

La corruption
Aspects actuels
et de droit comparé

Actes du 3^e Congrès du Groupe de Recherche
sur la Délinquance Financière
et la Criminalité Organisée
(DELFICO)

Monaco : 26-28 octobre 2011

Gilles DUTEIL & Marc SEGONDS (éd.)

N ° 2 5
2 0 1 4

ASSOCIATION
INTERNATIONALE
DE DROIT PENAL
(AIDP / IAPL)

ERRATUM

Une erreur de transmission des fichiers numériques a rendu peu compréhensible le Rapport de synthèse du 2^e symposium des Jeunes Pénalistes, qui s'est tenu à la faculté de droit de La Rochelle (France) des 29 septembre au 1^{er} octobre 2011 sur le thème de la justice transitionnelle, publié dans le numéro 24 des Nouvelles études pénales.

Nous prions le rapporteur de synthèse, M. Jean Cédras, Professeur agrégé de droit privé et de sciences criminelles, ancien avocat général à la Cour de cassation, ainsi que nos lecteurs, de bien vouloir nous en excuser.

ISBN 978-2-7492-4258-3

CF - 1200

© Éditions éres 2014

33, avenue Marcel-Dassault, 31500 Toulouse

www.editions.eres.com

LA CORRUPTION

Aspects actuels et de droit comparé

**Actes du 3^{ème} Congrès du Groupe de Recherche sur la
Délinquance Financière et la Criminalité Organisée
(DELFICO)**

MONACO

26 – 28 Octobre 2011

Gilles DUTEIL & Marc SEGONDS (éd.)

**Association Internationale de Droit Pénal
International Association of Penal Law
Asociación Internacional de Derecho Penal
AIDP-IAPL**

Gilles DUTEIL est directeur du CETFI à l'Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, Faculté d'Economie Appliquée, co-directeur du Master « Lutte contre la Criminalité Financière et Organisée » et Expert judiciaire près la Cour d'Appel d'Aix-en Provence.

Marc SEGONDS est agrégé des Facultés de Droit, Université de Toulouse-Capitole, co-directeur du Master « Lutte contre la Criminalité Financière et Organisée » et Avocat au Barreau de Toulouse.

Conférence organisée, avec le soutien du **Ministère d'Etat de MONACO**, par le Groupe de Recherche sur la Délinquance Financière et la Criminalité Organisée (DELFI), avec le concours du Centre d'Etudes des Techniques Financières (CETFI), Faculté d'Economie Appliquée – du Centre de Recherches en Matière Pénale Fernand Boulan (EA3241) – Faculté de Droit et de Sciences Politiques, Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille III

Ouvrage publié avec le concours financier de l'Association pour la diffusion et la formation technologique (ADIT)

SOMMAIRE

INTRODUCTION : MONDIALISATION DE LA CORRUPTION, LUTTE INÉGALE. 3ÈME CONGRÈS DU DELFICO À MONACO, Adrien Roux	7
REGARDS CROISÉS SUR LA NOTION DE PERSONNES EXPOSÉES POLITIQUEMENT ET L'ABUS DE POUVOIR. 3ÈME CONGRÈS DU DELFICO À MONACO, PHILIPPE DE KOSTER	17
LA SAISIE ET LA CONFISCATION DES BIENS ISSUS DE LA CORRUPTION, Eric Camous	29
L'UTILITÉ D'UNE INCRIMINATION GÉNÉRALE DU BLANCHIMENT, Guillaume Beaussonie	43
LES AVANCÉES DU DROIT MONÉGASQUE DANS LE DOMAINE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION, Laurent Anselmi	57
CONTREFAÇON, CORRUPTION: UNE DÉLINQUANCE NATURELLEMENT LIÉE ?, Bruno Dalles & Christine Lai	65
CORRUPTIONS, INTERNET ET PARIS SPORTIFS : LA TRILOGIE DE TOUS LES DANGERS, Noël Pons	77
LE SECTEUR FINANCIER : UN PARTENAIRE IMPORTANT DANS LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION, Brigitte Henri	99
L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS EN DROITS AMÉRICAIN ET SUISSE, Bertrand Perrin	111
INTRODUCTION À LA SECONDE PARTIE. ÉTUDE COMPARATIVE DES SYSTÈMES D'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION / COMPARATIVE STUDY OF THE BRIBERY'S INCRIMINATION SYSTEMS, Marc Segonds	131
RAPPORT DE SYNTHÈSE, Marc Segonds	133
ANNEXE	
Etude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption. Questionnaire	177
Comparative Study of the Bribery's Incrimination Systems. Questioner	193

INTRODUCTION :
MONDIALISATION DE LA CORRUPTION, LUTTE INÉGALE
3ÈME CONGRÈS DU DELFICO À MONACO

ADRIEN ROUX*

UN PHÉNOMÈNE OMNIPRÉSENT

Un simple regard sur l'actualité internationale suffit généralement à s'en convaincre : le phénomène de la corruption est bien présent et suscite invariablement révélations, inquiétudes, crises politiques et révoltes sur les cinq continents. Quelques exemples permettent d'en attester.

En 2011, le « Printemps arabe » a rebattu les cartes de la géopolitique du Maghreb. Ces révolutions ont chassé du pouvoir des potentats vite accusés d'une corruption massive : Zine el-Abidine Ben Ali en Tunisie, le général Hosni Moubarak en Égypte ou encore l'ancien «guide» libyen Mouammar Kadhafi, pour les principaux. Les nouvelles autorités ont depuis demandé l'aide de la Banque mondiale, et plus particulièrement de StAR (*Stolen Asset Recovery Initiative*) son initiative conjointe avec les Nations unies. Ils se sont engagés dans le lent et délicat processus de coopération internationale pour le recouvrement des avoirs détournés, et disséminés de par le monde, par les dictateurs déchus¹.

En Asie, la République populaire de Chine poursuit une intense campagne anti-corruption, non dénuée d'arrière-pensées politiques, si l'on en croit des observateurs avertis². Dans un discours prononcé le 11 février 2014, le Premier ministre Li Keqiang a détaillé les nouveaux projets anti-corruption et donné un premier bilan chiffré de cette politique. Les sommes y apparaissent colossales : le gouvernement aurait recouvré l'an passé 400 milliards de yuans (48 milliards d'euros) du seul fait de la lutte contre la corruption. De

* Doctorant en droit pénal. Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche (ATER) auprès d'Aix-Marseille Université.

¹ Voir notamment les travaux du Arab Forum on Asset Recovery, piloté par StAR depuis Washington : <https://star.worldbank.org/star/ArabForum/About>

² B. Pedroletti, « Les nouveaux citoyens, croisés de la transparence », Le Monde, 23 janvier 2014.

plus, près de 40 000 agents publics auraient fait l'objet de sanctions pour des faits impliquant leur probité, dont 10 000 révoqués³.

En Amérique, le Mexique est secoué par les interminables soubresauts de la guerre contre la drogue. Les sommes colossales dégagées par les trafics internationaux de stupéfiants offrent des possibilités de corruption infinies. Parmi elles, on retiendra le revirement fracassant d'un groupe d'élite de la police mexicaine, les *Zetas*. En 1997, ils sont passés avec armes et matériel au service de la protection du chef du cartel du Golfe, dans sa lutte implacable contre le cartel rival de Sinaloa. Ils sont devenus depuis un groupe criminel autonome, considéré comme le plus violent du pays⁴. Le 22 février 2014, le trafiquant le plus recherché du pays est arrêté. Joaquín Guzmán Loera, surnommé « *El Chapo* », se range 67^{ème} au classement des milliardaires établi annuellement par le magazine Forbes. Le cartel de Sinaloa, qu'il est suspecté de diriger, aurait un chiffre d'affaire estimé à trois milliards de dollars annuels⁵.

Aux portes de l'Europe, la Turquie traverse actuellement une crise au plus haut niveau. Fin décembre 2013, une vaste opération judiciaire anti-corruption vise des proches du gouvernement. Puis une série de révélations par voie de presse mettent en cause le Premier ministre lui-même, puissant chef du parti AKP au pouvoir. Recep Tayyip Erdoğan réagit vivement en menant une véritable purge du système judiciaire, qui aboutit aux sanctions de quelque 6 000 policiers, dont près de 2 000 à Ankara et la mutation d'office d'une vingtaine de procureurs. Le 15 février 2014, le Parlement turc approuve une loi assurant le contrôle du pouvoir politique sur la nomination des juges et procureurs⁶.

L'Ukraine, après avoir chassé du pouvoir son président pro-russe Viktor Ianoukovytch le 22 février 2014, découvre l'ampleur des richesses accumulées par ce dernier, probablement de façon illicite⁷. Son immense

³ « Pékin repart en guerre contre la corruption », La Tribune, 24 février 2014.

⁴ F. Saïba, « Les tentaculaires cartels mexicains », Le Monde, 5 novembre 2013.

⁵ C. Helman, « Drug Lord 'El Chapo' Guzman Captured In Mexico », Forbes, 22 février 2014. Disponible sur : <http://www.forbes.com/sites/christopherhelman/2014/02/22/billionaire-drug-lord-el-chapo-guzman-captured-in-mexico/>

⁶ H. Sallon, « Ecoutes, purges, affaires : tout comprendre de la crise en Turquie », Le Monde, 27 février 2014.

⁷ O. Khmara, « Viktor Yanukovich is gone, but where are Ukraine's missing millions? », The Guardian, 25 février 2014. Disponible sur :

propriété de Mezhyhirya a été d'ailleurs renommée « *musée de la corruption* »⁸. Le nouveau Premier ministre Arseniy Yatsenyuk a déclaré que les anciennes autorités avaient fait évaporer vers des comptes *offshores* près de 70 milliards de dollars, dans les trois dernières années. La situation du pays, au bord du gouffre financier, est explosive⁹.

Révoltes, arrestations, purges et révolutions sont donc la face émergée d'un malaise dans la politique beaucoup plus important. En France, la situation n'est pas aussi extrême que dans les exemples ici rappelés. Cependant, le problème prend la forme d'un sentiment grandissant de réprobation face aux feuilletons sans fin des scandales politico-financiers. Avec en conséquence une montée inquiétante de la défiance de l'opinion publique envers la classe politique.

EN FRANCE ET EN EUROPE, UNE CRISE DE CONFIANCE POLITIQUE D'AMPLEUR INÉDITE

Début 2013, le secrétaire général du Conseil de l'Europe avait qualifié la corruption de « *menace la plus importante pour la démocratie* »¹⁰. Un discours en forme d'avertissement aux pays européens.

En France, l'institut TNS Sofres pose dans ses études d'opinion, depuis plusieurs décennies, la question « *diriez-vous qu'en règle générale les élus et les dirigeants politiques sont plutôt honnêtes ou plutôt corrompus ?* » et mesure l'évolution dans les réponses. En 2011, 72 % des personnes interrogées répondaient « *plutôt corrompus* » et seulement 19% « *plutôt honnêtes* ». Un niveau d'écart sans précédent depuis 1977 où la même question a commencé à alimenter les études de l'Institut¹¹.

<http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/feb/25/viktor-yanukovych-gone-where-ukraine-missing-millions>

⁸ Voir R. Oliphant, « Viktor Yanukovych leaves behind palace monument to greed and corruption », *The Telegraph*, 23 février 2014. Disponible sur : <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/ukraine/10657109/Viktor-Yanukovych-leaves-behind-palace-monument-to-greed-and-corruption.html>

⁹ S. Walker et O. Grytsenko, « Ukraine's new leaders begin search for missing billions », *The Guardian*, 27 février 2014. Disponible sur : <http://www.theguardian.com/world/2014/feb/27/ukraine-search-missing-billions-yanukovych-russia>

¹⁰ T. Jagland, Discours lors de la session d'hiver de l'Assemblée parlementaire, Strasbourg, 22 janvier 2013. Disponible sur : <http://www.coe.int/fr/web/secretary-general/-/session-of-the-parliamentary-assembly>

¹¹ TNS Sofres, « Jugement sur l'honnêteté des hommes politiques », Sondage, septembre 2011.

Plus récemment, on apprenait dans un sondage Ipsos-Le Monde de janvier 2014 que pour 65% (+3) des Français, la plupart des hommes et des femmes politiques seraient corrompus. 84% (+2) penseraient que les hommes politiques agissent principalement en vue de leurs intérêts personnels. La progression la plus spectaculaire, ajoute l'Institut Ipsos, concerne l'idée selon laquelle « *le système démocratique fonctionne mal* » (+6 points à 78%). Une hausse d'autant plus inquiétante qu'elle toucherait tout particulièrement les moins de 35 ans, avec une progression de 12 points, à 84%¹².

Dernier élément d'actualité, le 3 février dernier, la commissaire européenne pour les affaires intérieures Cécilia Malmström commentait la parution du premier rapport anti-corruption de l'Union européenne (UE). Elle rappelait à cette occasion que les coûts de la corruption sont évalués pour le Vieux Continent à 120 milliards d'euros par an. Mais le problème n'est pas seulement d'ordre économique. La commissaire ajoutait : « *la corruption érode la confiance des citoyens dans les institutions publiques et la démocratie, met en péril les activités économiques, limite les investissements étrangers, coûte cher aux contribuables européens et, dans de nombreux cas, profite aux activités criminelles du crime organisé* »¹³.

Le premier rapport anti-corruption de l'UE¹⁴ définit la corruption comme tout « *abus de pouvoir aux fins d'un profit [privé]* »¹⁵. Avec un prisme aussi large,

¹² Voir B. Teinturier, « La défiance à l'égard de la vie politique atteint des sommets inégalés », *Le Monde*, 21 janvier 2014 et Institut Ipsos, « nouvelles fractures françaises », Sondage, janvier 2014. Disponible sur : www.ipsos.fr/ipsos-public-affairs/actualites/2014-01-21-nouvelles-fractures-francaises-resultats-et-analyse-l-enquete-ipsos-steria. Et également : CEVIPOF, Baromètre de la confiance politique, vague 5, janvier 2014 : <http://www.cevipof.com/fr/le-barometre-de-la-confiance-politique-du-cevipof/les-resultats-vague-5-janvier-2014>

¹³ C. Malmström, Conférence de presse, Bruxelles, 3 février 2014, traduction de l'auteur. Discours disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-89_en.htm

¹⁴ Commission européenne, Rapport anti-corruption de l'Union européenne, 3 février 2014, p. 2. Disponible sur : http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf (en anglais).

