

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

146

De l'incrimination française de la corruption « européenne »



MARC SEGONDS,

agrégé des facultés de droit,
 directeur du Master II Droit pénal des affaires publiques et privées,
 du Master II Droit de la conformité et du D.U. Compliance officer
 et sécurité financière (IRDEIC - EA 4211), université Toulouse 1 Capitole

L'incrimination française de la corruption n'a cessé d'évoluer au gré des exigences nouvelles posées par le Droit européen. Cette évolution, centrée pour le présent sur la seule incrimination de la corruption stricto sensu, est appelée à intéresser les infractions « satellites », confirmant ainsi qu'un tel phénomène se doit d'être combattu en usant non seulement d'une approche analytique mais aussi d'une approche systémique.

1 - De la corruption nationale à la corruption étrangère et internationale

Ainsi que la doctrine s'était autorisée à le prédire, les termes de l'incrimination de la corruption sont parvenus à englober les « représentants étrangers »¹. Et la même doctrine de faire valoir que « par là se réaliserait une transformation nouvelle et importante de la notion de corruption : ce ne serait plus seulement le renom et la majesté de la puissance publique française qu'on protégerait, mais ceux des organismes internationaux ou étrangers, qui interviennent maintenant d'une manière si profonde dans la vie des états modernes »². Depuis sa réalisation, l'internationalisation de l'incrimination de la corruption puisse à des sources variées, à vocation tant universelle³ que régionale⁴, l'incrimination française de la corruption étant redevable au Droit européen, tout particulièrement à la Convention de

Bruxelles⁵, la décision-cadre du 22 juillet 2003⁶, la Convention de Strasbourg⁷, mais aussi la directive PIF⁸.

2 - La Convention de Mérida, en figure de prou de la lutte contre la corruption

Cette multiplication ou, plus exactement, cette dispersion des sources est sur le point de se réduire à la faveur de la proposition de directive relative à la lutte contre la corruption⁹ qui a pour ambition de faire de la Convention de Mérida - à laquelle l'UE est partie - la Convention de référence. De l'exposé des motifs et du considérant n° 7, il résulte expressément que la Convention de Mérida « est l'instrument juridique international le plus complet », et que la proposition de directive « actualisera le cadre législatif de l'UE, notamment en intégrant des normes internationales contraignantes pour l'UE, telles que celles de la CNUCC »¹⁰. Ce faisant, ladite proposition se donne pour ambition de remplacer la décision-cadre du 22 juillet 2003 et la Convention de Bruxelles, ainsi que de procéder à la modification de la directive PIF. Mais, au-delà de la modification du Droit

1 V. A. Vitu, *Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption*, in *Les principaux aspects de la politique criminelle moderne* : Cujas, 1960, p. 127, spéc. p. 137.

2 V. A. Vitu, *ibid.*

3 V. M. Segonds, *L'internationalisation de l'incrimination de la corruption* : *Dr. pén.* 2006, p. 5.

4 V. M. Segonds, *Pour un juste retour à la Convention de Maputo* : *Rev. int. Compliance* 2019, n° 4, étude 131.

5 V. Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant les fonctionnaires communautaires ou nationaux C/97/168.

6 V. Décision-cadre 2003/568/JAI, 22 juill. 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

7 V. Convention pénale sur la corruption de Strasbourg, STE 173.

8 V. dir. (UE) 2017/1371, 5 juill. 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal.

9 V. Proposition de directive COM (2023) 234 final.

10 V. Exposé des motifs, p. 2.

européen par l'intégration des normes de la CNUCC, la lutte contre la corruption s'apprête (enfin) à entrer dans une nouvelle ère. Après qu'une approche analytique de la corruption a été privilégiée, laquelle demeure encore perfectible parce que centrée par définition sur l'incrimination de la corruption (1), une approche systémique est à l'œuvre à l'initiative nouvelle du législateur européen, laquelle impliquera une modification des incriminations françaises relatives à la corruption au sens du nouveau Droit européen (2).

