avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite en conséquence* »⁴⁰. Or, ces critères ne sont pas remplis aujourd'hui en ce qui concerne les « règles de déontologie ». La Commission de Venise recommande par conséquent de ne pas rendre opérationnelles les dispositions du projet de loi faisant référence à ces règles, tant que ces dernières ne seront pas adoptées par la NAPC.

³⁸ Si tel est le cas, on ne voit pas bien pourquoi l'article 1(2), qui énumère les termes définis dans la Loi sur la prévention de la corruption, omet les « règles déontologiques ».

³⁹ Les organes publics pourraient également être tentés d'interpréter le terme à la lumière de normes éthiques plus générales comme celles contenues dans la Loi de 1993 sur la fonction publique (qui ne sera plus en vigueur au 1^{er} janvier 2016) ou les Règles générales de conduite des fonctionnaires adoptées par l'Agence nationale de la fonction publique en 2010 (et actualisées à plusieurs reprises). Or, ces normes ne sont pas destinées à être utilisées dans le cadre spécifique de la lutte contre la corruption dont relève le projet de loi.

⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *The Sunday Times c. Royaume-Uni*, requête n° 6538/74, 26 avril 1979, par. 49.

38. Les règles qui devront être adoptées par la NAPC ne s'appliqueront qu'aux fonctionnaires et au personnel de l'administration locale, ce qui ne correspond qu'à une des catégories de personnes visées par le projet de loi. On ne sait pas si l'adoption de règles similaires est envisagée pour les autres catégories de personnes. Dans la négative, l'objection formulée précédemment concernant l'imprécision du terme resterait valable pour les autres catégories de personnes, même après l'adoption de règles par la NAPC. Par ailleurs, le projet de loi pourrait aboutir à une situation de deux poids, deux mesures dans laquelle les fonctionnaires et les agents de l'administration locale seraient soumis à des règles de déontologie plus poussées (et probablement plus strictes) que d'autres catégories de personnes parmi lesquelles les plus hauts représentants de l'Etat et les officiers militaires ; cette situation ne saurait être justifiée par la position respective des personnes concernées.

39. La formulation de l'article 2 paraît quelque peu imprécise, et la notion même d'intégrité figurant dans cet article n'est pas totalement claire. « La conformité avec la législation relative à la prévention de la corruption » (article 2(1)1) est un champ extrêmement vaste. La loi sur la prévention de la corruption est un instrument juridique complet qui introduit diverses obligations (dont certaines sont de pure forme ou procédurales) au nombre desquelles figure la neutralité politique (article 40 de la loi sur la prévention de la corruption), l'expertise dans le domaine de la lutte contre la corruption [vérifier si les projets de loi sont à l'épreuve de la corruption] (article 55) et les programmes anti-corruption des personnes morales (article 62). Le projet de loi omet de préciser si le non-respect de l'une quelconque de ces obligations peut être assimilé à une non-exécution des fonctions officielles. Il paraît difficile d'imaginer un test d'intégrité se rapportant à ces obligations. Vu les conséquences d'un échec au test d'intégrité pour la personne ayant été contrôlée, le concept d'intégrité devrait être défini en des termes plus clairs et le projet de loi devrait préciser quels sont, concrètement, les risques que les tests entendent prévenir. Parmi les obligations citées dans la Loi sur la prévention de la corruption, celles qui sont directement liées à des avantages illégaux semblent les plus pertinentes en l'espèce.

40. L'article 4 énumère les catégories de personnes susceptibles d'être soumises à des vérifications d'intégrité. Il s'agit des « *personnes autorisées à remplir les fonctions de l'administration de l'Etat ou de l'administration locale telles que définies dans la loi [...] sur la prévention de la corruption, et qui en vertu de la loi peuvent faire l'objet de procédures disciplinaires, à l'exception des juges de la Cour constitutionnelle d'Ukraine et des autres juges* » (par. 1).

41. Cette disposition renvoie à l'article 3(1) de la Loi sur la prévention de la corruption qui contient une liste des personnes autorisées à remplir les fonctions de l'administration d'Etat ou de l'administration locale, visées par la loi. Il est plus difficile de déterminer si le projet de loi s'appliquerait également aux « *personnes (...) assimilées aux personnes autorisées à remplir les fonctions de l'administration de l'Etat ou de l'administration locale* » (article 3(2) de la Loi sur la prévention de la corruption) et aux « *personnes qui exercent, à titre permanent ou temporaire, des fonctions liées à la mise en œuvre d'obligations organisationnelles et administratives ou administratives et économiques, ou spécialement autorisées à exercer de telles fonctions au sein d'une personne morale de droit privé* » (article 3(3) de la Loi sur la prévention de la corruption). Il semble découler de la formulation de l'article 4 du projet de loi, interprété littéralement, que ces catégories de personnes ne sont pas visées par la loi relative aux vérifications d'intégrité, alors qu'elles relèvent du champ d'application de la Loi sur la prévention de la corruption.