¹⁵ L'expression anglaise du rapport : « *abuse of power for private gain* » nous paraît plus exactement traduite par « profit privé » que par « profit personnel » (qui figure dans la version française). Cette dernière formulation tendrait inutilement à exclure les situations où la contrepartie de l'acte de la fonction de l'agent public corrompu bénéficie aux proches de ce dernier, comme des membres de sa famille, sans constituer pour lui un gain personnel.

c'est l'ensemble du dispositif anti-corruption des vingt-huit Etat-membres qui est passé au crible de l'analyse de Bruxelles.

Le rapport rend compte également des résultats du sondage Eurobaromètre spécial 2013 sur la corruption. Cette étude révèle que 68% des Français interrogés estiment que la corruption est très répandue (moyenne de l'UE : 76 %). De manière plus étonnante, 59% des entreprises françaises classeraient la corruption parmi les problèmes auxquels elles sont confrontées dans l'exercice de leurs activités. Un niveau sensiblement plus haut que la moyenne européenne, de 43%. Par contre, seuls 6% des sondés français se sentiraient personnellement victimes de la corruption (contre 26% en moyenne sur l'UE) et 2% déclarent avoir été explicitement ou implicitement invités à verser un pot-de-vin.

Cette défiance de l'opinion publique envers les dirigeants politiques se mesure donc de façon croissante. Et sa progression se constaterait bien au-delà de la France. Mais comment expliquer une telle résonance du problème de la corruption ?

L'HYPOTHÈSE D'UN CONTEXTE MONDIAL FAVORABLE À L'ACCROISSEMENT DE LA CORRUPTION

De tels abîmes nécessitent en effet des forages en profondeur. Comment expliquer cette perception de la corruption, ce sentiment grandissant de défiance qui traverse tous les étages de la vie sociale ?

A l'évidence, des questions aussi larges mériteraient un traitement plus complet. Mais avançons au moins quelques hypothèses, avec dans l'esprit, comme le disait Sigmund Freud, de se garder de prendre l'échafaudage pour le bâtiment lui-même. En réalité, à l'échelle du siècle, plusieurs phénomènes se seraient croisés pour offrir un terrain de développement particulièrement favorable à l'expansion des différentes formes de corruption.

En premier lieu, sur le plan interne aux sociétés occidentales, le « *désenchantement du monde* » et la « *fin* » des idéologies auraient produit un glissement sans précédent en faveur de la valeur-argent¹⁶. L'idéal de l'« enrichissez-vous », profondément individualiste, aurait ainsi occupé progressivement la place laissée vacante par l'effondrement du

¹⁶ C'est notamment la thèse défendue par l'économiste Daniel Cohen dans deux ouvrages majeurs. Voir D. Cohen, *La Prospérité du vice. Une introduction (inquiète) à l'économie*, Paris, Albin Michel, 2009, 282 p. et *Homo Economicus. Prophète (égaré) des temps nouveaux*, Paris, Albin Michel, 2012, 280 p.

communisme et des mouvements collectifs d'émancipation. Or il faut rappeler que dans une part importante des cas de corruption, le mobile est le gain monétaire, au détriment des devoirs séculaires des agents publics.

Sous ce prisme, au plus l'incitation sociale à poursuivre le gain d'argent serait vécue individuellement comme importante, au moins serait tendanciellement forte la résistance du fonctionnaire ou de l'élu à la corruption.

Car la corruption suppose le franchissement d'une frontière, parfois floue, au moins symbolique, qui est la marque même d'existence d'une république¹⁷ : le partage entre une sphère des intérêts privés et la sphère du bien public. Autrement dit, la corruption *dans* la république entraîne effectivement la corruption *de* la république, comme l'affirmait justement le Professeur Yves Meny¹⁸. Ou encore, à la manière de Montesquieu : « *pour lors le trésor public devient le patrimoine des particuliers [...] la république est une dépouille* »¹⁹.

Parallèlement, à l'échelle internationale, la montée en puissance de la globalisation a rapidement constitué une source d'opportunités inégalée pour les corrompus, trafiquants et criminels organisés de la planète entière. Les possibilités offertes par les paradis fiscaux et judiciaires ont été abondamment exploitées. On ne sera donc pas étonnés de découvrir, dans

¹⁷ Précisons ici que si cette frontière entre sphère publique et sphère privée existe bien plus largement que dans les régimes démocratiques, c'est en revanche pour ces derniers que la corruption se révèle la plus dangereuse, tant cette séparation leur est consubstantielle. Voir à cet effet H. Arendt, *La crise de la culture*, 1961 (première éd. française 1968).

¹⁸ Voir à cet effet l'excellent ouvrage de ce dernier, devenu une référence sur le sujet : Y. Meny, *La corruption de la République*, Paris, Fayard, 1992, 351 p.

¹⁹ Ce passage célèbre du philosophe mérite d'être cité in extenso : « Les politiques grecs, qui vivaient dans le gouvernement populaire, ne reconnaissaient d'autre force qui pût les soutenir que celle de la vertu. Ceux d'aujourd'hui ne nous parlent que de manufactures, de commerce, de finances, de richesses et de luxe même. Lorsque cette vertu cesse, l'ambition entre dans les cœurs qui peuvent la recevoir, et l'avarice entre dans tous. Les désirs changent d'objets : ce qu'on aimait, on ne l'aime plus ; on était libre avec les lois, on veut être libre contre elles ; chaque citoyen est comme un esclave échappé de la maison de son maître ; ce qui était maxime, on l'appelle rigueur ; ce qui était règle, on l'appelle gêne ; ce qui y était attention, on l'appelle crainte. C'est la frugalité qui y est l'avarice, et non pas le désir d'avoir. Autrefois le bien des particuliers faisait le trésor public ; mais pour lors le trésor public devient le patrimoine des particuliers. La république est une dépouille ; et sa force n'est plus que le pouvoir de quelques citoyens et la licence de tous ». Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre III, Chapitre III (Du principe de la démocratie).

chaque scandale retentissant, la présence de flux financiers vers des destinations exotiques (Îles Caïmans, Îles Vierges britanniques, Panama, etc.) ou déjà bien connues pour leur opacité (Suisse, Luxembourg, City de Londres, etc.)²⁰.

Déjà lors de l'appel de Genève du 1^{er} octobre 1996, six magistrats européens (dont le Français Renaud Van Ruymbeke) avaient considéré que les frontières tendaient à ne plus exister que pour les juges et les policiers. Une réalité qu'une nouvelle génération d'élites criminelles, en cols blancs, n'aurait pas tardé à exploiter, navigant trop souvent avec aisance dans les sphères d'impunité du système international.

En résumé, on pourrait dire que la conjonction de facteurs internes (sociétaux) et externes (la mondialisation et son cortège d'innovations technologiques qui la rend possible) pourrait expliquer l'actualité du problème de la corruption. Cela, alors même que le droit pénal demeure très étroitement corseté par l'existence des frontières.

EN FRANCE : UNE LUTTE INCOMPLÈTE

Le 2 avril 2013, les aveux du ministre du budget Jérôme Cahuzac à propos de son compte bancaire non déclaré, en Suisse, mettent le feu aux poudres²¹. Survenant après une série d'affaires dites « politico-financières » qui ont émaillé la fin de la présidence de Nicolas Sarkozy (Woerth-Bettencourt, Tapie, Karachi, du financement libyen, etc.), le nouveau scandale a profondément heurté l'opinion publique et provoqué une onde de choc politique.

Après la promesse de campagne d'une « *république exemplaire* », la réaction du nouveau gouvernement s'est voulue vigoureuse. Le 10 avril 2013, le Président François Hollande annonce un programme très complet de « *moralisation de la vie politique* ». Dans sa conférence de presse, il affirme que l'affaire Cahuzac « *révèle, une fois encore, la nécessité d'une lutte implacable contre les dérives de l'argent, de la cupidité, et la finance occulte* »²².

²⁰ Voir notamment C. Ducouloux-Favard, *Les paradis fiscaux. De la fraude au crime*, Paris, Riveuneuve éd., 351 p. et récemment traduit en français N. Shaxson, *Treasure Islands. Tax Havens and the Men Who Stole the World*, Londres, 2011, Bodley Head, 328 p.

²¹ Voir A. Chemin et G. Davet, « Comment Jérôme Cahuzac s'est résolu à passer aux aveux », *Le Monde*, 3 avril 2013.

²² Voir G. Biseau et V. Lazard, « Avec Hollande, c'est bon pour la morale », *Libération*, 10 avril 2013.

Fin avril 2013, le gouvernement soumet au Parlement, dans l'urgence, une série de projets de lois dits de « moralisation ». Ces lois suscitent d'intenses et inhabituels débats entre l'Assemblée nationale et le Sénat, qui se prolongent jusqu'à l'automne. L'opposition du Sénat se porte notamment sur les mesures phares du projet : procureur financier, droit d'agir des associations anti-corruption ou encore extension du domaine des techniques spéciales d'enquête.

L'Assemblée nationale obtient finalement le dernier mot, conformément à l'article 45, alinéa 4, de la constitution du 4 octobre 1958. Malgré ce parcours qualifié de « chaotique » par la doctrine, les nouvelles lois peuvent entrer en vigueur, légèrement édulcorées par rapport aux intentions initiales du gouvernement²³.

Le volet préventif de ces lois de « moralisation » s'incarne dans les deux lois relatives à la transparence de la vie publique (loi org. n° 2013-906 et loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013).

Le volet répressif vise quant à lui le renforcement de la lutte contre la grande délinquance financière, via une série de dispositions qui constituent indéniablement des avancées (loi org. n° 2013-1115 relative au procureur de la République financier et loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013).

Enfin, le Conseil constitutionnel valide l'essentiel des textes. Les sages censurent néanmoins des aspects importants, comme la proportionnalité des amendes encourues en matière de corruption en fonction du chiffre d'affaire des entreprises²⁴.

Si l'on peut saluer ces dispositions nouvelles, leur entrée en vigueur ne devrait pas dénouer dans l'immédiat le problème de la corruption. Il semble que la France, semblablement à de nombreux pays, ne puisse se passer longtemps d'une réflexion d'ensemble sur l'étendue du problème et les moyens d'y faire face. Il faudra alors commencer par envisager sérieusement les moyens humains et matériels mis à disposition de la justice dans sa lutte difficile contre la criminalité financière. La corruption est une infraction de pouvoir, occulte, réalisée les plus souvent en réseau, impliquant des

²³ Voir notamment J. Daleau, « Lutte contre la délinquance financière : un parcours chaotique », Dalloz actualité, 20 septembre 2013.

²⁴ Conseil constitutionnel, décisions n°2013-675 DC et n°2013-676 DC du 9 octobre 2013 concernant les lois de transparence et n° 2013-680 DC et n° 2013-679 du 4 décembre 2013 concernant le procureur de la République financier et le renforcement de la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

personnes puissantes et rationnelles. Elle demande une volonté politique solide et renouvelée, qui fait pourtant trop souvent défaut.

Il ne faudrait pas oublier que la démocratie est un régime plus fragile qu'il n'y paraît. Cette faiblesse avait frappé Montesquieu, pour qui le régime populaire ne pouvait survivre sans la vertu, son principe. C'est pourquoi la réflexion scientifique sur ce phénomène complexe et les moyens que se donnent les Etats de droit pour le combattre doit se poursuivre. La progression des connaissances est un préalable indispensable à toute politique pénale efficace. Les contributions présentées ici y concourent.

REGARDS CROISÉS SUR LA NOTION DE PERSONNES EXPOSÉES POLITIQUEMENT ET L'ABUS DE POUVOIR

3ÈME CONGRÈS DU DELFICO À MONACO

PHILIPPE DE KOSTER*

INTRODUCTION

Depuis la fin des années 1970, on assiste à la prise de conscience par la communauté internationale de l'atteinte que porte la corruption à l'intérêt général. Aujourd'hui, un consensus international existe autour du fait qu'elle constitue un frein au développement économique, une menace pour la démocratie et la bonne gestion des affaires publiques ainsi qu'un facteur de renforcement de la pauvreté.¹

A l'instar des autres activités criminelles, la corruption exploite les vulnérabilités tant des individus que des cadres législatifs et institutionnels. Le contexte actuel de crise économique et financière qui perdure a pour conséquence que les garde-fous moraux sont souvent abaissés. Les indices de corruption reconnus, y compris ceux de la Banque mondiale et de Transparency International, ainsi que les informations recueillies par le GRECO sont autant d'éléments qui démontrent que la corruption est une préoccupation persistante voire croissante.²

Selon Transparency International, la corruption est « l'abus d'un pouvoir confié, à des fins privées. Elle frappe toutes les personnes dont la vie, les

* Avocat général à la Cour d'appel de Mons. Président suppléant de la CTIF

¹ United Nations Convention against Corruption and Technical guide to the United Nations Convention against Corruption – United Nations Office on Drugs and Crime (www.unodc.org) – The OECD Convention on Bribery – A commentary, edited by Mark Pieth, Lucinda A. Low, Peter J. Cullen - Cambridge University Press.

² Greco, Conseil de l'Europe, *11^{ème} rapport général d'activités du Greco (2010)*, Strasbourg 2011 ; Banque mondiale, *Stolen Asset Recovery – Politically Exposed Persons – A Policy Paper on Strengthening Preventive Measures* – Theodore S. Green, Larissa Gray, Delphine Schantz, Michael Latham and Caroline Gardner (www.worldbank.org).

moyens d'existence ou le bonheur dépendent de l'intégrité de ceux qui occupent une position d'autorité. »³

Cette position d'autorité peut notamment être occupée par une personne exposée politiquement (PEP), qui, selon la définition du Groupe d'action financière (GAFI), est une personne qui exerce ou a exercé d'importantes fonctions publiques dans un pays étranger⁴. Les typologies, tant internationales que nationales, démontrent en effet que les dossiers liés à la corruption concernent particulièrement des PEP⁵.