1. L'approche analytique de la corruption

3 - Les ambitions limitées du Droit européen

Le Droit européen a eu pour objectif d'harmoniser l'incrimination de la corruption - *stricto sensu* - au sein de l'UE. Consécutivement, les incriminations françaises de la corruption publique comme de la corruption privée en ont ainsi été modifiées favorablement.

4 - L'incrimination française de la corruption publique confortée

Limité à la seule incrimination de la corruption *stricto sensu*, le Droit européen a permis de conforter les choix législatifs français. La *summa divisio* - corruption active et corruption passive - est ainsi au cœur de la Convention de Bruxelles - à la différence de la Convention OCDE, dite de « Paris » - technique d'incrimination duale à laquelle est associée une définition de l'élément matériel de l'infraction du corrompu - « le fait de solliciter ou de recevoir » ainsi que « fait d'en accepter la promesse »¹¹ et de l'infraction du corrupteur - « le fait de promettre ou de donner »¹², définition qui rend inutile le recours aux théories de la complicité et de la tentative.

De même, a été confortée l'autonomie pénale de la qualité d'agent public, sauf à noter que tout en confortant pareille autonomie, la Convention de Bruxelles a donné naissance à un texte d'incrimination initialement associé à la Convention de Bruxelles elle-même¹³ permettant d'étendre la répression spécifiquement « au fonctionnaire communautaire » ou « au fonctionnaire d'un autre Etat membre de l'Union européenne ». Désormais, par l'effet de la loi du 13 novembre 2007 et en conformité avec les exigences de la Convention de Strasbourg¹⁴, l'agent public « européen » relève de l'incrimination générique portée par les articles 435-1 et suivants du Code pénal dès lors qu'il revêt la qualité de personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public et ce, non point dans le cadre seulement communautaire, mais au sein d'un Etat ou d'une organisation internationale publique au rang de laquelle figure expressément, ainsi que le précise l'article 435-5 du Code pénal, « les organismes créés en application du traité sur l'Union

européenne ». Ainsi, après que l'Union européenne a permis un premier élargissement de la qualité d'agent public national en conformité avec la protection de ses intérêts, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont autorisé une appréhension universelle de la qualité d'agent public¹⁵.

En outre, a été confortée l'incrimination du trafic d'influence puisque, originellement limitée à la seule autorité publique française, elle a été étendue aux organisations internationales publiques par la loi du 13 novembre 2007 en application de la Convention de Strasbourg, preuve s'il en est que l'incrimination du trafic d'influence n'a jamais été - comme il est parfois prétendu - une spécificité franco-française.

5 - L'incrimination française de la corruption publique renforcée

Si les modalités de l'incrimination française de la corruption ont été confortées par le Droit européen, il faut également souligner que des imprécisions - tenant à la corruption pour soi-même ou pour autrui - ont été corrigées sous l'influence directe du Droit européen¹⁶, tout comme l'assimilation de la corruption successive à la corruption préalable même si l'œuvre législative française - L. n° 2011-525, 17 mai 2011 - s'est trop longuement fait attendre en la matière¹⁷. Seul ombre véritable au tableau, le refus de l'Etat français d'étendre l'incrimination du trafic d'influence aux Etats étrangers, refus manifesté par une réserve formulée à l'endroit de la Convention de Strasbourg. Cette erreur d'appréciation a heureusement été corrigée par la loi du 9 décembre 2016 - tout en commettant l'erreur d'incriminer ledit trafic d'influence sans tenir compte de la qualité d'agent public du trafiquant... - en notant que la réserve malencontreusement formulée par la France arrivée en tout état de cause à échéance au 1^{er} août 2017¹⁸. De pareilles évolutions ont ainsi permis à la France de satisfaire aux recommandations formulées par le GRECO¹⁹.