42. L'article 4 ne s'applique en effet qu'aux personnes qui « *en vertu de la loi, peuvent faire l'objet de procédures disciplinaires* ». Cette disposition semble exclure du champ d'application du projet de loi les personnes qui ne peuvent faire l'objet de procédures disciplinaires du fait de leur position particulière. Tel serait probablement le cas du président de la République et des députés de la Verkhovna Rada, ainsi que d'autres élus. Si le cercle de ces personnes n'est pas très large, il serait peut-être préférable de dresser la liste des catégories de personnes couvertes par la loi pour éviter toute confusion. En tout état de cause, cette disposition mériterait d'être clarifiée car il est apparu au cours de nos réunions à

Kiev que nos interlocuteurs n'interprétaient pas tous la loi de la même manière, pour ce qui est des personnes concernées par les vérifications d'intégrité.

43. La Commission de Venise se félicite que les juges, à la fois de la Cour constitutionnelle et des tribunaux de droit commun, soient expressément exclus du champ d'application de la loi. Comme elle l'a affirmé dans son mémoire *amicus curiae* sur la Moldova, la position particulière du pouvoir judiciaire dans le système de séparation des pouvoirs et l'accent mis sur l'indépendance et l'impartialité du juge nécessitent que « *la législation applicable à l'appréciation ou à l'évaluation des obligations professionnelles des juges doit être libellée et appliquée avec beaucoup d'attention et le rôle du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif dans ce processus devrait se limiter à ce qui est absolument indispensable* »⁴¹. L'exclusion des juges du champ d'application d'une loi générale sur la vérification d'intégrité et l'adoption de lois spécifiques au système judiciaire (comme la Loi sur le rétablissement de la confiance envers le système judiciaire de l'Ukraine) satisfont pleinement à cette exigence.

44. La note explicative indique que « *le projet de loi ne s'applique pas au développement des unités administratives et territoriales* ». Le sens de cette phrase n'est pas très clair.

45. Malgré son titre, l'article 4 recense non seulement les personnes concernées par les vérifications d'intégrité, mais également les entités chargées de procéder à ces contrôles. Dans la plupart des cas, il s'agit du Bureau national anticorruption de l'Ukraine (NABU). Il y a deux exceptions à cette règle : la première concerne le personnel du NABU, contrôlé par l'unité de contrôle interne du NABU, et la seconde le personnel de cette unité, qui est contrôlé par le Service de sécurité de l'Ukraine.

46. L'existence d'une telle chaîne de contrôle sans discontinuité, prévue à l'article 4, paragraphe 2, est un impératif. La vérification d'intégrité ne fonctionne pas si les vérificateurs eux-mêmes manquent d'intégrité. Ceux-ci détenant de précieuses informations sur la date, l'objet et le sujet des contrôles d'intégrité prévus, il faut également qu'eux-mêmes, ainsi que leurs contrôleurs, soient exposés au risque de subir un tel contrôle. L'alinéa 2 sert cet objectif.

47. Le NABU a été créé par la Loi de 2014 sur le Bureau anticorruption de l'Ukraine et devrait devenir pleinement opérationnel fin 2015. L'OCDE s'est félicitée de la mise en place de ce bureau en faisant observer qu'il « *s'inspire des meilleures pratiques internationales et respecte les recommandations de l'OCDE/IAP* »⁴². Le bureau fonctionnera en tant qu'organe indépendant⁴³ et aura un siège à Kiev et des unités territoriales dans les régions, son chef étant nommé par le Président de la République. Le chef du NABU a été nommé en octobre 2015 et le processus de recrutement du personnel a commencé, mais le bureau n'est pas encore pleinement opérationnel.

48. Le NABU est principalement chargé de « *combattre les infractions pénales de corruption commises par de hauts fonctionnaires autorisés à exercer les fonctions de l'Etat ou des administrations locales et qui menacent la sécurité nationale* »⁴⁴. Ses effectifs s'élèveront à « *700 personnes, dont au maximum 200 agents de rang supérieur* »⁴⁵. La loi sur le NABU n'inclut pas les vérifications d'intégrité parmi les missions de la NABU énumérées à l'article 16. La seule référence à ces contrôles dans la loi concerne les agents du NABU eux-mêmes (articles 13 et 27).

⁴¹ Commission de Venise, avis n° 789/2014, *op. cit.*, par. 14.

⁴² OCDE, *Anti-Corruption Reforms in Ukraine*, Round 3 Monitoring of the Istanbul Anti-Corruption Action Plan, Paris, 24 mars 2015, p. 6.

⁴³ Bien qu'indépendant, le NABU n'est manifestement pas un organe judiciaire et ses décisions devraient être considérées comme des actes administratifs soumis au contrôle juridictionnel.

⁴⁴ Article 1(1) de la loi sur le NABU.

⁴⁵ Article 5(5) de la loi sur le NABU.

49. Au cours des réunions à Kiev, plusieurs représentants d'organes de l'Etat et d'organisations de la société civile ont émis de sérieux doutes quant à la capacité de la NABU à procéder de manière efficace à des vérifications d'intégrité, invoquant principalement les ressources humaines et financières limitées du NABU, l'éventuel manque de volonté politique et le risque que les vérifications d'intégrité (à caractère préventif) n'interfèrent avec la mission de droit pénal de la NABU (en tant qu'organisme chargé de faire respecter la loi). La Commission de Venise n'est pas en mesure de porter un jugement sur ces préoccupations factuelles. Elle tient cependant à attirer l'attention des autorités ukrainiennes sur ces questions.