La lutte contre la corruption et le blanchiment des capitaux qui en sont issus n'est pas une tâche aisée. Le nombre limité de condamnations en la matière témoigne de cette difficulté. Néanmoins, loin d'être une fatalité, la corruption est un phénomène que l'on peut combattre. Les mesures de prévention sont au cœur de la détection de la corruption et du blanchiment de capitaux. A cette fin, la transparence des opérations et de la propriété des avoirs est indispensable pour remonter la piste des avoirs liés à la corruption, le recouvrement des avoirs et les enquêtes et la poursuite des activités de corruption.⁶

Si le contexte international se caractérise par un nombre important d'instruments supranationaux visant à lutter contre cette criminalité, cette diversité rend d'autant plus importante l'existence d'une approche coordonnée en matière de lutte contre ce phénomène impliquant tous les acteurs susceptibles d'y jouer un rôle, à savoir tant les gouvernements que les autorités judiciaires mais aussi plus particulièrement les cellules de renseignements financiers (CRF) et les professions déclarantes : soit une dynamique préventive et répressive de tous les services compétents⁷.

Le présent document a pour objectif d'aborder la notion de PEP, de présenter les typologies relatives aux PEP, d'examiner les difficultés liées à leur identification et à la coopération internationale, en évoquant notamment la coopération dans le cadre du « printemps arabe » et, enfin, de présenter des pistes de réflexion dans le cadre d'une lutte efficace.

³ Transparency International, *Annual Report 2010*.

⁴ GAFI, *Les quarante recommandations du GAFI, glossaire* (www.fatf-gafi.org).

⁵ GAFI, *Laundering the proceeds of corruption*, 2011; Wolfsberg Group (2008), *Frequently Asked Questions on Politically Exposed Persons*, 2008.

⁶ GAFI, *Corruption - A reference guide and information note on the use of the FATF Recommendations in the fight against corruption*, 2010.

⁷ GAFI, *Corruption - A reference guide and information note on the use of the FATF Recommendations in the fight against corruption*, 2010.

LA NOTION DE PEP

D'emblée, il importe de souligner que si le terme PEP renvoie à une catégorie de personnes, il ne leur confère en aucun cas un statut criminel ou ne laisse supposer l'existence d'une activité criminelle.

LA DÉFINITION DU GAFI ET LA RECOMMANDATION 6

D'après la définition du GAFI, une PEP est « une personne qui exerce ou a exercé d'importantes fonctions publiques dans un pays étranger ; par exemple, de chef d'État ou de gouvernement, de politiciens de haut rang, de hauts responsables au sein des pouvoirs publics, de magistrats ou militaires de haut rang, de dirigeants d'une entreprise publique ou de responsables de parti politique. Les relations d'affaires avec les membres de la famille d'une PEP ou les personnes qui lui sont étroitement associées présentent, sur le plan de la réputation, des risques similaires à ceux liés aux PEP elles-mêmes. »⁸

Dans le cadre des devoirs de vigilance (« due diligence »), estimant que les PEP représentent un risque accru, la Recommandation 6 du GAFI stipule que les institutions financières devraient, s'agissant de PEP, mettre en œuvre les mesures de vigilance normales, et en outre:

- a. Disposer de systèmes de gestion des risques adéquats afin de déterminer si le client est une PEP ;
- b. Obtenir l'autorisation de la haute direction avant de nouer une relation d'affaires avec de tels clients ;
- c. Prendre toutes les mesures raisonnables pour identifier l'origine du patrimoine et l'origine des fonds ;
- d. Assurer une surveillance renforcée et continue de la relation d'affaires.

LA SITUATION EN BELGIQUE

L'article 12 de la loi du 11 janvier 1993⁹ stipule que les organismes et personnes déclarants doivent prendre des mesures spécifiques lorsqu'ils nouent des relations d'affaires ou lorsqu'ils effectuent des transactions avec ou pour le compte:

⁸ GAFI, *Les quarante recommandations du GAFI, glossaire* (www.fatf-gafi.org).

⁹ Loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.(MB. 09.02.1993), modifiée par la loi du 18 janvier 2010. (www.ctif-cfi.be).

1° de personnes politiquement exposées résidant à l'étranger, à savoir des personnes physiques qui occupent ou ont exercé une fonction publique importante;

2° de membres directs de la famille des personnes visées au 1°;

3° ou des personnes connues pour être étroitement associées aux personnes visées au 1°.

L'article 12 de la loi du 11 janvier 1993 précise ce qu'on entend par « des personnes physiques qui occupent ou ont exercé une fonction publique importante » :

1° les chefs d'État, les chefs de gouvernement, les ministres, ministres délégués et secrétaires d'État;

2° les parlementaires;

3° les membres des cours suprêmes, des cours constitutionnelles ou d'autres hautes juridictions dont les décisions ne sont habituellement pas susceptibles de recours;

4° les membres des cours des comptes et la direction des banques centrales;

5° les ambassadeurs, les chargés d'affaires et les officiers supérieurs des forces armées;

6° les membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance des entreprises publiques.

Aucune de ces catégories ne couvre des personnes occupant une fonction de niveau intermédiaire ou subalterne. Elles comprennent, le cas échéant, les fonctions exercées au niveau européen ou international.

Sous réserve de l'application de mesures de vigilance renforcées en fonction d'une appréciation du risque lié à la clientèle, les organismes et les personnes déclarants ne sont pas tenus de considérer comme politiquement exposée, une personne qui n'a pas occupé de fonction publique importante pendant une période d'au moins un an.

Aux fins de l'application du présent paragraphe, on entend par «les membres directs de la famille des personnes visées à l'alinéa 1^{er}, 1°»:

1° le conjoint;

2° tout partenaire considéré par le droit national de la personne visée à l'alinéa 1^{er}, 1° comme l'équivalent d'un conjoint;

3° les enfants et leurs conjoints ou partenaires;

4° les parents.

Aux fins de l'application du présent paragraphe, on entend par « des personnes étroitement associées aux personnes visées à l'alinéa 1^{er}, 1^o »:

1^o toute personne physique connue pour être, conjointement avec une personne visée à l'alinéa 1^{er}, 1^o, le bénéficiaire effectif d'une personne morale ou d'une construction juridique ou pour entretenir toute autre relation d'affaires étroite avec une telle personne;

2^o toute personne physique qui est le seul bénéficiaire effectif d'une personne morale ou d'une construction juridique connue pour avoir été, de facto, créée au profit d'une personne visée à l'alinéa 1^{er}, 1^o.

Les mesures spécifiques requises incluent:

1^o de mettre en œuvre des procédures adéquates et adaptées, en fonction du risque, de manière à pouvoir déterminer si le client ou un bénéficiaire effectif du client est une personne politiquement exposée;

2^o d'obtenir l'autorisation d'un niveau adéquat de la hiérarchie avant de nouer une relation d'affaires avec de tels clients;

3^o de prendre toute mesure appropriée, en fonction du risque, pour établir l'origine du patrimoine et l'origine des fonds impliqués dans la relation d'affaires ou la transaction;

4^o d'assurer une surveillance continue renforcée de la relation d'affaires.

LES TYPOLOGIES RELATIVES AUX PEP

L'application de leurs devoirs de vigilance à l'égard des PEP a permis aux déclarants d'adresser des déclarations de soupçons à la CTIF. Lorsque l'analyse de la CTIF fait apparaître l'existence d'indices sérieux de blanchiment, elle en informe les autorités judiciaires.

Sur la base de l'expérience de la CTIF, l'analyse typologique des dossiers transmis en lien avec la corruption indique principalement des liens avec la corruption de fonctionnaires publics et, dans une moindre mesure, avec la corruption privée. Les intervenants sont principalement des PEP, essentiellement de nationalité étrangère et/ou résidant à l'étranger.

Les opérations de blanchiment sont le plus souvent effectuées en recourant au système bancaire. Les ouvertures de comptes auprès d'institutions bancaires dans le seul but d'effectuer les opérations de blanchiment sont fréquentes. Le schéma classique des opérations consiste principalement, soit, en des versements en espèces suivis de transferts vers l'étranger, soit,

en des transferts de l'étranger suivis de retraits en espèces. Cette tendance est également observée au niveau international¹⁰.

Plusieurs dossiers indiquent que les opérations de blanchiment sont effectuées par des tiers, en particulier lorsque ces dossiers concernent des PEP. Il s'agit notamment des membres de leur famille, des associés ou des titulaires de professions non financières. Le recours à ces derniers est également particulièrement souligné par le GAFI, qui les qualifie de « gatekeepers ».¹¹

Divers exemples illustrent également le recours à des techniques sophistiquées de blanchiment. Il s'agit notamment du recours à des services de gestion bancaire privée à l'étranger, à des comptes de passage, à des sociétés écrans et à des centres offshore. Comme le confirme le récent rapport typologique du GAFI, ces tendances sont également observées au niveau international¹².

L'investissement dans des valeurs mobilières, immobilières ou dans des assurances a également été observé, aussi bien pour le compte d'intervenants belges qu'étrangers.

LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'IDENTIFICATION DES PEP¹³

Dans la pratique, on constate que plusieurs difficultés peuvent se poser en termes d'application des obligations relatives à l'identification des PEP. Ces difficultés se rencontrent à différents niveaux et par différents secteurs.

POUR LE SECTEUR FINANCIER (PROFESSIONS FINANCIÈRES ET NON-FINANCIÈRES)

Une définition fort large

Le secteur financier rencontre des difficultés dans la pratique lorsqu'il s'agit d'identifier une PEP. S'il existe bien des bases de données commerciales contenant des informations sur les PEP, leur accès s'avère particulièrement onéreux, en particulier pour les plus petites institutions financières ou les professions non-financières. Ceci pourrait en outre placer ces professions

¹⁰ GAFI, *Laundering the proceeds of corruption*, 2011; Wolfsberg Group (2008), *Frequently Asked Questions on Politically Exposed Persons*, 2008.

¹¹ GAFI, *Laundering the proceeds of corruption*, 2011; GAFI, *Global Money Laundering and Terrorist Financing Threat Assessment*, 2010.

¹² GAFI, *Laundering the proceeds of corruption*, juillet 2011.

¹³ Ces informations sont issues de l'exposé intitulé *Politically Exposed Persons (PEPs)-The issues* présenté par Philippe de Koster lors du 28th International Symposium on Economic Crime, Cambridge – 9 September 2010.

dans une position vulnérable, les exposant à une utilisation à des fins de blanchiment par des PEP potentiellement accrue.

De plus, il est extrêmement difficile d'identifier des liens entre différentes personnes apparentées si elles utilisent des noms de familles différents ou si elles fournissent des informations fausses ou incomplètes concernant leurs relations familiales. Déterminer l'existence de liens avec des personnes qui leur sont étroitement associées présente encore plus de difficultés. Or, les typologies ont - à de nombreuses reprises - mis en évidence le fait que les PEP utilisent des associés pour servir d'intermédiaire ou de couverture à des fins de blanchiment, leur permettant de rester à l'arrière-plan des opérations.

Le caractère peu adapté aux risques propres à chaque catégorie de PEP

L'expérience démontre que la définition d'une PEP n'est pas toujours adaptée au risque que présente chaque catégorie de PEP. Les cas de corruption n'impliquent pas uniquement des officiels de haut rang mais souvent des personnes de rang moyen ou inférieur.

Par ailleurs, plusieurs pays ne visent pas les PEP qui exercent d'importantes fonctions publiques dans leur propre pays, alors qu'elles sont également susceptibles d'abus de pouvoir et que les institutions financières disposent de davantage d'informations à leur sujet.

Actuellement, le GAFI encourage les pays à étendre les obligations de la Recommandation 6 aux individus qui exercent d'importantes fonctions publiques dans leur propre pays et des discussions sont en cours concernant l'extension aux PEP nationales ainsi qu'aux personnes exerçant ou ayant exercé une fonction au sein d'une organisation internationale.

Un projet de nouveau texte pour la Recommandation 6 est à l'étude, qui stipulerait que les institutions financières devraient mettre en œuvre les mesures raisonnables pour déterminer si un client est une PEP nationale ou une personne qui exerce ou a exercé des fonctions au sein d'une organisation internationale. Dans les cas d'une relation d'affaires présentant un risque accru impliquant ces personnes, les institutions financières devraient appliquer les mesures mentionnées aux paragraphes b, c et d (tels que mentionnés dans l'actuelle Recommandation 6). Les obligations relatives à toutes les PEP devraient aussi s'appliquer aux membres de leurs familles ou aux personnes qui leur sont étroitement associées.

L'application non uniforme des standards

L'application de manière uniforme par chaque pays des obligations relatives à la Recommandation 6 est essentielle.

Or, dans certains pays, les PEP ne sont plus monitorées à partir du moment où elles n'exercent plus de fonction publique ou le sont pendant une période déterminée seulement. Dans d'autres pays, les obligations de vigilance ne s'appliquent qu'au début de la relation d'affaires.

POUR LES CRF ET LES AUTORITÉS JUDICIAIRES

Les difficultés liées à la coopération internationale

L'expérience montre que l'approche internationale de la lutte contre la corruption et le blanchiment est fondamentale. Cette approche requiert des mécanismes de coopération internationale effectifs. Dans ce contexte, la transparence des opérations et de la propriété des avoirs est indispensable pour remonter la piste des avoirs liés à la corruption, le recouvrement des avoirs et les enquêtes et la poursuite des activités de corruption et de blanchiment¹⁴.