6 - L'incrimination française de la corruption privée modernisée

S'il est un texte de Droit européen qui s'est avérée particulièrement bénéfique, la décision-cadre du 22 juillet 2003 en fait indéniablement parti. Mais alors que l'incrimination sise en dernier lieu à l'article L. 152-6 du Code du travail souffrait de son caractère étriqué, les articles 445-1 et suivants du Code pénal créés sous l'influence directe de la décision-cadre précitée et au-delà de la Convention de Strasbourg²⁰, permettent à la France de répondre aux exigences européennes. La Commission a constaté la conformité de l'incrimination française de la corruption privée aux exigences européennes, tout en observant à l'endroit de six Etats membres (dont la France) que « bien que les termes

11 V. Conv. Bruxelles, art. 2.

12 V. Conv. Bruxelles, art. 3.

13 V. C. pén., art. 435-1 et s. rédac. L. 30 juin 2000.

14 V. M. Segonds, A propos de la onzième réécriture du délit de corruption. Commentaire de la loi du 13 nov. 2007 : D. 2008, p. 1068.

15 V. Conv. Strasbourg, art. 5 et 6.

16 V. Conv. Bruxelles, art. 2 et 3. - Conv. Strasbourg, art. 2 et 3.

17 V. M. Segonds, Chronique législative : RSC 2011, p. 879.

18 V. M. Segonds, Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption : Dr. pén. 2017, étude 4.

19 V. Rapp. GRECO 2017, § 72.

20 Laquelle limite, bien malencontreusement, l'incrimination au « cadre de l'activité commerciale ». V. Conv. Strasbourg, art. 8.

de transposition utilisés dans le code pénal soient différents, leur signification est équivalente au regard de la jurisprudence pertinente »²¹... à croire que le juge pénal français parvient à être plus européen que le législateur lui-même.

Il faut noter cependant que le droit pénal français connaît de certaines formes de corruption privée inutiles au regard du Droit européen, telles l'incrimination de la corruption prétendument « sportive »²² mais aussi, et surtout, de la corruption d'actionnaire ou d'obligataire assortie d'une peine d'emprisonnement de 2 ans et de 9 000 € d'amende (V. C. com., art. L. 242-9, 3° et L. 245-11). Si ces dernières dispositions ne sont cependant pas contraires à la décision-cadre dont l'article 4, § 2 exige « une peine maximale d'au moins 1 à 3 ans d'emprisonnement », elles se révèlent contraires aux peines portées par la proposition de directive, laquelle exige l'édiction d'une peine égale à 5 ans d'emprisonnement²³.

2. L'approche systémique de la corruption

7 - Les ambitions nouvelles du Droit européen

Les instruments européens de lutte contre la corruption n'ont jusqu'à présent envisagé que l'incrimination de la corruption *stricto sensu* avec l'effort louable d'harmoniser son appréhension juridique par les États membres. Ainsi en est-il de la Convention de Bruxelles - qui n'évoque même pas le trafic d'influence - ou la décision-cadre du 22 juillet 2003. Seule la Convention de Strasbourg fait état, au-delà de la corruption, de la nécessité d'incriminer le trafic d'influence, le blanchiment du produit de la corruption, de conférer une protection aux « collaborateurs de justice et des témoins »²⁴ et de se doter d'infractions comptables²⁵. La directive PIF, même si l'on sait qu'elle n'a pour objet premier la lutte contre la corruption, se livre à une approche élargie de la fraude aux intérêts financiers de l'Union, en se dotant non seulement d'une définition de la fraude mais en faisant également référence aux « autres infractions pénales liées portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union », telles que le blanchiment, la corruption passive, la corruption active, et le détournement²⁶.

8 - L'approche élargie de la Convention de Mérida

Indéniablement, cette vision étroite de la lutte contre la corruption n'est pas celle de la Convention ONUCC puisque les stipulations de celle-ci sont consacrées non seulement à la définition de la corruption et du trafic d'influence mais