50. L'article 6 définit les droits et obligations des responsables des organes de l'Etat et de l'administration locale en matière de contrôle d'intégrité. Dans son article 7(2)a, la loi n°325 de la Moldova relative à la vérification de l'intégrité professionnelle⁴⁶ examinée par la Commission de Venise dans un mémoire *amicus curiae*⁴⁷ demande aux entités publiques d'informer les agents publics qu'ils pourront être soumis à des tests d'intégrité professionnelle. Cette exigence fait défaut dans le libellé de l'article 6 du projet de loi. Il est recommandé de veiller à ce que tous les fonctionnaires concernés par le contrôle d'intégrité se voient expressément informer de l'éventualité d'un tel contrôle, pour mieux assurer sa fonction préventive.

51. Aux termes de l'article 7(1)4 t, les personnes qui procèdent à des vérifications d'intégrité ont le droit de faire usage de « faux aux fins d'opérations d'infiltration pour des individus, unités, agences, équipements et véhicules » au cours de tels contrôles qui, en vertu de l'article 11(3), « peuvent également impliquer d'autres personnes, après avoir obtenu leur consentement et leur avoir apporté des garanties de non-divulgence de leurs activités ». Dans ses initiatives de création d'identités de couverture, le NABU devrait avoir un droit, conféré par la loi, de demander l'assistance d'autres autorités. En Moldova, par exemple, le Centre national de lutte contre la corruption a rencontré des problèmes dans la création de telles identités lorsqu'il avait besoin de l'aide d'autres autorités, celles-ci faisant valoir que la loi n'autorisait pas cette assistance. Il est important que l'identité de couverture soit bien étayée ; par ailleurs, il faudrait que des mesures soient prises pour empêcher que la personne soumise à un test d'intégrité ne découvre l'identité réelle du vérificateur en effectuant des recherches dans la base de données de la police ou l'état civil.

52. L'article 8 établit les principes applicables aux vérifications d'intégrité. Ils incluent la non-divulgence des informations recueillies au cours de ces vérifications et la protection de la confidentialité et des données à caractère privé. La Commission de Venise se félicite de l'intégration expresse de ces principes dans le projet de loi. Cependant, sur le plan de la technique législative, plutôt que de formuler de nouvelles règles en matière de protection des données ou de secret d'Etat, cette disposition pourrait faire référence à la législation en vigueur sur la protection des données, pour ce qui est des données obtenues au cours des vérifications d'intégrité.

53. L'article 8(3) dispose que « *les résultats et les documents d'une vérification d'intégrité ne peuvent être utilisés comme éléments de preuve dans des procédures pénales ou administratives contre la personne autorisée à exercer les fonctions de l'Etat ou de l'administration locale ayant fait l'objet de cette vérification* ». Cette disposition vise à empêcher qu'une vérification d'intégrité n'entraîne des poursuites administratives ou pénales à l'encontre du fonctionnaire qui a été contrôlé. Cette exclusion se justifie car le projet de loi prévoit que d'une part, les vérifications d'intégrité ne nécessitent pas d'autorisation judiciaire et d'autre part, que les résultats des vérifications d'intégrité ne pourront être utilisés dans des procédures pénales, ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les agents provocateurs (voir par. 62 et suivants).

⁴⁶ CDL-REF(2014)041.

⁴⁷ CDL-AD(2014)039 Mémoire *amicus curiae* pour la Cour constitutionnelle de Moldova sur certaines dispositions de la loi relative à la vérification de l'intégrité professionnelle, adopté par la Commission de Venise à sa 101^e session plénière (Venise, 12-13 décembre 2014).

54. A première vue, l'article 8(3) entre en conflit avec l'article 8(5) qui dispose que « *si une vérification d'intégrité établit des faits quelconques prouvant la commission d'une infraction ou d'un crime par la personne ayant fait l'objet du contrôle ou un tiers, la personne qui procède à la vérification en informe le coordinateur pour notification aux autorités compétentes qui prendront les mesures appropriées* ». On voit difficilement comment des mesures appropriées pourraient être prises à l'encontre de la personne concernée si les éléments de preuve recueillis au cours du contrôle ne peuvent pas être utilisés dans le cadre de procédures administratives ou pénales engagées contre elle.

55. L'article 8(5) s'inspire très probablement de l'article 9(6) de la loi moldave relative à la vérification de l'intégrité professionnelle qui évoque « *d'autres activités illégales de l'agent public testé ou de tiers* » constatées de manière fortuite dans le cadre de la vérification d'intégrité. Si tel est le cas, comme cela a été confirmé lors des réunions à Kiev, alors les articles 8(3) et 8(5) font référence à des activités illégales distinctes, les premières menées dans le cadre de la vérification d'intégrité, les autres en dehors, et sont donc compatibles. Cela dit, le recours à des techniques d'enquête spéciale en matière pénale est réservé à des infractions graves et doit être assorti de garanties appropriées. L'article 8(5) gagnerait à être formulé de manière plus claire.