Or, des difficultés existent en matière de coopération internationale et sont principalement liées au fait qu'il s'agit souvent de dossiers où le blanchiment concerne des capitaux provenant d'une corruption à l'étranger au sujet de laquelle il est difficile d'enquêter ou de réunir des éléments. Cette coopération peut se révéler encore plus difficile lorsque la PEP est encore en fonction dans son pays d'origine. Le statut de ces personnes dans leur pays rend ainsi souvent impossible les poursuites menées à leur encontre notamment du chef de corruption et de blanchiment de capitaux.

Le refus de l'entraide judiciaire rend en outre difficile la preuve de l'origine illicite des capitaux blanchis. Tel est notamment le cas lorsqu'il est fait usage de certains centres offshores. Or, les typologies démontrent que les PEP ont fréquemment recours à des centres offshores pour effectuer des opérations de blanchiment.

Dans ce contexte, il est indispensable de se doter de mécanismes de coopération internationale et d'échanges d'informations efficaces et durables.

CAS PRATIQUE : ILLUSTRATION DE L'IMPORTANCE DE LA COOPÉRATION SUITE AUX ÉVÈNEMENTS LIÉS AU « PRINTEMPS ARABE »

Les récents évènements survenus dans certains pays du Moyen-Orient ont révélé que des PEP sont actuellement poursuivies en relation avec de possibles malversations financières. Dans ce cadre, les autorités de poursuites locales ont requis une assistance légale et fourni des listes

¹⁴ GAFI, *Corruption - A reference guide and information note on the use of the FATF Recommendations in the fight against corruption*, 2010.

reprenant les noms des personnes incriminées en vue du gel de leurs avoirs détenus dans l'UE.

Afin de favoriser une réaction aussi rapide et efficace que possible lors du traitement des listes, le système de lutte AML/FT pourrait être en mesure de constituer un outil performant.

L'expérience de la Belgique et de la France, au travers de leur CRF respectives, illustre comment le renseignement financier peut constituer une source d'information susceptible d'être exploitée rapidement et efficacement dans le cadre du traitement des listes dès leur diffusion.

RÉACTIONS DE LA CTIF ET DE TRACFIN

En Belgique, la demande d'assistance s'est immédiatement traduite par la vérification, par la CTIF, de sa base de données afin d'identifier la présence éventuelle des noms incriminés. Cet examen a permis l'identification d'une personne, étroitement associée à une PEP, intervenant dans des dossiers précédemment transmis aux autorités judiciaires. Vu la présence de liens identifiés avec la France, la CTIF en a immédiatement averti son homologue français.

Parallèlement, la CTIF a publié un message d'alerte sur son site internet invitant l'ensemble des organismes et personnes déclarants à appliquer avec une particulière attention les mesures de vigilance accrues prévues à l'article 12 de la loi du 11 janvier 1993 relatives aux PEP.

Enfin, la CTIF a également envoyé un mailing lui ayant permis de récolter des informations supplémentaires émanant du secteur bancaire ainsi que d'autres de ses homologues à l'étranger. L'ensemble de ces informations a été transmise aux autorités judiciaires, lesquelles ont saisi des fonds.

À l'instar de la CTIF, Tracfin a également été en mesure de diffuser un message d'alerte sur son site internet. Les informations recueillies suite à ce message ainsi que les noms issus de la base de données de Tracfin ont permis de mettre en évidence un réseau de personnes proches d'une PEP et de procéder à une première évaluation des avoirs présents en France.

Comme l'illustre l'expérience de ces deux CRF, une réaction rapide et efficace est possible dans le cadre du traitement de listes.

LIMITATION DE L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS ENTRE CRF

Il existe une limitation de l'échange d'informations entre CRF : à partir du moment où l'information fait l'objet d'un dossier judiciaire dans un autre pays, la CRF n'est plus compétente pour poursuivre les investigations et la dissémination d'informations financières n'est plus autorisée.

Cette restriction est liée au fait qu'il faut éviter que l'assistance administrative entre CRF n'ait lieu alors que l'assistance légale peut être en cours.

Au niveau européen, la coopération administrative entre CRF fait l'objet de la décision du Conseil du 17 octobre 2000 (2000/642/JHA). Cette décision précise que l'échange d'informations entre CRF doit être lié à une déclaration de soupçon reçue par une CRF à propos de transactions financières spécifiques. Par conséquent, cette décision n'autorise pas l'échange d'informations basée uniquement sur une liste de noms sans lien avec des transactions financières suspectes.

Cette situation ne permet dès lors pas un échange d'informations destiné à construire une image globale des avoirs de personnes mentionnées sur une liste.

Or, en Belgique, il n'est pas interdit que les autorités judiciaires collaborent avec la CRF pour coordonner des actions fondées sur des bases légales différentes. Cette coordination rend la recherche et l'analyse de renseignements financiers compatibles dans les faits et dans la loi, sans préjudice des compétences des autorités judiciaires.

Les exemples liés au printemps arabe illustrent donc le fait que certaines CRF sont en mesure d'agir individuellement mais que le réseau des CRF européennes n'a pas la capacité suffisante pour jouer un rôle pour aider les autorités politiques à constituer une liste de personnes concernées par le gel des avoirs.

VERS UN ÉCHANGE D'INFORMATIONS MOINS RESTRICTIF

La coopération entre les CRF européennes se doit d'être améliorée. Conformément à l'approche basée sur le risque, si une CRF d'un pays de l'UE évalue qu'il existe un risque accru concernant une personne physique ou morale et s'il est raisonnable de penser que cette personne exerce des activités financières dans un autre pays membre, l'information relative à cette personne devrait pouvoir être partagée.

Il devrait donc pouvoir être envisagé d'échanger des informations entre CRF sans qu'un lien avec une transaction financière spécifique soit établi et évaluer les conditions sous lesquelles un échange d'informations automatique pourrait être approprié.

Ces discussions sont actuellement en cours au sein de l'UE.

CONCLUSIONS

En matière de corruption, il faut une réelle volonté politique qui s'exprime de manière générale et à l'échelle mondiale afin d'appréhender ce phénomène dans sa globalité et tenter de l'éradiquer.

Les lacunes constatées dans le dispositif législatif d'un grand nombre d'Etats et celles de la coopération internationale constituent dès lors des facteurs importants qui portent préjudice aux efforts déployés par certains pour combattre la corruption impliquant notamment des PEP et le blanchiment des fonds qui en sont issus. Il ne suffit pas de constater qu'au niveau national, un Etat aurait correctement transposé les instruments internationaux de lutte pour en conclure que ces outils sont performants et donnent des résultats concrets.

Si ces instruments se développent et existent en nombre, il est interpellant de constater que trop d'Etats ne traduisent pas en actes leurs engagements internationaux. Des efforts doivent être accomplis au niveau de l'effectivité et de la mise en œuvre pratique des instruments disponibles.

Pour lutter contre la corruption et le blanchiment de son produit, il faut dès à présent traduire en mesures concrètes les engagements internationaux qui ont été pris et des mesures proactives sont nécessaires, impliquant la collaboration de toutes les parties concernées : les pays (y compris les pays d'origine des PEP), les autorités judiciaires, les services de police, les CRF et les déclarants.

La coopération en ce qui concerne la lutte contre le blanchiment de capitaux provenant de la corruption est essentielle. L'importance de cette coopération vient encore d'être soulignée par le Groupe Egmont dans un récent rapport¹⁵ insistant sur la nécessité d'améliorer l'échange d'informations entre CRF. Une coopération renforcée entre les CRF ainsi qu'une capacité d'intervention étendue dans le domaine des blocages préventifs des avoirs est d'autant plus nécessaire et urgente que d'autres acteurs non gouvernementaux peuvent et doivent aussi assumer un rôle dans ce secteur¹⁶.

¹⁵ FATF/WGTY(2011)29, *Information exchange and international cooperation enhancement*, 6 octobre 2011.

¹⁶ Mark PIETH, *Harmonising Anti-Corruption Compliance, The OECD Good Practice Guidance 2010*, Basel Institute on Governance, Zürich, Dike Verlag, 2011; Daniel THELESKLAFF, Pedro GOMES PEREIRA, *Non-State Actors in Asset Recovery*, Basel Institute on Governance, Bern, Peter Lang, 2011

LA SAISIE ET LA CONFISCATION DES BIENS ISSUS DE LA CORRUPTION

ERIC CAMOUS*

Sommaire

La saisie et la confiscation sont particulièrement adaptées à la lutte contre la corruption en ce qu'elles permettent d'appréhender toutes les richesses associées à cette forme de délinquance. Les règles applicables ont fait l'objet d'importantes réformes qui en ont considérablement facilité la mise en œuvre. Mais des obstacles subsistent encore.

1.- Problématique.- La corruption fait partie de ces infractions qui sont naturellement associées au profit¹. Il s'agit de financer le détournement des règles par ceux-là même qui ont la mission de les faire respecter afin de bénéficier de richesses ou d'avantages difficiles voire impossibles à obtenir autrement. Le corrompu trouve naturellement un intérêt dans l'opération à travers ce que lui apporte le corrupteur. Un mécanisme qu'il peut d'ailleurs lui-même initier ce que réprime la corruption passive². Des incriminations régulièrement redessinées qui présentent une indéniable dimension économique³. En témoignent les études réalisées sur le sujet⁴. La raison en est que l'infraction va bien au-delà du seul enrichissement des délinquants. Dans le pire des cas, elle favorise la mise sur le marché de produits nuisibles ou dangereux pour la santé. Elle impacte parfois gravement la vie

* Procureur de la République de Montluçon.

¹ C. pén., art. 433-1 al. 2.

² C. pén., art. 432-11.

³ M. Segonds, « A propos de la onzième réécriture des délits de corruption », (dossier la lutte contre la corruption), D.2008, n°16, p.1068.

⁴ « La lutte contre la corruption », entretien avec Chantal Cutajar, professeur et François Franchi, Conseiller près la Cour d'appel de Paris et Philippe Montigny, président de l'agence Ethic Intelligence France: Cahier de dr. de l'entreprise, n°4, juillet 2010, entretien 4 ; J. Jehl, « Action contre la corruption: multilatérales et nationales, publiques et privées »: JCP éd. G., n°20, 16 mai 2011, Zoom, 600.

des entreprises en permettant aux moins concurrentielles de prospérer aux dépens de celles qui ont su s'adapter en offrant des biens ou des services de meilleure qualité. Le fonctionnement des marchés en est considérablement perturbé, la corruption pouvant favoriser le maintien de véritables situations de monopoles. Une approche macroéconomique qui rend véritablement compte des dégâts que provoque ce fléau. « *La banque mondiale estime que le montant annuel de la corruption dans le monde est de l'ordre de mille milliards de dollars... Les Nations-Unis estiment qu'elle se traduit en Afrique par un renchérissement du coût de la vie de l'ordre de 20%* »⁵. Il est par conséquent logique que la saisie et la confiscation des biens suscitent de l'intérêt.

2.- Garantir que le crime ne paie pas.- Des procédés particulièrement adaptés contre cette délinquance en ce qu'ils ont vocation à appréhender les profits réalisés par les personnes impliquées afin de les priver des bénéfices tirés de l'opération. D'un mot, il s'agit de « *garantir que le crime ne paie pas* »⁶. Une expression qui a guidé d'importants travaux à l'origine desquels se trouvent de récentes réformes⁷. L'intérêt c'est tout d'abord focalisé sur la peine complémentaire de confiscation dont le régime juridique a été modernisé⁸. Celle-ci n'a cependant de sens que si les profits illicites sont effectivement appréhendés ce qui se heurte bien souvent au spectre de l'insolvabilité organisée. C'est pour répondre à cette difficulté que la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale a été adoptée⁹. Le régime juridique des saisies réalisées en

⁵ « *La lutte contre la corruption* », *op.cit.*

⁶ Ch. Cutajar: « *garantir que le crime ne paie pas.- A propos de dix priorités stratégiques proposées par la commission européenne* »: JCP éd. G, n°51, 17 décembre 2008, act. 733-

⁷ Jean-Luc Warsmann, « *frapper au porte feuille des délinquants: une sanction convaincante et incontournable face au sentiment d'impunité* », proposition de loi adoptée à l'unanimité le jeudi 4 juin 2009.

⁸ C. Ribeyre, « *Modifications relatives à la peine de confiscation* »: Rev. sc. Crim. 2007, p.871.

⁹ E. Camous, « *Les saisies en procédure pénale: un régime juridique modernisé, commentaire des dispositions pénales de droit interne de la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale* »: Dr. pén. n°1, janvier 2011, étude 1; H. Robert, « *Une importante réforme de procédure pénale inachevée.- A propos de la loi du 9 juillet 2010* »: JCP éd. G, n°43, 25 octobre 2010, 1067 ; Ch. Cutajar, « *Commentaire des dispositions de droit interne de la loi du 9*

matière pénale n'a plus seulement pour objet de servir la manifestation de la vérité. Il a également vocation à placer sous main de justice les biens confisquables afin de garantir la pleine exécution de la peine prononcée. Il en résulte un lien quasi linéaire entre confiscation et saisie, la possibilité de prononcer la première déterminant la mise en œuvre de la seconde.

3.- Plan.- Appliquées à la corruption, ces mesures bénéficient aujourd'hui d'un champ d'application extrêmement vaste (I) de sorte que les limites ne se trouvent pas dans les procédures susceptibles d'être employées mais dans la responsabilité même des personnes poursuivies (II).

L'ÉTENDUE DES SAISIES ET CONFISCATIONS APPLICABLES EN MATIÈRE DE CORRUPTION.

4.- Peine complémentaire.- La confiscation est une peine complémentaire en ce qu'elle s'ajoute aux peines principales que constituent l'emprisonnement et l'amende. Il suffit pour cela que les textes le prévoient. Tel est le cas des dispositions spéciales dont il faut bien constater la grande variété (A). Un état qui ne peut qu'obscurcir la matière au dépend d'une lisibilité qu'offre le cadre général de l'article 131-21 du code pénal (B).

LA VARIÉTÉ DES TEXTES SPÉCIAUX

5.- Corruption active et trafic d'influence.- L'article 433-23 du code pénal prévoit la possibilité de prononcer « *la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution* ». Un texte qui renvoie aux dispositions des articles 433-1 et 433-2 qui répriment la corruption active et le trafic d'influence.