également au détournement - y compris privé - à l'abus de fonctions, à l'enrichissement illicite, au blanchiment, au recel ou encore à l'entrave au bon fonctionnement de la Justice. Le législateur européen concède désormais, non sans une certaine maladresse, qu'« il n'existe pas de définition unique de la corruption, celle-ci existant sous différentes formes impliquant différents participants. De fait, la corruption est un phénomène endémique qui revêt des formes multiples et touche tous les aspects de la société, par exemple les pots-de-vin, l'abus de confiance, le trafic d'influence, le commerce d'informations, l'abus de fonctions et l'enrichissement illicite »²⁷. Le législateur européen en vient à considérer qu'« afin de prévenir et de combattre la corruption, il est indispensable d'adopter une approche globale et pluridisciplinaire »²⁸ et, faisant état de la Convention de Mérida, souligne que « cet instrument exige des parties à la convention qu'elles adoptent les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale à la corruption, au détournement et au blanchiment de capitaux et qu'elles envisagent d'adopter les mesures législatives ou autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale à d'autres actes (comme l'abus de fonctions, le trafic d'influence et l'enrichissement illicite) »²⁹. Il est donc particulièrement heureux que l'UE ait (enfin) pris conscience de ce que la corruption, pour être efficacement combattue, se doit de faire l'objet d'une analyse systémique³⁰, laquelle suppose de s'attacher à prendre considération les infractions « satellites » qui sont nécessaires tant à sa perpétration (et de songer au détournement tant public que privé) qu'à la dissimulation et à la jouissance de son produit (blanchiment, recel) et ce, sans négliger les indispensables délits-obstacles, tels notamment les délits de prise illégale d'intérêts afin de combattre notamment le « pantouflage »... phénomène expressément envisagé par la proposition de directive³¹.

9 - De la nécessaire internationalisation des infractions « satellites »

Tandis que le blanchiment du produit de la corruption retient fréquemment l'attention, le phénomène du noircissement des fonds publics ou des fonds privés à des fins de corruption est rarement envisagé. Si nombre d'infractions permettent de répondre à un tel phénomène accompagnant fréquemment le phénomène de la corruption - tel l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux - le délit de détournement de biens publics présente l'inconvénient de n'atteindre, encore et toujours que les agents publics nationaux, dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public. La transposition de la directive PIF commandait pourtant d'en étendre les termes aux agents publics de l'Union européenne, des États membres

21 V. Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, 2019, p. 4.

22 V. M. Segonds, Pour un retour aux qualifications « générales » de la corruption pour lutter contre la corruption dite « sportive » : Archives de politique criminelle 2020, n° 42, p. 21.

23 V. art. 15, § 2b.

24 V. art. 13.

25 V. art. 14.

26 Entendu comme « le fait, pour un agent public auquel est confiée, directement ou indirectement, la gestion de fonds ou d'avoirs d'engager ou de dépenser des fonds ou de s'approprier ou d'utiliser des avoirs d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ». V. art. 4, § 3.

27 Exposé des motifs, p. 7.

28 Proposition dir., 3 mai 2023. Cons. n° 1.

29 Proposition dir., 3 mai 2023. Cons. n° 7.

30 Selon le cons. 8 : « compte tenu de l'évolution des menaces de corruption et des obligations juridiques qui incombent à l'Union et aux États membres au titre du droit international, ainsi que de l'évolution des cadres juridiques nationaux, il convient de rapprocher davantage les définitions de la corruption dans tous les États membres dans le but de couvrir plus largement les comportements relevant de la corruption ».

31 Proposition dir., 3 mai 2023. Cons. n° 5.

de l'UE et des pays tiers³². La proposition de directive en son article 9 impose l'incrimination du détournement commis par un agent public... l'agent public devant s'entendre alors... d'un agent de l'Union ou un agent national d'un État membre ou d'un pays tiers. Sauf à se mettre en contravention, une fois encore, avec le Droit de l'UE, la réécriture de l'article 432-15 du Code pénal s'impose... tout comme s'imposera (« un jour ou l'autre »³³) l'internationalisation des délits-obstacles à la corruption tels que les délits de prise illégale d'intérêts et de favoritisme.

10 - De l'incrimination de l'enrichissement illicite : faux espoir ?