B. Procédure de vérification de l'intégrité (articles 9-12)

56. Les vérifications d'intégrité sont menées « *par la simulation, dans des conditions artificielles, d'une situation où une personne autorisée à exercer les fonctions de l'Etat ou de l'administration locale se voit donner la possibilité de contrevenir aux règles de déontologie ou de commettre une infraction de corruption ou ayant trait à la corruption* » (article 11(1)). Le projet de loi a donc un champ d'application restreint. Il ne traite que d'une technique d'enquête spéciale, celle des « opérations d'infiltration ». Il serait judicieux de prévoir d'autres possibilités de vérifier l'intégrité des fonctionnaires, ne nécessitant pas une simulation.

57. En matière de lutte contre la corruption, le recours à des *techniques spéciales d'enquête* y compris des opérations d'infiltration est généralement jugé licite.

58. La Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit que pour « *combattre efficacement la corruption, chaque État Partie, dans la mesure où les principes fondamentaux de son système juridique interne le permettent et conformément aux conditions prescrites par son droit interne, prend, dans la limite de ses moyens, les mesures nécessaires pour que ses autorités compétentes puissent recourir de façon appropriée, sur son territoire, à des livraisons surveillées et, lorsqu'il le juge opportun, à d'autres techniques d'enquête spéciales, telles que la surveillance électronique ou d'autres formes de surveillance et les opérations d'infiltration, et pour que les preuves recueillies au moyen de ces techniques soient admissibles devant ses tribunaux* » (article 50(1)).

59. De même, la Convention pénale du CdE sur la corruption encourage les Etats à adopter « *les mesures législatives et autres, y compris celles permettant l'utilisation de techniques d'investigation spéciales conformément à la législation nationale, qui se révèlent nécessaires pour faciliter la collecte de preuves relatives aux infractions pénales* » (article 23(1)).

60. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à plusieurs reprises que pour l'efficacité de la lutte contre la corruption, le recours à des méthodes d'investigation spéciales comme les techniques d'infiltration pouvait être « *nécessaire à la collecte de preuves* »⁴⁸ mais a précisé qu'il était « *essentiel d'en cantonner l'usage dans des limites claires* »⁴⁹ établies par la CEDH et d'autres instruments de droits de l'homme.

⁴⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *Ramanauskas c. Lituanie*, requête n° 74420/01, 5 février 2008, par. 50.

⁴⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Ramanauskas c. Lituanie*, par. 51.

61. Dans son mémoire *amicus curiae* sur la loi de Moldova relative à la vérification de l'intégrité professionnelle, la Commission de Venise a noté que « *la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est abondante sur l'utilisation d'agents dont la véritable identité est dissimulée, et plus particulièrement sur leur utilisation sous forme d'agents provocateurs* »⁵⁰. Cette jurisprudence ne concerne pour l'heure que les vérifications menées dans le domaine pénal. Or, lorsqu'à la suite d'une vérification d'intégrité, des mesures disciplinaires strictes s'apparentant à des sanctions de droit pénal (révocation associée à une interdiction d'exercer des fonctions publiques pendant une durée de trois ans) sont imposées à une personne, il semble nécessaire de prévoir pour ces vérifications les mêmes garanties juridiques que celles offertes en matière pénale⁵¹.

62. La jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme a été résumée comme suit par la Commission de Venise⁵² :

- l'intervention d'un agent dont la véritable identité est dissimulée exige au préalable l'existence de motifs raisonnables de soupçonner que la personne visée prend part à une activité criminelle similaire ou a commis une activité criminelle similaire auparavant ;
 - l'intervention de l'agent dont la véritable identité est dissimulée doit se limiter à une participation à une infraction en cours ; l'agent doit s'abstenir d'inciter la personne visée à commettre un acte criminel (agent provocateur), par exemple en lui proposant avec insistance une somme d'argent pour la commission d'une infraction pénale ;
 - l'autorisation de l'activité de l'agent dont la véritable identité est dissimulée doit être officiellement donnée par un juge : une décision administrative qui ne précise pas intégralement les buts et les raisons du recours à cette méthode n'est pas suffisante.
- Selon la jurisprudence constante de la Cour, il y a violation de l'article 6(1) de la CEDH si ces conditions ne sont pas remplies.

63. En vertu du projet de loi, la décision de procéder à une vérification d'intégrité est prise sur la base des risques de corruption identifiés dans le fonctionnement de l'organe de l'Etat ou de l'administration locale, d'informations et de documents montrant un éventuel manque d'intégrité, ou de demandes dûment motivées des responsables des organes de l'Etat ou de l'administration locale (article 9(1)). Les motifs de l'engagement de la procédure de contrôle d'intégrité sont énoncés en des termes très généraux. La Cour européenne des droits de l'homme a attiré l'attention à plusieurs reprises sur les problèmes pouvant survenir dans les affaires où il n'existe « *pas de soupçons objectifs selon lesquels le requérant aurait été mêlé à une quelconque activité criminelle* »⁵³. Dans la procédure pénale à laquelle la Convention fait référence, le critère du soupçon objectif doit être interprété de manière très stricte, comme étant lié à la personne concrète. Dans les procédures disciplinaires, il est possible d'interpréter cette exigence de manière plus large, comme étant liée à l'institution publique plutôt qu'à la personne concrète. Le degré de corruption en Ukraine plaide également en faveur d'une telle approche générale. Cela dit, dans ce cas, la sanction devrait se limiter à la révocation.