6.- Confiscation des sommes et objets irrégulièrement reçus.- La première incrimination appréhende le seul corrupteur dont il est possible de confisquer que ce qu'il a irrégulièrement reçu. Des « *sommes et objets* » qui, à bien y regarder, correspondent beaucoup plus à ce que le corrompu a l'habitude d'obtenir qu'à ce que le corrupteur convoite. Ce dernier est souvent moins animé par le bénéfice de « *sommes et objets* » au sens matériel du terme que par un avantage résultant notamment de l'obtention d'une décision favorable. Il en va ainsi en matière de marchés publics¹⁰. La chose est spécialement prévue par le texte qui incrimine l'accomplissement ou l'abstention d'un acte, l'obtention de distinctions, emplois, marchés ou

juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale »: D. 14 octobre 2010, n°35, études et commentaires, p.2305.

¹⁰ B. Ramas-Mulbach, « Corruption dans les marchés publics. Les aspects patrimoniaux »: Droit adm., 1999, n°3, p.7.

toute autre décision favorable. Un bénéfice qui s'avère souvent relever de l'immatériel. Une catégorie qu'il apparaît difficile de faire entrer dans les « *sommes et objets* » prévus par l'article 433-23 du code pénal sauf à en forcer excessivement les traits ce que certains auteurs ont depuis longtemps dénoncé¹¹.

La peine est par ailleurs exclusivement centrée sur l'auteur de l'infraction. Elle n'est donc pas applicable lorsque ce sont des tiers qui ont bénéficié des avantages indus. La portée de la confiscation est donc là encore restreinte au regard de la définition de l'infraction qu'elle réprime.

L'article 433-1 alinéa 1 du code pénal appréhende la seule proposition dont la Cour de cassation a indiqué qu'elle n'était pas le commencement d'exécution d'une tentative mais faisait partie intégrante des éléments constitutifs de l'infraction¹². Le seul fait de solliciter une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif dans le cadre d'une opération de corruption suffit à sa consommation. Il serait par conséquent logique que ce qui a été proposé puisse être confisqué sachant que le corrupteur l'a nécessairement intégré dans le coût bilan/avantage qui l'a conduit à commettre l'infraction. Une confiscation qui là encore, n'entre pas dans le champ de l'article 433-23, le texte ne permettant d'appréhender ce qui a été « *donné ou offert* » et non ce qui a été proposé.

Plus en aval, l'acte de corruption peut offrir au corrupteur bien plus que les sommes et objets irrégulièrement reçus. L'obtention indue de marchés publics va ainsi lui permettre de faire fonctionner son entreprise et de s'enrichir aux dépens de ceux qui auraient du ou pu emporter l'adjudication. Un gain qui n'entre pas là encore dans la catégorie des « *sommes et objets irrégulièrement reçus* ». Des termes qui paraissent plus adaptés à la répression du trafic d'influence. La personne incriminée a souvent commis les faits reprochés en échange d'une somme d'argent¹³.

7.- Corruption passive.- La confiscation spéciale prévue en matière de corruption passive suscite moins de difficultés. L'article 432-11 incrimine ceux qui étant dépositaires de l'autorité publique, chargés d'une mission de service public ou investis d'un mandat électif, ont sollicité ou agréé sans

¹¹ W. Jeandidier, « Du délit de corruption et des défauts qui l'affectent » : JCP éd. G, n°39, 25 septembre 2002, I, 166.

¹² Cass. Crim., 16 juin 2010; N° 09-86.280, 3729 ; JurisData: 2010-011638.

¹³ F. Baillet, « Corruption et trafic d'influence en droit pénal des affaires, état des risques, moyens de les prévenir » : Gaz pal., 24 mars 2006, p.2.

droit, directement ou indirectement, ce que le corrupteur leur a versé afin d'obtenir ce qu'il convoite. Une définition qui a été étendue aux hypothèses dans lesquelles le corrompu n'a pas de pouvoir de décision mais seulement celui de formuler un avis¹⁴. La confiscation peut alors porter sur les sommes et objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction « *suivant les modalités prévues par l'article 131-21* »¹⁵.

Le texte se rapproche de l'article 433-23 en ce qu'il porte sur le même domaine de définition que constituent les « *sommes et objets irrégulièrement reçus* ». Il s'en distingue toutefois par la référence faite à l'article 131-21 du code pénal dont il emprunte le régime juridique. La chose n'est pas sans conséquence au regard des réformes intervenues¹⁶. De ce point de vue, il est regrettable que l'article 433-23 du code pénal n'ait pas prévu un même renvoi à des dispositions plus générales qui ont pourtant fait leur preuve. Un décalage qui se retrouve dans les confiscations spéciales prévues à propos d'actes de corruption particuliers.

8.- Corruption passive de ceux qui exercent une fonction juridictionnelle.- Les articles précédemment examinés ne sont pas les seuls à réprimer la corruption. Il en existe d'autres, plus spécifiques, qui renvoient à la singularité des professions concernées. Ainsi, l'article 434-9 du code pénal punit la corruption passive de ceux qui exercent une fonction juridictionnelle ou l'une de ses déclinaisons. La peine de confiscation est là encore prévue mais selon une terminologie différente. Elle ne concerne plus « *les sommes et objets irrégulièrement reçus* » mais « *la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution* »¹⁷. Une rédaction qui emporte certaines conséquences. La chose qui a servi à commettre l'infraction renvoie à ce que le corrompu a reçu de la part du corrupteur. Un élément constitutif de l'infraction qui correspond finalement aux « *sommes et objets irrégulièrement reçus* ». Mais le législateur est allé plus loin en prévoyant la confiscation de ce qui « *était destiné à commettre l'infraction* ». Se trouve ainsi concerné ce que le corrompu avait sollicité. Il paraît cependant difficile d'envisager une réelle application du texte. La tentative présuppose que

¹⁴ Cass. crim. 30 juin 2010, n°09-83.689; JurisData n°2010-014876 ; M. Véron, « *Corruption passive: décision prise sur « proposition » des prévenus* »: Dr. pén., 12 décembre 2010, comm., 143.

¹⁵ C. pén., art. 432-17 3.

¹⁶ *Infra*, n°13.

¹⁷ C. pén., art. 434, dernier alinéa.

l'action s'est arrêtée avant son plein accomplissement. Il en va ainsi de la somme demandée qui n'a pas été versée. Celle-ci n'étant pas entrée dans le patrimoine du corrompu, auteur de l'infraction, sa confiscation matérielle ne peut être prononcée. Il en serait autrement si l'expression concernait le corrupteur. Cela permettrait d'appréhender les situations dans lesquelles il propose un pacte, matérialisant ainsi l'infraction, sans le mettre en œuvre. La richesse qui en constitue l'enjeu pourrait alors être confiscable ce que ne prévoit par l'article 433-23¹⁸.

9.- Corruption passive aux fins d'obtenir de faux certificats.- De ce point de vue, l'article 441-10 4° du code pénal va beaucoup plus loin. Le texte concerne la confiscation attachée à la corruption passive aux fins d'obtenir de faux certificats¹⁹. La peine porte cette fois sur « *la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit* ». Cette dernière expression permet d'appréhender les richesses obtenues du fait de l'infraction commise. Force est cependant de constater que cette mesure intéresse beaucoup plus le corrupteur que le corrompu. En effet, c'est lui qui est appelé à profiter des faux illégalement obtenus et à s'enrichir de leur utilisation. Il aurait alors été logique de retrouver l'expression dans l'article 433-23 ce qui n'est pas le cas.

10.- Corruption active ou passive de fonctionnaires européens.- Dernière disposition, l'article 435-15 3° prévoit la confiscation en ce qui concerne la corruption active ou passive de fonctionnaires européens²⁰. La peine n'est tout d'abord prononçable qu'à l'encontre des personnes morales. Elle porte par ailleurs sur « *la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit* » ajoutant « *suivant les modalités prévues par l'article 131-21* ». Il est donc fait une nouvelle fois référence aux dispositions générales d'un article dont on doit aujourd'hui constater qu'il se suffit à lui seul pour appréhender toutes les richesses issues de la corruption.

LE CADRE GÉNÉRAL DE L'ARTICLE 131-21 DU CODE PÉNAL APPLIQUÉ À LA CORRUPTION

11.- Champ d'application.- Le corrupteur est celui qui est naturellement appelé à tirer le plus grand profit de l'acte de corruption. C'est donc sur lui que l'analyse doit principalement porter. L'article 131-21 alinéa 1 du code pénal dispose que « *la peine complémentaire de confiscation est encourue*

¹⁸ *Supra.*, n°6.

¹⁹ *C. pén.*, art. 441-8

²⁰ *C. pén.*, art. 435-3, 435-4, 435-9, 435-10.

dans les cas prévus par la loi ou le règlement » ce à quoi il est ajouté qu'elle « est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse ». Le corrompueur est donc nécessairement concerné, l'infraction susceptible de lui être reprochée étant punie d'une peine de dix ans d'emprisonnement. Il se trouve ainsi directement visé par des dispositions dont le caractère général comble les failles constatées dans les régimes spéciaux.

12.- Proposition de corruption.- La première concerne la seule proposition de corruption que réprime l'article 433-1 du code pénal. Une qualification qui renvoie à l'offre faite par le corrompueur à la personne qu'il cherchait à corrompre sans obtenir son aval. Un acte qui n'a pu lui permettre de recevoir irrégulièrement des « *sommes et objets* » dans la mesure où il n'est pas allé plus avant dans l'opération et en a encore moins perçu l'éventuel bénéfice. L'offre a cependant bien été formulée, constituant ainsi l'un des éléments de l'infraction. Elle correspond à la somme, aux biens ou toute autre forme d'avantages proposés au tiers dont il était souhaité la corruption. Une catégorie qui permet d'appréhender les termes mêmes de l'article 131-21 alinéa 2 du code pénal.

13.- Catégories juridiques.- Dans sa dimension la plus accomplie, la corruption permet au corrompueur de bénéficier de toutes formes de richesses. Une diversité qui tombe la encore sous l'empire de l'article 131-21. Celui-ci embrasse tous les biens meubles et immeubles quelle qu'en soit la nature divis ou indivis ayant servi à commettre l'infraction ou destinés à la commettre. Un cadre élargi par la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à améliorer la saisie et la confiscation en matière pénale en ce qu'il a été précisé que « *la peine complémentaire de confiscation s'applique dans les mêmes conditions à tous les droits incorporels, quelle qu'en soit la nature divis ou indivis* ». Il paraît par conséquent difficile au corrompueur d'échapper à la confiscation de ce qu'il a illégalement offert ou obtenu du corrompu. La chose est également valable pour ce dernier lorsqu'il bénéficie d'autre chose que des biens matériels. Il peut s'agir de voyages ou de toute sorte de choses immatérielles. Des richesses dont on peut toutefois objecter qu'elles ne correspondent à rien de palpable.

14.- Confiscation en valeur.- La peine peut cependant aller bien au-delà de ce qui est matériellement appréhendable. Elle marque en cela une différence notable avec le régime juridique des saisies conservatoires. Celles-ci ont pour effet de placer une chose sous main de justice afin de garantir la pleine effectivité de la confiscation lorsque celle-ci se trouve

prononcée. Ce faisant, elle n'en constitue pas un préalable obligatoire. Il s'agit d'une simple faculté. En revanche, le fait qu'aucune saisie n'ait été opérée constitue une des hypothèses dans lesquelles la peine peut être régulièrement prononcée en valeur²¹. Une modalité qui permet de conserver à la sanction toute sa rigueur et de compenser l'absence de saisie préalable ou tout simplement le fait que ce qui est confiscable n'a pas la matérialité que réclame sa représentation²². Il en va ainsi des droits et avantages qui ont été tirés de l'opération de corruption. Tout l'enjeu se trouve alors dans l'évaluation financière des profits qui ont été obtenus ce à quoi renvoie une pratique naissante que constitue la mise en état patrimoniale des affaires pénales²³.

15.- Personnes morales.- La loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 a étendu le régime de l'article 131-21 du code pénal à la répression des infractions commises par les personnes morales. La nouvelle rédaction de l'article 131-39 8° du code pénal y fait explicitement référence. Des dispositions qui permettent de combler le vide laissé par les textes spéciaux. Ceux-ci, à l'exception de l'article 435-15 3°, ne concernent que les personnes physiques.

16- Constitutionnalité de la peine.- Les règles générales qui gouvernent le régime juridique de la confiscation offrent donc un éventail très large de possibilités que le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la constitution²⁴. La chose mérite d'être signalée en ce que le texte de référence bénéficie d'une autonomie qui lui est propre. La confiscation intervient en tant que peine complémentaire. Elle est donc associée à une peine principale dont elle vient aggraver la rigueur sans que la loi ait prévu de quantum ou un éventuel maximum qui ne pourrait être dépassé. La raison en est que la peine ainsi prononcée a vocation à appréhender toute forme d'enrichissement illicite en privant les délinquants des profits issus de la commission des faits. Les textes sont allés particulièrement loin dans cette voie.

²¹ L'article 131-21 alinéa 9 du code pénal dispose que « lorsque la chose confisquée n'a pas été saisie ou ne peut être représentée, la confiscation est ordonnée en valeur ».

²² JCL. Pénal code, art. 131-21, n°39 à 48, par E. Camous, à paraître.

²³ E. Camous et G. Cotelle, « La mise en état patrimoniale des affaires pénales » : à paraître.

²⁴ Cons. const., déc. 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC ; J.-H. Robert, « Une QPC sur la confiscation en matière pénale » : JCP éd. G., n°1, 10 janvier 2011, 15

17.- Présomption d'acquisition illicite de biens confisquables.- L'article 131-21 alinéa 5 du code pénal a prévu un régime particulier concernant les personnes qui se sont rendues coupables d'infractions punies d'une peine égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement dont il est établi qu'elles ont été la source directe ou indirecte d'enrichissement. La confiscation peut alors porter sur les biens appartenant au condamné lorsque celui-ci mis en mesure de s'expliquer, n'a pu en justifier l'origine. La loi a ainsi créé une présomption d'acquisition illicite de biens confisquables²⁵. Qu'elle soit active ou passive, la corruption entre dans cette catégorie en ce qu'elle présuppose un échange de richesses sur la base duquel s'est construit l'accord illicite. Tous les biens dont le condamné ne peut établir l'origine sont par conséquent confisquables.