La Convention de Mérida stipule en son article 20 que « sous réserve de sa constitution et des principes fondamentaux de son système juridique, chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, à l'enrichissement illicite, c'est-à-dire une augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes ». Pareille incrimination - non obligatoire mais présentant l'intérêt majeur de résoudre les difficultés de preuve liées au lien de causalité entre l'acte de la fonction et l'avantage indu - le deviendra-t-elle par l'effet de la nouvelle directive ?

Rien n'est moins sûr car, loin de rendre obligatoire l'incrimination de l'enrichissement illicite, l'exposé des motifs trahit le doute qui semble avoir saisi le législateur européen lorsqu'il est fait mention de ce qu'« un certain nombre d'États membres ont fait valoir qu'une transposition littérale de l'infraction d'enrichissement illicite telle qu'elle est définie dans la CNUCC irait à l'encontre de la présomption d'innocence et des traditions constitutionnelles des États membres »³⁴. Pareille prudence peut surprendre alors que la présomption d'innocence, selon une jurisprudence européenne constante, n'a jamais fait obstacle à des présomptions légales dès lors qu'elles constituent des présomptions relatives et qu'il est en outre de tradition (européenne) de considérer que la preuve de l'élément moral d'une infraction peut résulter de « circonstances factuelles objectives »³⁵.

11 - De la portée de l'incrimination de l'enrichissement illicite

Cette prudence explique (peut-être) le fait que la proposition de directive ne propose en rien d'incriminer l'enrichissement

illicite mais de modifier...la directive 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal. L'exposé des motifs rappelle que ladite directive « n'oblige toutefois pas les États membres à incriminer l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens provenant de la corruption lorsqu'une personne est impliquée dans l'infraction dont le bien provient (ce que l'on appelle l'« auto-blanchiment » ». Toujours à en croire l'exposé des motifs « la présente proposition de directive introduit une telle obligation ciblée, en créant ainsi l'infraction d'« enrichissement par la corruption ». Pour cette infraction, les autorités judiciaires devraient uniquement prouver l'existence d'un lien entre les biens et la participation à des faits de corruption, de la même manière qu'elles devraient démontrer que la corruption était une infraction principale en matière de blanchiment de capitaux ». De la sorte, l'intention du législateur européen manque à la fois de courage... et de clarté. Du considérant n° 15, il résulte qu'« afin de réduire les incitants pour les individus et les organisations criminelles à commettre de nouveaux actes criminels et de dissuader les individus de consentir à devenir les propriétaires apparents de biens, il convient d'ériger en infraction pénale l'enrichissement au moyen d'infractions de corruption ». L'article 13 de la proposition de directive dispose ainsi « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit passible de sanctions en tant qu'infraction pénale l'acquisition, la détention ou l'utilisation intentionnelle par un agent public de biens dont il sait qu'ils proviennent de la commission de l'une quelconque des infractions définies par les articles 7 à 12 et 14, que cet agent ait ou non été impliqué dans la commission de cette infraction ». Aussi bien, si pareille disposition vise véritablement à n'incriminer que l'autoblanchiment de corruption, l'incrimination française du blanchiment répond d'ores et déjà à cette « exigence » européenne, sauf à noter que la transposition de la directive du 23 octobre 2018³⁶ n'a toujours pas abouti à la consécration légale de l'autoblanchiment, lequel ne repose que sur la jurisprudence criminelle française. Le progrès constitué par le délit d'« enrichissement lié aux infractions de corruption » apparaît, au moins au regard du droit français, bien mince mais serait, à l'échelle européenne, une avancée pour l'harmonisation des législations des États membres.

³² Proposition dir., 3 mai 2023. Cons. n° 7.

³³ V. A. Vitu, *ibid.*

³⁴ Exposé des motifs, p. 12.

³⁵ Le considérant n° 3 de la proposition de directive affirme au surplus que l'intention et la connaissance exigées en présence des délits de corruption peuvent résulter « de circonstances factuelles et objectives ».

³⁶ V. M. Segonds, *De l'incrimination a minima du blanchiment. A propos de la pertinence de l'article 3 de la directive du 23 octobre 2018* : Dr. pén. 2019, n° 3, p. 29.