64. La Cour européenne des droits de l'homme a critiqué à plusieurs reprises les cas de « provocation » dans lesquels « *les agents impliqués (...) ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse, mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise* »⁵⁴. L'article 11 du projet de loi semble laisser la porte ouverte aux opérations d'infiltration légitimes comme à la provocation. Cela est dû en grande partie à la formulation de la disposition en question : la personne soumise au test d'intégrité « *se voit donner la possibilité de contrevenir aux règles de déontologie ou de commettre une infraction de corruption ou liée à la corruption* ». Une formulation plus appropriée, qui empêcherait d'interpréter la disposition comme autorisant la provocation, consisterait à dire

⁵⁰ Commission de Venise, avis n° 789/2014, *op. cit.*, par. 81.

⁵¹ Voir par exemple, *Matyjek c. Pologne*, décision sur la recevabilité, requête n° 38184/03, 30 mai 2006 (concernant la révocation de la fonction publique).

⁵² Commission de Venise, avis n° 789/2014, *op. cit.*, par. 82.

⁵³ Cour européenne des droits de l'homme, *Ramanauskas c. Lituanie*, par. 56.

⁵⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Ramanauskas c. Lituanie*, par. 55.

que la personne soumise au test d'intégrité est « *invitée à exercer ses fonctions sans savoir que la situation dans laquelle elle se trouve est une simulation* ».

65. La décision sur la conduite à tenir est prise par le coordinateur de la vérification (article 9(2)). Ce coordinateur est nommé, pour chaque vérification, par le directeur du NABU, le responsable de l'unité interne du NABU ou le responsable du Service de sécurité (article 10(2)). Le coordinateur étant nommé pour une vérification donnée mais celle-ci devant être engagée par lui, le déroulement de la procédure n'est pas clair et on ignore qui prend l'initiative en premier (le directeur de l'organe concerné, le (futur) coordinateur ?). Le coordinateur approuve le plan du contrôle d'intégrité, qui est alors effectué par les vérificateurs. Le projet de loi ne précise pas comment, par qui et d'où ces personnes sont sélectionnées.

66. L'article 10 du projet de loi, qui porte sur la gestion et la coordination des vérifications d'intégrité, donne suffisamment d'indications dans son paragraphe 3 (informations devant être contenues dans le plan du contrôle d'intégrité) pour le vérificateur. Par ailleurs, l'article 10, paragraphe 3, alinéa 6 laisse entendre que le plan du contrôle d'intégrité devrait également contenir des informations « sur les actions suscitées [au cours de la vérification d'intégrité] par des considérations de risque raisonnable ». L'alinéa 6, qui porte sur la participation du vérificateur à une infraction de corruption, devrait être révisé de manière à ce qu'il soit précisé dans le plan du contrôle d'intégrité dans quelles conditions le vérificateur peut participer à une infraction de corruption conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le recours à un agent provocateur.

67. Aux termes de l'article 7, la personne qui procède à la vérification d'intégrité est autorisée à « *déterminer, avec le coordinateur [...] quelles seront les personnes [...] soumises à des vérifications d'intégrité et à établir la fréquence de ces vérifications* » (par. 1). Cette décision devant probablement être prise avant l'établissement du plan de contrôle par le coordinateur, auquel elle servira de base, le vérificateur et le coordinateur semblent jouir d'un vaste pouvoir d'appréciation pour ce qui est de décider qui fera l'objet d'une vérification d'intégrité et à quelle fréquence.

68. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « *lorsqu'il s'agit de questions touchant aux droits fondamentaux, la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique consacrés par la Convention, si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limite. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante* »⁵⁵. L'article 7 du projet de loi pourrait être contraire à cette exigence car il ne fixe aucune limite au pouvoir d'appréciation accordé au vérificateur et au coordinateur dans le choix des personnes qui seront contrôlées et de la fréquence des contrôles, n'apportant ainsi aucune garantie contre l'abus de pouvoir.

69. Les vérifications d'intégrité ne nécessitent aucune *autorisation judiciaire*. Cela est problématique dans la mesure où les vérifications d'intégrité qui font appel à un enregistrement audio/vidéo risquent de porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne, consacré par l'article 8 de la CEDH. En règle générale, la collecte d'informations ou l'enregistrement, par un agent public, d'une personne sans son consentement relève de la vie privée. La Cour européenne des droits de l'homme est allée jusqu'à accepter « *qu'un individu puisse, sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation en permettant, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées* »⁵⁶.

⁵⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Tebieti Mühafize Cemiyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan*, requête n° 37083/03, 8 octobre 2009, par. 57.

⁵⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Klass c. Allemagne*, requête n° 5029/71, 6 septembre 1978, par. 34. Voir également Cour européenne des droits de l'homme, *Bykov c. Russie* (Grande Chambre), requête n° 4378/02, 10 mars 2009.