18.- Autonomie juridique des saisies conservatoires.- Il en va de même des saisies conservatoires dont il faut noter qu'elles obéissent aujourd'hui à un régime qui leur est propre. Celui-ci est totalement indépendant des procédures civiles d'exécution dont il avait un temps emprunté les règles²⁶. L'une des conséquences est qu'il n'existe pas de quote-part insaisissable. Tous les biens confisquables peuvent être placés sous main de justice quel que soit l'état patrimonial de la personne poursuivie. La saisie et la confiscation de biens issus de la corruption bénéficient donc d'un domaine de définition particulièrement vaste qui n'est toutefois pas sans limites.

LES LIMITES DES SAISIES ET CONFISCATIONS APPLICABLES EN MATIÈRE DE CORRUPTION.

19.- présentation.- Envisagée dans le cadre spécifique de la corruption, la saisie et la confiscation connaissent deux types de limites. Les premières ont trait aux caractéristiques de la peine et aux saisies conservatoires qui lui sont associées (A). La seconde renvoie au contexte criminologique dans lequel l'infraction se manifeste, la fréquente mise en cause de personnes morales et le principe d'irresponsabilité pénale de l'Etat (B).

LES LIMITES PROPRES AU RÉGIME JURIDIQUE DE LA CONFISCATION ET DES SAISIES QUI LUI SONT ASSOCIÉES.

20.- Absence de confiscation du patrimoine.- L'importance accordée à la lutte contre la corruption a conduit à en élargir le régime procédural par l'emprunt réalisé à certaines règles qui gouvernent la lutte contre la

²⁵ Cass. crim., 8 juin 2010, n°09-82.732 et n°09-84.085.

²⁶ E. Camous, « Les saisies en procédure pénale, un régime juridique éparpillé » : *Dr. pén. fév. 2010*, n°5.

criminalité organisée²⁷. Le législateur n'est cependant pas allé jusqu'à y associer la sanction la plus rigoureuse que constitue la confiscation de patrimoine. Une peine qui a été prévue pour un nombre restreint d'infractions considérées parmi les plus graves²⁸. Parfois comparée à la mort civile du condamné, elle conduit à transférer à l'État la totalité de son patrimoine sans qu'il soit besoin d'en déterminer l'origine criminelle²⁹.

N'entrant pas dans ce régime, la saisie et la confiscation des biens issus de la corruption exigent que soit établi un lien de correspondance entre l'infraction commise et l'origine des biens sans quoi aucune mesure ne peut être prise à leur sujet.

21.- Biens dont le condamné est propriétaire.- Autre principe applicable à la matière, le condamné doit être le propriétaire des biens dont la confiscation est prononcée. Un lien de correspondance qui suscite d'importantes réserves. Les progrès de l'ingénierie juridique et financière offrent un nombre conséquent de techniques permettant à certains de dissimuler des biens acquis illégalement dont ils peuvent continuer à profiter en toute impunité. Tel est le sens des propos tenu par Guy Geoffroy dans les rapports qui ont animé l'élaboration de la loi du 9 juillet 2010. « *Une des difficultés très souvent rencontrée par les enquêteurs est liée au fait que la saisie pénale d'un bien n'est possible que si la personne poursuivie pénalement est propriétaire du bien. Dès lors, les délinquants les plus organisés s'arrangent pour ne pas être propriétaires en droit de leurs biens et utilisent tous les moyens que leur offrent les placements et montages financiers pour dissimuler leurs avoirs* »³⁰. Une analyse qui rejoint les nombreuses réserves formulées à l'égard de l'introduction en France de la fiducie³¹.

22.- Ayant-droit économique et bénéficiaires effectifs.- Fort de ce constat, certains ont proposé d'exploiter les ressources du droit économique en recourant à des notions plus opératoires que constituent celles

²⁷ Ph. Conte, « Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption: l'exception tendrait-elle à devenir la règle »: *Dr. pén.*, janvier 2008, étude 1.

²⁸ JCL. Pénal code, art. 131-21, n°121 à 129, par E. Camous, à paraître.

²⁹ P. Voirin, « A propos de la confiscation générale des biens »: *RTD civ.* 1952, p.329.

³⁰ *Rapp.*, AN, n°1689, 13^{ème} législature, p.23.

³¹ R. Ollard: « La fiducie: aspects de droit pénal »: *Rev. sc. crim.* Juillet/septembre 2009, n°3, p.545.

d'« ayant-droit économique » ou de « bénéficiaire effectif »³². Des expressions qui embrassent les situations dans lesquelles la personne, sans être directement propriétaire des biens, est la seule à en avoir le contrôle ou à en tirer les bénéfices. Tel est le sens des dispositions de l'article L562-1 du code monétaire et financier concernant le gel des avoirs dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme. Il est dit que « *Le ministre chargé de l'économie peut décider le gel pour une durée de six mois renouvelable, de tout ou partie des fonds, instruments financiers ou ressources économiques détenus auprès des organismes et personnes mentionnés à l'article L562-3 qui appartiennent à des personnes physiques ou morales qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme... les facilitent ou y participent* ». Il peut en faire de même à l'égard « *des personnes morales détenues par ces personnes physiques ou **contrôlées**, directement ou indirectement par elles au sens des 5 et 6 de l'article 1^{er} du règlement CE n°2580/2001 du conseil du 27 décembre 2001* ». Il en va de même des « *fruits produits par les fonds, instruments et ressources* ». Une appréciation économique des liens existant entre les richesses confisquées et la personne condamnée à propos de laquelle la Cour de cassation a été amenée à se prononcer en matière de gel des avoirs criminels aux termes d'une jurisprudence aujourd'hui divergente.

23.- Divergences jurisprudentielles.- Il importe de rappeler que les saisies conservatoires des biens confiscables ont été instituées pour la première fois par la loi du 9 mars 2004. L'article 706-103 du code de procédure pénal en autorisait à l'époque la mise en œuvre par le seul recours aux procédures civiles d'exécution. C'est dans ce contexte que la deuxième chambre civile s'est prononcée sur le sujet par un arrêt en date du 4 juin 2009³³. Un pourvoi avait été formé contre l'inscription d'une hypothèque judiciaire provisoire sur un immeuble en exécution d'une commission rogatoire du tribunal de Milan. La deuxième chambre civile a rejeté les arguments favorables à la cassation en faisant notamment état de ce que « *le propriétaire des biens ne pouvait en ignorer l'origine ou l'utilisation frauduleuse ; qu'il relève que la SCI est détenue à 99% par une société fiduciaire dont l'ayant droit économique est monsieur Paleari, poursuivi*

³² H. Robert, « Une importante réforme de la procédure pénale inachevée.- A propos de la loi du 9 juillet 2010 » : JCP éd. G., n°43, 25 octobre 2010, 1067.

³³ Cass. civ. II, 4 juin 2009, n°08-16.142: JurisData n°2009-048495 ; J. Lasserre-Capdeville, « Mesure conservatoire à l'égard du produit de l'infraction de blanchiment situé en France » : JCP éd. G., n°41, 5 octobre 2009, 309, Ch. Cutajar, « La saisie du produit du blanchiment sur le territoire français » : D.2009, n°33, p.2250.

pour blanchiment et appartenance à une mafia... ». Une appréciation économique des liens existant entre le bien concerné et le titre par lequel il est détenu dont la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a pas souhaité s'inspirer.

Dans un arrêt du 26 mai 2010, la haute juridiction a censuré la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Douai qui avait autorisé l'inscription d'une hypothèque sur un immeuble en relevant que le mis en examen avait la qualité de bénéficiaire économique de l'activité de la personne morale propriétaire du bien en cause³⁴. L'arrêt a été cassé en ce que « *les mesures conservatoires prévues par l'article 706-103 du code de procédure pénale ne peuvent être prises que sur un bien dont le mis en examen est propriétaire* ». Un texte qui, rappelons le, autorisait ce type de mesures lorsqu'elles étaient de nature à garantir le paiement des amendes, l'indemnisation des victimes **et l'exécution de la confiscation**. Le lien établi entre le bien dont la confiscation est envisagée et la personne ne peut donc être que celui du droit de propriété. Une position qui est en adéquation avec celle du conseil constitutionnel dans sa décision du 26 novembre 2010. Le septième considérant fait état de ce que « *l'article 131-21 du code pénal qui préserve le droit de propriété des tiers de bonne foi, n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la constitution garantit* ». Ne peuvent par conséquent être saisis et confisqués que les biens qui appartiennent au condamné sans quoi la peine viendrait à amputer un tiers d'un droit dont la protection figure au plus haut de notre hiérarchie des normes.

24.- Recel de corruption et blanchiment.- La saisie et la confiscation des biens issus de la corruption trouve ici une limite importante à leur mise en œuvre. Ce qui a été obtenu par le pacte de corruption est le plus souvent intégré dans l'économie réelle aboutissant à limiter les possibilités d'appréhension. Il existe des parades que constituent la répression du recel de corruption ou du blanchiment à condition toutefois que des investigations soient menées à ce sujet et que la preuve soit rapportée de la participation réelle des personnes impliquées aux infractions reprochées³⁵.

³⁴ Cass. crim, 26 mai 2010, n°10-81.163: *JurisData* n°2010-010572, D.2010, p.1792, note L. Priou-Alibert.

³⁵ Ch. Cutajar, « *La saisie du produit du blanchiment sur le territoire français* »: D.2009, n°33, p.2250.

LES LIMITES POSÉES PAR LES RÈGLES APPLICABLES EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES

25.- Personnes morales de droit privé.- La responsabilité pénale des personnes morales ne devrait pas constituer un frein aux saisies et confiscations en matière de corruption. Les analyses criminologiques enseignent qu'elles sont souvent les premières à profiter de ce type de délinquance en obtenant des marchés toutes sortes d'avantages dont elles savent tirer profit. La jurisprudence a considérablement assoupli le régime de responsabilité qui leur est applicable, rendant souvent formelle l'exigence posée d'une action commise par ses organes ou représentants³⁶. Enfin, la loi du n°2010-768 du 9 juillet 2010 a redessiné l'article 131-39 du code pénal, calquant le régime juridique de la confiscation prononcée contre les personnes morales sur celui des personnes physiques³⁷. Il reste cependant la possibilité d'organiser la disparition juridique de la société ce qui renvoie au décès de la personne et met automatiquement fin à l'action publique³⁸. Un mécanisme ouvertement analysé comme un moyen de frauder l'article 121-2 du code pénal ce dont certains auteurs se sont émus³⁹. Il peut être objecté que la société dissoute conserve la personnalité juridique le temps de sa liquidation⁴⁰. En outre, l'article 133-1 du code pénal dispose que le recouvrement de l'amende et l'exécution de la confiscation échappent temporairement à l'obstacle que constitue le décès du condamné. Les opérations peuvent se poursuivre jusqu'à la publicité de l'acte de liquidation qui éteint alors totalement l'action publique. Ce serait cependant sans compter avec le temps qui trop souvent s'écoule aux dépens de la justice. La corruption fait partie de ces infractions qui font rarement l'objet de procédures rapides. Elle réclame souvent l'ouverture d'une information judiciaire dont les délais de procédure donnent tout leur temps aux mis en examen et/ou aux représentants de la société d'anticiper la condamnation;

³⁶ J-Y Maréchal, « Un pas de plus vers la responsabilité pénale directe des personnes morales »: *D.2010, études et commentaires*, 2135; *Crim 1er déc. 2009: D. 2010, 1663 obs. C. Mascala*.

³⁷ *JCL. Pénal code*, art. 131-21, n°79, par E. Camous, à paraître.

³⁸ Ph. Conte, « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal »: in, *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Panthéon-Assas, 2001, p.119.

³⁹ M. Segonds, « Frauder l'article 121-2 du code pénal »: *Dr. Pén.*, n°9, septembre 2009, étude 18.

⁴⁰ *C.com.*, art. L237-2 et L251-21.

Et quand bien même elle vivrait jusqu'à l'audience, prenant ainsi le risque d'une condamnation ou s'attachant à évaluer la portée d'un tel risque, l'appel interjeté offre une fenêtre suffisante pour provoquer une liquidation amiable préparée de longue date. Les auteurs d'une telle démarche devraient pouvoir être poursuivis selon des qualifications qui restent à explorer. Il n'empêche que l'objectif poursuivi de garantir que le crime ne paie pas trouve ici l'un de ses plus importants obstacles.

26.- Irresponsabilité pénale de l'État.- Le second qu'il importe de mentionner est naturellement celui de l'irresponsabilité pénale de l'État en ce qu'il ne peut être poursuivi devant les juridictions pénales et encore moins condamné. La chose a du sens en ce qui concerne la peine complémentaire de confiscation puisque celle-ci entraîne un transfert de propriété forcé au bénéfice de l'Etat. Cela ne doit pas pour autant masquer les conséquences que peuvent provoquer des actes de corruption réalisés au sein même des pouvoirs publics et dans le seul espace de leurs attributions. Une réalité dont les conséquences patrimoniales ont été analysées de longue date et que peuvent seules limiter la condamnation des personnes physiques concernées⁴¹.

27.- Conclusion.- La saisie et la confiscation des biens issus de la corruption bénéficient aujourd'hui d'un régime juridique moderne et novateur dont la mise en œuvre peut utilement servir à garantir que le crime ne paie pas. La plate forme d'identification des avoirs criminels et la toute nouvelle Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués peuvent apporter leur savoir faire. Tout dépend de ce que la justice est prête à en faire et des moyens humains et matériels mobilisés à cet égard.