70. La Cour a également affirmé que « *la protection offerte par l'article 8 de la Convention serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part* »⁵⁷. Cela s'applique *a fortiori* à l'usage de techniques modernes en dehors du système de justice pénale.

71. La protection de la vie privée est moins importante sur le lieu de travail qu'en dehors, en particulier pour les agents publics. Cela dit, il ressort de la jurisprudence de la Cour que les appels téléphoniques ou courriers électroniques envoyés depuis le lieu de travail sont couverts par la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁸. Le droit au respect de la vie privée peut donc s'étendre au lieu de travail⁵⁹. Il est vrai que le projet de loi concerne principalement les activités menées dans le cadre de l'exercice de fonctions officielles. Cependant, on ne peut exclure que l'enregistrement audio/vidéo se rapporte également à des actes couverts par le droit au respect de la vie privée. Les exigences fixées à l'article 8(2) doivent donc être respectées.

72. La Cour a ménagé une marge de manœuvre pour la réalisation d'opérations d'infiltration sans autorisation judiciaire préalable. Toutefois, dans de tels cas, « *afin de s'assurer que les autorités agissent de bonne foi et conformément aux objectifs légitimes du maintien de l'ordre, une procédure claire et prévisible d'autorisation des mesures d'enquête et un dispositif permettant de contrôler adéquatement celles-ci doivent être mis en place* »⁶⁰. Compte tenu des termes vagues employés pour définir les motifs des vérifications d'intégrité et le pouvoir d'appréciation laissé au coordinateur et au vérificateur, la Commission de Venise se demande si le projet de loi satisfait à ces exigences.

73. Aux termes de l'article 12(3) du projet de loi, les enregistrements audio/vidéo doivent être annexés au rapport établi par les vérificateurs et conservés pendant une période indiquée à la partie III du projet de loi. La conservation de données, sans distinction quant au type d'informations pouvant avoir été enregistrées, pourrait être contraire à l'article 8 de la CEDH qui protège les données à caractère personnel. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à plusieurs reprises que « *la mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8. L'utilisation ultérieure des informations mémorisées importe peu* »⁶¹. Une telle ingérence peut se justifier à condition qu'il existe dans l'ordre juridique ukrainien des garanties suffisantes contre l'utilisation abusive des données.

C. Résultats et conséquences juridiques des vérifications d'intégrité (articles 13-17)

74. La vérification d'intégrité peut avoir une issue positive ou négative. Un résultat positif (article 13) signifie que la personne soumise au contrôle a fait la démonstration de son intégrité au cours de celui-ci. Comme cela a déjà été noté (par. 39), l'expression « démonstration d'intégrité » est un terme plutôt général et vague qu'il conviendrait de préciser dans le projet de loi.

⁵⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, requêtes n° 30562/04 et 30566/04, 4 décembre 2008.

⁵⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *Copland c. Royaume-Uni*, requête n° 62617/00, 3 avril 2007, par. 41.

⁵⁹ Voir *Niemietz c. Allemagne*, requête n° 13710/88, 16 décembre 1992, par. 29 et suivants.

⁶⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Khoudobine c. Russie*, requête n° 59696/00, 26 octobre 2006, par. 135.

⁶¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Amann c. Suisse*, requête n° 27798/95, 16 février 2000, par. 69. Voir également Cour européenne des droits de l'homme, *Leander c. Suède*, requête n° 9248/81, 23 mars 1987.

75. Le résultat positif est notifié au responsable de l'organe de l'Etat ou de l'administration locale six mois après l'approbation du rapport, en toute confidentialité. Ce délai de six mois est plutôt long et la note explicative ne précise pas pourquoi une telle période est nécessaire. Si, conformément à l'article 17(1), tous les enregistrements audio/vidéo sont conservés jusqu'à la notification au responsable (c'est-à-dire pendant six mois), cela accroît le risque d'utilisation abusive des données. La Commission de Venise recommande de faire en sorte que le résultat positif de la vérification d'intégrité soit communiqué au responsable le plus tôt possible (le délai de six mois étant un maximum)⁶².

76. Aux termes de l'article 13(3), le responsable informe les autres employés du résultat positif dans un délai de dix jours ouvrables. Il semblerait plus logique d'informer dans un premier temps la personne qui a été soumise à la vérification plutôt que les autres employés, car le fait de cacher à cette dernière qu'elle a été contrôlée pourrait être contestable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au contrôle des mesures de couverture. Il importe toutefois que l'employé ne puisse pas en tirer des conclusions sur l'identité des vérificateurs. La notification à l'employé devrait donc plutôt indiquer une période à laquelle la vérification a eu lieu et être faite passé un certain délai, ou sur demande.

77. Un résultat négatif (article 14) signifie que la personne soumise au contrôle n'a pas fait la démonstration de son intégrité au cours de celui-ci. L'imprécision de l'expression « démonstration de l'intégrité » pose particulièrement problème ici et devrait être corrigée. Par ailleurs, il apparaît que la définition du résultat négatif à l'article 14(1) ne fait pas pendant à celle du résultat positif à l'article 13(1), les critères énoncés dans les articles respectifs, d'une part « démonstration de l'intégrité » et d'autre part, « absence de démonstration de l'intégrité et manquement au devoir de prévention des infractions de corruption dans l'exercice des fonctions officielles », n'étant pas les mêmes. La formulation « manquement au devoir de prévention des infractions de corruption dans l'exercice des fonctions officielles » est peu claire : cela inclut-il le fait de ne pas prévenir les infractions commises par des collègues ou des subordonnés et si tel est le cas, quelles obligations concrètes cela entraînerait-il ?

78. Le résultat négatif est communiqué au responsable de l'organe de l'Etat ou de l'administration locale dans un délai de dix jours ouvrables à compter de la date de son approbation. Le responsable a le droit de prendre connaissance des enregistrements audio/vidéo et de toutes autres informations pertinentes. Pour garantir une défense effective et le droit de « disposer [...] des facilités nécessaires à la préparation de sa défense » requis par l'article 6 de la CEDH, ce droit devrait être étendu à la personne qui a fait l'objet d'une vérification d'intégrité. Celle-ci devrait également avoir la possibilité d'être entendue au cours de la procédure disciplinaire.

79. Dans les quinze jours suivant la notification, le responsable doit informer le NABU (son unité interne ou le service de sécurité) des mesures prises et des sanctions imposées à la personne concernée.

80. Un résultat négatif de la vérification d'intégrité entraîne une responsabilité disciplinaire. Les alinéas 1 à 7 de l'article 15 ont une fonction purement disciplinaire. Il n'y a aucune raison d'inclure de telles dispositions dans la loi sur la vérification de l'intégrité car elles devraient s'appliquer de manière générale à l'ensemble des agents publics déclarés coupables de corruption, que cette culpabilité ait ou non été établie sur la base de la vérification de l'intégrité.

⁶² La loi de Moldova relative à la vérification de l'intégrité professionnelle évoque une notification « *dans les six mois à compter de la date de la vérification* ». Le projet de loi s'inspirant largement de la loi moldave, il se pourrait que la formulation du texte soit également « dans les six mois » et que l'expression « six mois après l'approbation » ne soit qu'une traduction incorrecte.

81. Le responsable de l'organe de l'Etat ou de l'administration locale dispose d'un certain pouvoir d'appréciation pour juger de la gravité de l'acte et du comportement de la personne. Or, la sanction de révocation est obligatoire « *si les résultats de la vérification établissent le manque d'intégrité d'une personne, manifesté sous la forme d'un manquement au devoir de prévention de la corruption dans l'exercice des fonctions officielles* » (article 15(3)). Comme cela a déjà été noté (par. 39), le projet de loi omet de préciser si le manquement au devoir de prévention de la corruption correspond uniquement aux cas où la personne commet une infraction de corruption ou liée à la corruption, ou si cela englobe tous les cas de non-respect des obligations découlant de la loi sur la prévention de la corruption. La révocation obligatoire serait alors manifestement disproportionnée dans le cas d'omissions mineures.

82. La révocation automatique doit avoir lieu dans les trois jours suivant la notification. Ce délai est extrêmement court et ne donne à la personne concernée ni la possibilité, ni le temps de préparer et de soumettre sa défense, même personnellement ou sous une forme écrite, un avocat pouvant par ailleurs être amené à intervenir dans la procédure.

83. La révocation fondée sur un résultat négatif de la vérification de l'intégrité va de pair avec une interdiction, pour la personne concernée, d'occuper un poste lié à l'exécution des fonctions de l'Etat ou de l'administration locale pendant trois ans à compter de la date de révocation (article 15(5)). Ces conséquences sont lourdes : des garanties juridiques strictes devront s'appliquer dans ce cas.

84. Aux termes de l'article 15(6), un résultat négatif de la vérification de l'intégrité pour d'autres motifs que le manquement au devoir de prévention des infractions de corruption ou liées à la corruption donne lieu à « *des sanctions autres que la révocation* ». Ces autres motifs sont : l'absence de prévention des violations des règles de déontologie, l'absence de signalement immédiat à l'autorité compétente des initiatives impliquant des actes de corruption et l'absence de dénonciation au supérieur de tout fait d'abus d'influence. Dans l'article 15(6), la référence faite aux alinéas 3 à 6 de l'article 2(1) (2) du projet de loi est source de confusion car celui-ci ne comporte que cinq alinéas. L'article 15(6) limite le pouvoir d'appréciation du responsable de l'organe de l'Etat ou de l'administration locale et semble le priver de la possibilité de révoquer une personne qui, par exemple, a eu un comportement gravement contraire à l'éthique. Il se pose à nouveau ici la question de la proportionnalité de la sanction. Par ailleurs, le projet de loi omet de préciser ce que pourraient être les « *sanctions autres que la révocation* ».