⁴¹ B. Ramas-Muhlbach, « Corruption dans les marchés publics.- les aspects patrimoniaux »: Dr. Adm., 1999, n°3, p.7.

L'UTILITÉ D'UNE INCRIMINATION GÉNÉRALE DU BLANCHIMENT

GUILLAUME BEAUSSONIE*

L'argent ou, si l'on préfère, la monnaie, est un bien « plus-que-fongible »¹, pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, c'est-à-dire un bien dont l'essence réside dans l'aptitude à être interchangeable avec tout ou presque. Cela signifie notamment que le droit n'a pas, en principe, à discriminer l'argent selon sa forme ou son origine ; seule compte sa valeur d'échange, que le droit se devrait simplement d'entériner, puisqu'il mobilise de nombreuses façons le principe monétaire.

Pour autant, parce que l'argent peut être sale, entendons par là qu'il a été usurpé (ex. : vol ou détournement) ou qu'il a été échangé avec quelque chose qui n'était pas échangeable – autrement dit, soit avec un bien situé en dehors du commerce juridique (ex. : trafic de stupéfiants), soit, pire encore, avec une chose qui n'était pas un bien et, partant, dont on n'aurait jamais dû faire commerce (ex. : prostitution) – ou avec quelque chose qui n'aurait pas dû être échangé – tout simplement parce que le propriétaire d'origine n'en avait pas la volonté (ex. : escroquerie) –, il peut salir les mains de ceux qui le détiennent.

Dans un tel cas, le droit a pour fonction de nettoyer l'argent sale, d'abord en mettant fin à son commerce, ensuite en le remplaçant par un commerce propre. Concrètement, celui qui a sali l'argent va rendre cet argent et de l'argent au-delà de ce qu'il a sali ; assaini par l'intervention étatique, qui possède souverainement le pouvoir de le nettoyer tout autant que de le créer, l'argent sera alors réinjecté dans le commerce, à commencer par la poche de la victime à qui on l'avait dérobé ou dont la perte injuste a, corrélativement, causé le profit indu.

Toutefois, l'État est le seul à pouvoir accomplir ce processus doublement souverain : distinguer la monnaie et, si besoin, effacer de nouveau une marque distinctive, puis rendre la justice, c'est-à-dire rendre à chacun le sien.

* Maître de conférences en droit privé à l'Université François-Rabelais de Tours, membre du Laboratoire Wesford.

¹ *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1995 (8^{ème} éd.), p. 355.

En conséquence, si un autre que lui s'arroge un tel droit, il commet une infraction, plus précisément un blanchiment, réprimé par l'article 324-1 du Code pénal en les termes suivants : « *Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende* ».

Dans un premier temps, on ne peut rien reprocher à cette incrimination. D'une part, son nom est clair, ce qui n'est pas toujours le cas dans le Code pénal et, même si l'on aurait peut-être pu aller au bout de l'expression « blanchiment d'argent », voire « blanchiment d'argent sale », tout le monde est en mesure de savoir ce qu'il est alors question d'interdire : la dissimulation de l'origine frauduleuse de biens ou de revenus à travers l'organisation d'une immense subrogation. D'autre part, la mécanique répressive est complète, puisqu'elle comprend, à la fois, une norme de comportement – divisée en deux branches, on y reviendra – et une norme de répression – classiquement aggravable en présence de certaines circonstances, assez peu en définitive².

Dans un second temps, cependant, il apparaît qu'à la clarté n'a pas nécessairement été adossée la précision – ce qui, en droit pénal, s'avère extrêmement problématique. Le comportement interdit est large, en effet, et le texte suscite conséquemment des questions laissées sans réponse par le législateur. Au principal, il s'agit de connaître le degré d'autonomie d'une telle infraction puisque, supposant assurément la commission préalable d'une ou de plusieurs autres infractions, – celles qui ont sali les biens ou les revenus litigieux –, son lien avec ces dernières n'en reste pas moins très nébuleux dans le texte. Pour l'appréhender, on ne dispose effectivement que d'un ensemble faisant référence à « *tout moyen* », au fait de « *faciliter* » ou « *d'apporter un concours* », ou encore à l'obtention préalable d'« *un profit direct ou indirect* » et à la « *conversion [postérieure] du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* ».

Il est donc nécessaire d'approfondir cette norme de comportement, ce que l'on peut faire en utilisant une trame presque inévitable en la matière : le blanchiment est à la fois, nous le verrons, une infraction de conséquence, à

² Art. 324-2 C. pén.: habitude, utilisation des facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle et bande organisée.

l'instar du recel, et une infraction autonome, différente du recel. Mais précisons d'ores et déjà – et c'est là sans doute toute l'originalité de la première partie de nos propos – que le blanchiment constitue surtout une incrimination autonome, parce que c'est elle seule qui, à notre sens, autorise la sanction d'un détournement frauduleux du système monétaire étatique.

Ce caractère apparaît surtout à l'analyse d'un second aspect de l'incrimination qu'il convient également de ne pas négliger. À la différence du recel ou, plus exactement peut-être, de façon bien plus marquée qu'en matière de recel, il existe un système répressif complet qui, de la condamnation de celui qui manque à son obligation de déclarer l'origine des fonds qu'un quidam prétend mobiliser avec son aide, à la possibilité, pour les enquêteurs, de bénéficier de règles procédurales plus compréhensives, conduit presque à faire de la lutte anti-blanchiment une sorte de sous-politique pénale.

À telle enseigne que, parce qu'il s'agit alors de protéger un attribut de la souveraineté des États et l'un des moyens privilégiés de leurs échanges, l'incrimination du blanchiment prend davantage la forme d'une répression progressive et globale, donc constante et inachevée, que d'une répression enserrée et ponctuelle – ainsi plus conforme aux impératifs pénaux classiques.

Toute l'originalité de l'incrimination du blanchiment réside donc dans le fait qu'elle emprunte la forme tant d'une infraction autonome (I) que d'une politique pénale (II).

I. UNE INFRACTION AUTONOME

Le blanchiment ne peut être commis que si une ou plusieurs autres infractions l'ont déjà été : celles qui ont conduit à ce que les biens ou les revenus bientôt blanchis aient une origine frauduleuse. Il appert donc tout d'abord que le blanchiment est, à côté du recel, qui consiste à bénéficier du produit d'un acte frauduleux³, quels qu'ils soient, l'autre grande infraction de conséquence du Code pénal français.

Les infractions de conséquence sont celles qui, bien que distinctes de l'infraction d'origine, sont « *fondé[es] sur celle-ci qui est nécessaire à [leur] existence* », bref ce sont des infractions connexes à une première infraction⁴. Partageant cette nature très particulière, le blanchiment et le recel ont ainsi des traits communs (A), mais aussi des traits propres (B).

³ Art. 321-1 C. pén.

⁴ P. MAISTRE DU CHAMBON, *Rép. pén. Dalloz*, V° Recel, n° 85.

LES TRAITS COMMUNS DU RECEL ET DU BLANCHIMENT

La plupart du temps en matière d'infraction de conséquence, l'infraction d'origine représente une appropriation frauduleuse. Dans un tel cas, l'élément liant la seconde infraction – le recel ou le blanchiment – à la première – l'appropriation frauduleuse – réside dans une certaine origine de la chose appropriée : la chose, objet de la seconde, a une origine délictueuse en raison de la première.

C'est tout simplement parce que les infractions contre la propriété procurent à leur auteur la détention d'une chose qu'elles constituent le préalable le plus courant des infractions de conséquence. Le Code pénal se range d'ailleurs à ce constat logique, en faisant des infractions générales de recel de chose et de blanchiment « *des autres atteintes aux biens* »⁵. De plus, aucune contravention ne sanctionnant une appropriation frauduleuse, c'est également en toute logique que les textes posent l'un et l'autre que la première infraction ne peut qu'être un crime ou un délit⁶.

Dans un tel cas, la coloration pénale de la chose est antérieure à la seconde infraction, celle-ci ne faisant en quelque sorte que la prolonger ; c'est pourquoi le recel et le blanchiment sont généralement des infractions continues, c'est-à-dire des infractions dont l'exécution s'inscrit dans le temps. C'est également la raison pour laquelle la prescription de l'infraction première ne sera acquise que lorsque celle de l'infraction seconde le sera.

En revanche, si, pour participer à la constitution de telles infractions, la chose nécessite une origine déterminée, ni l'incrimination de recel, ni celle de blanchiment ne postulent que cette dernière le soit précisément. Toute chose pouvant être l'objet d'une infraction est susceptible, par conséquent, d'être recelée ou blanchie, à condition cependant qu'elle puisse être l'objet de l'élément matériel dessiné par les textes d'incrimination de ces deux infractions.

C'est en cela que les incriminations de recel et de blanchiment sortent nécessairement du domaine de la protection de la propriété *stricto sensu*, la première étant apte à réprimer tout profit tiré par une personne d'une infraction commise par une autre, par exemple la détention frauduleuse d'un secret obtenu à la suite de la violation de l'interdiction de le divulguer, la seconde permettant de sanctionner celui qui dissimule l'origine de fonds provenant, autre exemple, d'un trafic de stupéfiants.

⁵ Titre deuxième du livre III, ce dernier étant consacré aux « *crimes et délits contre les biens* ».

⁶ Art. 321-1, al. 1 et 2, et art. 324-1, al. 1 et 2, C. pén.

Au final, ces incriminations sont tellement proches que certains comportements sont susceptibles d'être sanctionnés tant sous l'une de ces qualifications que sur l'autre. Seul le degré de précision et, peut-être, la répression de l'« autoblanchiment »⁷, sur laquelle nous reviendrons, paraissent de nature à justifier leur distinction.

Ainsi, bien souvent, la matérialité du blanchiment est similaire à celle du recel⁸ : pour faciliter « *par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens* », l'auteur manquant en quelque sorte d'altruisme peut, sans avoir jamais eu la détention de la chose, exiger de retirer de l'opération un profit personnel, répondant alors parfaitement aux conditions posées par l'article 321-1, alinéa 2 du Code pénal⁹.

De même, lorsqu'il apporte son concours « *à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* », l'auteur du blanchiment peut avoir la détention d'un objet qui provient d'une infraction, commettant ainsi, cette fois, le recel de l'article 321-1, alinéa 1^{er}. D'autant que, comme c'est cette fois le cas pour le recel-détention, aucune condition de profit pour l'auteur du blanchiment n'est posée par le texte.

Il est donc nécessaire de comprendre ce qui particularise vraiment l'incrimination de blanchiment par rapport à l'incrimination de recel.

LES TRAITS PROPRES AU BLANCHIMENT

Nous l'avons dit : le recel et le blanchiment sont deux incriminations si proches qu'il apparaît souvent difficile de les distinguer. Toutefois, le blanchiment a une *ratio legis* spécifique qui justifie, à la fois, son existence et l'importance de la clarté d'une définition qui, précisément, ne l'est pas. Il sanctionne, en principe, l'aide apportée par un tiers à l'auteur d'une infraction pour effacer la coloration pénale du bien qui en est issu ou du produit qu'elle a généré. À la différence du recel, le bien blanchi a donc

⁷ Cass. crim., 25 juin 2003, inédit, pourvoi n° 02-86182 ; Cass. crim., 14 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 12 : « *Vu l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal ; attendu que ce texte est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise [...]* » ; Cass. crim., 10 mai 2005, inédit, pourvoi n° 04-85743. Dans ces trois arrêts, la Cour de cassation impute étrangement le blanchiment à l'auteur de l'infraction d'origine.

⁸ V. en ce sens, par ex., J. LARGUIER, P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, coll. U, Armand Colin, 2004 (11^{ème} éd.), n° 257.

⁹ V. par ex. Cass. crim., 14 déc. 2005, inédit, pourvoi n° 05-80751 : commet un blanchiment la personne qui reçoit sur son compte des fonds provenant d'un trafic de stupéfiants et qui acquiert à l'aide de ces fonds des biens mobiliers et immobiliers.

vocation à retourner dans le patrimoine de l'auteur du délit primaire, voire à ne jamais vraiment en sortir.

On comprend alors que certaines questions reçoivent une réponse différente selon qu'est en cause un recel ou un blanchiment. Par exemple, alors qu'il est impossible de condamner le voleur pour recel de la chose volée, rien n'empêche, selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, de sanctionner celui qui a commis une fraude fiscale pour avoir blanchi le produit de cette fraude¹⁰ ; il s'agit alors d'un « autoblanchiment ».

La solution est contestable, assurément, mais compréhensible, certainement : comme l'incrimination du recel postule la présence d'une personne qui profite de l'infraction commise par une autre, l'interdiction du blanchiment semble concerner une personne qui apporte son concours dans la dissimulation de l'origine frauduleuse du produit de l'infraction qu'une autre a commise. Telle paraît être la lettre du texte de l'article 324-1 du Code pénal qui, en se référant par exemple au profit tiré par l'auteur de l'infraction d'origine, semble postuler que l'auteur du blanchiment agit avant tout au profit de l'auteur principal, son profit personnel n'ayant d'ailleurs pas à être démontré.

Toutefois, alors que tout voleur recèle nécessairement, fût-ce durant un instant, la chose qu'il a volée, sa condamnation pour recel étant donc inéluctablement redondante, tout auteur d'une infraction en ayant tiré un produit ne cherche pas forcément à en dissimuler l'origine. En conséquence, sa répression en tant que blanchisseur n'est pas automatique, même s'il faut concéder qu'elle n'en peut pas moins, de la sorte, être très courante. Tel, est peut-être, l'esprit de l'article 324-1 du Code pénal et la cause de son originalité.

Quoi qu'il en soit réellement, la preuve est ainsi rapportée que le blanchiment n'a pas seulement vocation à être un recel spécial. Cela incite à approfondir son analyse.