85. La personne sanctionnée en raison d'un résultat négatif de la vérification d'intégrité peut faire appel de la décision (article 16). Le projet de loi fait référence à la procédure établie par la loi. Est très probablement visé ici le Code de procédure administrative⁶³ dont l'article 6 reconnaît à toute personne le droit « *de défendre ses droits, libertés et intérêts devant un tribunal indépendant et impartial* » (par. 1). Vu les particularités de la question, il serait judicieux d'introduire dans le projet de loi des règles spécifiques concernant les recours contre les décisions prises, les suites procédurales et les pouvoirs de l'autorité judiciaire en matière d'examen des dossiers en appel. On ignore si la possibilité de recours ne concerne que la sanction en tant que telle ou si le processus de vérification de l'intégrité et son résultat peuvent également être contestés devant un tribunal. Il est important que cet article confirme le droit à un procès lorsqu'une personne soumise à une vérification estime qu'il y a eu violation de ses droits. Dans ce cas, un titre plus approprié pour l'article 16 serait « *droit à un procès* » ou « *recours en justice* ». Enfin, le projet de loi omet de préciser si l'appel a un effet suspensif et s'il peut conduire à la réintégration de la personne révoquée.

86. L'article 17 régit la conservation des enregistrements réalisés lors des vérifications d'intégrité et prévoit, au paragraphe 2, que ces enregistrements seront détruits à l'expiration des délais indiqués au premier paragraphe (en cas de résultat positif, jusqu'à ce que la notification de contrôle ait été communiquée au responsable de l'organe de l'Etat et en cas

⁶³ Кодекс адміністративного судочинства України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2005, № 35-36, № 37, ст. 446. Le Code a été adopté le 6 juillet 2005 et est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2005.

de résultat négatif, jusqu'à expiration du délai d'appel). Le NABU pourrait toutefois souhaiter conserver certains enregistrements à des fins de formation ou d'information du public. Par conséquent, si les données d'identité de toutes les personnes figurant sur l'enregistrement sont supprimées, ou les voix déformées, la version modifiée pourrait être conservée pendant une durée plus longue.

IV. Conclusion

87. Le projet de loi vise à améliorer le système de prévention et de lutte contre la corruption conformément aux normes internationales et aux bonnes pratiques des autres pays. C'est un but légitime et louable. Ainsi que l'avait déjà noté la Commission de Venise : « *La corruption sape, notamment, l'état de droit, menace fortement la protection des droits de l'homme et met en danger la stabilité des institutions démocratiques et le fondement moral de la société. Bien qu'il convienne de saluer les mesures prises par les États pour lutter contre ce fléau, il importe que ces initiatives ne compromettent pas la stabilité des institutions démocratiques et n'affaiblissent pas l'indépendance et l'impartialité de la magistrature* »⁶⁴.

88. Le contrôle de l'intégrité est « *un outil qui consiste à placer, délibérément et à leur insu, les agents publics dans des situations potentiellement compromettantes afin de contrôler leurs réactions qui peuvent ainsi être examinées minutieusement et évaluées par les autorités compétentes* »⁶⁵. Le contrôle de l'intégrité peut être appliqué de manière aléatoire ou viser des agents déjà soupçonnés de corruption. Si le contrôle de l'intégrité va de pair avec des sanctions disciplinaires, la vérification aléatoire entrera en conflit avec les garanties applicables en matière de droits de l'homme.

89. La vérification de l'intégrité est un outil exceptionnel qui aide à vérifier et à renforcer l'intégrité professionnelle et morale des agents publics. Elle ne devrait en aucun cas remplacer des enquêtes pénales ou des mesures d'épuration.

90. Le projet de loi vise la conformité avec les normes internationales. Pour qu'il les respecte pleinement, il est recommandé d'y apporter en particulier les modifications suivantes :

- Il conviendrait de définir plus précisément les notions de « règles déontologiques » et de « manquement au devoir de prévention de la corruption ». Les « *règles de déontologie des fonctionnaires et des représentants de l'administration locale* » devraient être approuvées par l'Agence nationale de prévention de la corruption (NAPC) avant l'entrée en vigueur du projet de loi. Des règles similaires devraient être élaborées pour les autres catégories de personnes relevant du champ d'application du projet de loi.
- La décision de procéder à une vérification d'intégrité exige au préalable l'existence de motifs raisonnables de soupçonner que la personne visée, ou l'institution publique, prend part à des actes de corruption ou des comportements contraires à l'éthique ou a commis de tels actes ou eu de tels comportements auparavant. L'autorisation de procéder à une vérification de l'intégrité doit être suffisamment précise et le vérificateur doit s'abstenir de toute provocation active.
- Il conviendrait également de limiter le pouvoir d'appréciation du vérificateur et du coordinateur dans le choix des personnes qui seront soumises à des vérifications et la fréquence de celles-ci. Lorsque les vérifications risquent de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne qui y est soumise, une autorisation judiciaire préalable devrait être sollicitée.

⁶⁴ Commission de Venise, avis n° 789/2014, *op. cit.*, par. 85.

⁶⁵ OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans le secteur public : mode d'emploi*, OCDE, Paris, 2005, p. 68.

- La personne qui a fait l'objet d'une vérification d'intégrité doit avoir la possibilité de contester la décision, ainsi que le déroulement et le résultat de la vérification, devant un tribunal. La possibilité de recours ne devrait pas se limiter à la « décision d'imposer une sanction ».

91. La Commission de Venise reste à la disposition des autorités ukrainiennes pour toute assistance supplémentaire en la matière.