L'article 324-1 du Code pénal pose que le blanchiment représente tout autant le fait de faciliter la justification mensongère de l'origine d'un bien issu

¹⁰ Voir Cass. crim., 25 juin 2003, inédit, pourvoi n° 02-86182 ; Cass. crim., 14 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 12 : « Vu l'article 324-1, alinéa 2, du Code pénal ; attendu que ce texte est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise [...] » ; Cass. crim., 10 mai 2005, inédit, pourvoi n° 04-85743. Dans ces trois arrêts, la Cour de cassation impute étrangement le blanchiment à l'auteur de l'infraction d'origine.

d'une infraction¹¹, que celui d'aider à l'effacement et au remplacement de cette origine.

Pour envisager un blanchiment postérieur, l'auteur de l'infraction principale doit avoir obtenu, par ce biais, des biens ou des revenus, c'est-à-dire avoir tiré des produits directs de cette infraction. Toutefois, sans doute en prévision de probables remplacements des produits directement obtenus par de nouveaux biens, bref si l'auteur de l'infraction première a débuté seul le blanchiment, le champ d'application de l'incrimination peut s'étendre aux produits indirects d'une infraction ; il y a donc blanchiment, en principe, même en cas de subrogation, et peut-être même surtout en cas de subrogation¹².

En clair, le blanchiment ne constitue ni plus ni moins que l'organisation d'une grande subrogation frauduleuse, qu'elle soit d'ailleurs réelle ou « personnelle » – pas personnelle au sens restreint donné à cette notion par le droit des obligations. La dissimulation s'opère, en effet, non seulement, en opérant des échanges de biens, mais aussi, en opérant des changements de propriétaires de ces biens.

Bien que non étrangère au recel¹³, cette mécanique subrogatoire particularise sans aucun doute le blanchiment, en ce qu'elle lui est ontologique, soit que le blanchiment consiste précisément en une subrogation, soit qu'il ait pour objet de la faciliter.

L'article 324-1 du Code pénal réprime ainsi des comportements qui ne rentrent pas dans le champ d'application du recel. Par exemple, commet un blanchiment celui qui facilite la justification mensongère de l'origine d'un bien, indépendamment même du bénéfice qu'il peut en tirer, ou encore celui

¹¹ Même si l'alinéa 1^{er} de l'article 324-1 du Code pénal ne semble pas exiger que les biens blanchis proviennent précisément de l'infraction première. Voir P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 2007 (3^{ème} éd.), n° 644.

¹² La subrogation réelle (c'est d'elle surtout dont il s'agit) permet de substituer ponctuellement un bien par un autre bien, ce dernier empruntant le régime juridique de ce premier. Dès lors, par le jeu de cette technique, une valeur remplace, au sein d'un ensemble de biens, une autre valeur, pouvant par là même prétendre à la protection dont bénéficiait la valeur de départ.

¹³ De façon contestable, car elle l'a fait sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 321-1 du Code pénal, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a, en effet, pas hésité à retenir la qualification de recel lorsqu'un objet a été substitué à la chose, par subrogation réelle, au sein du patrimoine du receleur (Cass. crim., 22 juin 1972, *Bull. crim.*, n° 220) ou au sein de celui de l'auteur de l'infraction d'origine (Cass. crim., 3 oct. 1972, *Bull. crim.*, n° 265).

qui apporte un concours intellectuel à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit d'une infraction. A ainsi été reconnu coupable le notaire qui a régularisé un acte de vente d'un appartement au profit de la concubine d'un trafiquant de stupéfiants, tout en conseillant à ce dernier le mode de paiement le plus transparent¹⁴. De même, est coupable de blanchiment celui qui accepte de recevoir des virements frauduleux sur son compte bancaire personnel, puis procède au transfert des fonds ainsi obtenus vers des tiers bénéficiaires résidant à l'étranger¹⁵.

L'infraction peut donc prendre la forme immatérielle d'une pure opération intellectuelle et, de l'acte de blanchiment défini de la sorte, il ressort qu'aucun contact particulier n'est nécessaire avec le bien approprié frauduleusement ou les fonds obtenus illégalement. L'acte de blanchiment, tel qu'incriminé à l'alinéa 1^{er} de l'article 324-1 ne vise véritablement qu'à construire des informations fausses concernant la chose ou les fonds, se faisant plus large que celui de recel en raison du lien plus ténu que celui-ci entretient avec l'objet originellement obtenu.

C'est sur cet objet qu'il faut donc maintenant revenir : que constituent exactement les biens ou les revenus qui vont faire l'objet de cette mécanique subrogatoire ?

Si les revenus peuvent *a priori*, au sens large, provenir d'une infraction contre la propriété, leur présence spéciale au sein du texte renvoie plutôt à l'origine même du blanchiment qui, avant d'être une infraction générale de conséquence, n'était que la sanction de l'aide apportée à l'auteur d'un trafic de stupéfiants¹⁶. Les revenus ne sont donc, au sens de l'article 324-1 du Code pénal, que le produit monétaire illicite rapporté directement par une infraction, à l'exclusion de toute autre forme de biens. Ces derniers désignent alors certainement, au sein de l'incrimination, des objets de propriété précisément déterminés. C'est une preuve supplémentaire que le blanchiment n'est pas, à l'image du recel, une infraction exclusivement dirigée contre la propriété ; il ne garde ce caractère que lorsqu'il sanctionne

¹⁴ Cass. crim., 7 déc. 1995, *Bull. crim.*, n° 375.

¹⁵ CA Toulouse, 16 janv. 2007, *JurisData* n° 324190; *CJAMP*, 2007-1, To. 656, p. 185.

¹⁶ Cette incrimination subsiste à titre spécial: v. art. 222-38 C. pén. – Le blanchiment général s'adapte pourtant parfaitement aux différents trafics et fraudes susceptibles de procurer des revenus à leurs auteurs: v., en ce sens, F. LE GUNEHEC, « Premier aperçu des dispositions pénales de la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants », *JCP G.*, 1996, I, 27.

l'aide apportée à l'effacement de la coloration pénale d'un bien acquis frauduleusement. Il n'a donc pas vraiment sa place au sein du livre III du Code pénal.

S'il s'agit de blanchir un bien, celui-ci peut sans doute, comme en matière de recel, être de toute espèce, en raison notamment de ses origines peu déterminées : un crime ou un délit quelconques. Ainsi, rien ne s'oppose par exemple à la protection par cette incrimination d'une propriété immatérielle, ce que confirment d'ailleurs plusieurs conventions internationales, parmi lesquelles, principalement, la Convention de Strasbourg du 8 novembre 1990 « *relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime* ». Cette dernière précise, en effet, que le terme « bien » « *comprend un bien de toute nature, qu'il soit corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur le bien* »¹⁷. Or, la loi n° 96-392, du 13 mai 1996, a justement introduit l'incrimination de blanchiment dans le Code pénal français afin de transposer cette convention en droit interne. De plus, le bien peut être subrogé, cet assouplissement textuel démontrant que, plus que le corps, c'est la valeur qui importe.

Au final, tout semble tourner autour de cette notion de valeur, qui elle-même renvoie au système monétaire : le blanchiment est un détournement de ce dernier, rien d'autre et rien de moins. Il ne peut donc pas se définir simplement comme une atteinte pénale à la propriété ou comme le prolongement de celle-ci.

Atteinte à la confiance publique, il ressemble davantage au faux, puisqu'il conduit à tromper la confiance que chacun peut avoir à l'endroit du système monétaire, plus qu'il ne consiste en l'atteinte portée à un particulier désigné. Il constitue, en quelque sorte, un complément à l'incrimination de la contrefaçon de monnaie par le Code pénal¹⁸. La précision est d'importance, car la peine encourue est autrement plus grave lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas en matière de faux, d'une atteinte portée à l'Etat.

L'existence d'une politique pénale propre au processus de blanchiment n'est pas de nature à démentir ce constat.

¹⁷ V. chap. I, art. 1, b.

¹⁸ Art. 442-1 et s. C. pén. – Comp. W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, coll. Précis, Dalloz, 2003 (5^{ème} éd.), n° 68. – Comp. également art. 205 bis C. pén. suisse situé au sein des « crimes ou délits contre l'administration de la justice ».

II. UNE POLITIQUE PÉNALE

Sur ce second point, nous serons beaucoup plus bref, car la chose est entendue : la lutte contre le blanchiment ne se limite pas à la mobilisation de l'article 324-1 du Code pénal. Ce qu'il est alors intéressant de souligner est que l'ampleur de l'intervention pénale en matière de blanchiment dépasse les objectifs affirmés : il ne s'agit plus seulement de prévenir le blanchiment, mais aussi, désormais, de lutter contre d'autres formes de criminalité dont le lien avec le blanchiment peut n'être qu'éventuel.

Ainsi, le système spécial anti-blanchiment (2.1) se mue en politique pénale préventive générale (2.2).

LE SYSTÈME ANTI-BLANCHIMENT

Si les propriétés de la monnaie facilitent sans conteste son utilisation commerciale, elles perturbent en revanche son appréhension pénale. Le droit pénal souffre, en effet, lorsqu'il se trouve confronté à un objet qui ne se résume pas à la matière et qui ne se contient pas dans les frontières. Le réflexe peut être alors de renforcer le dispositif relatif à des objets plus facilement appréhendables par la répression, voire de recourir à des règles qui ne sont pas de nature répressive. Qu'en est-il exactement en matière de blanchiment ?

L'essentiel de la législation française anti-blanchiment se trouve au sein du Code monétaire et financier, aux articles L. 561-1 et suivants. Pour la résumer à outrance, il s'agit principalement de soumettre certains professionnels à une obligation de vigilance renforcée à l'égard de leur clientèle, ainsi que, le cas échéant, à une obligation de déclaration des soupçons qui seraient nés de l'exercice de cette particulière vigilance. Ces obligations varient en intensité en fonction du risque que présentent effectivement les clients contrôlés de la sorte, les personnes assujetties aux dites obligations étant même tenues de mettre en place des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme¹⁹ et de former leur personnel à la détection des sujets à risque²⁰.

Un service centralisé – Tracfin – est alors chargé de recueillir, d'analyser, d'enrichir et d'exploiter les renseignements ayant fait l'objet d'une déclaration puis, lorsque cela s'impose, d'en informer le procureur de la

¹⁹ Art. L. 561-32 CMF.

²⁰ Art. L. 561-33 CMF.

République compétent²¹. Ce service dispose de prérogatives importantes qui lui permettent de mener une véritable enquête sur l'origine des sommes litigieuses.

Le processus ainsi esquissé est extrêmement encadré, l'anonymat des informateurs étant par exemple préservé et le secret des informations échangées étant la règle. Parce qu'il conditionne l'efficacité de l'ensemble du dispositif, c'est d'ailleurs ce secret qui est protégé par le biais de dispositions pénales²².

Pour le reste, c'est-à-dire en ce qui concerne les obligations à proprement parler, différentes autorités sont compétentes pour procéder aux contrôles qui s'imposent²³. Une commission nationale des sanctions a alors pour fonction de prononcer des sanctions administratives à l'encontre des fautifs²⁴. Le droit pénal n'est de retour que lorsqu'il s'agit, pour l'un des assujettis, soit de se soustraire aux obligations résultant de la mise en œuvre d'une mesure de gel ou d'interdiction, ou de faire obstacle à une telle mesure, soit de ne pas répondre, après mise en demeure, aux demandes d'information de l'autorité administrative en charge de l'inspection ou de mettre obstacle de quelque manière que ce soit à l'exercice, par celle-ci, de sa mission de contrôle, voire de lui communiquer sciemment des renseignements inexacts²⁵.

Tout cela n'est, je le répète, qu'une esquisse d'un système bien plus complexe. Ce qui compte est de constater son existence et, surtout, sa ou ses cause(s). Outre que la présence d'un tel dispositif confirme la gravité de l'incrimination de blanchiment, – gravité peut-être sous-estimée en l'état de la législation française –, elle démontre que certains caractères attachés aux opérations de blanchiment nécessitent une réponse juridique différente de la réponse pénale habituelle.

Ainsi, le blanchiment est un comportement difficile à appréhender, non seulement, parce qu'il suppose des mensonges et des dissimulations d'autant plus aisées à réaliser qu'elles s'appliquent à un bien dont il est facile de faire disparaître l'origine, mais aussi, parce que c'est une infraction bien souvent collective et internationale : collective, en ce que le

²¹ Art. L. 561-23 CMF.

²² Art. L. 574-1 et s. CMF.

²³ Art. L. 561-36 CMF.

²⁴ Art. L. 561-37 et s. CMF.

²⁵ Art. L. 561-39 et L. 561-40 CMF.

blanchiment représente, la plupart du temps, une véritable entreprise en soi ; internationale, en ce que l'argent se moque des frontières.

De même, on le répète, le rôle pris par la monnaie dans l'organisation du commerce, tant dans les Etats qu'entre les Etats, justifie que des moyens particuliers soient mis en œuvre pour éviter tout détournement du système monétaire.

Rien de plus orthodoxe au final : complexité et gravité sont les critères qui justifient classiquement que davantage de moyens soient donnés aux représentants de l'ordre pour combattre la criminalité.

LA PORTÉE DU SYSTÈME ANTI-BLANCHIMENT

Pour finir, il est intéressant de constater que le dispositif de lutte contre le blanchiment permet la prévention de beaucoup d'autres comportements criminels. D'ailleurs, cet ensemble de règles s'affirme dès l'abord comme autorisant la lutte, à la fois, contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme²⁶. C'est la preuve, s'il en était besoin, de l'utilité multiple que l'on est susceptible de tirer du dispositif précédemment décrit. Dit autrement, ce qui est obtenu sous l'égide de la prévention du blanchiment peut être mobilisé pour éviter ou sanctionner d'autres types d'infractions.

Le système anti-blanchiment dépasse de la sorte le blanchiment lui-même, ce qui en fait un moyen général de combat de la criminalité, du moins lorsque celle-ci comporte un aspect financier. La chose est tellement entendue, qu'il n'est plus rare qu'à l'incrimination d'un comportement précis, le législateur préfère désormais le renfort du dispositif de lutte contre le blanchiment. L'exemple le plus marquant est celui de l'encadrement pénal de la fiducie : plutôt que de créer un abus de confiance fiduciaire, l'incrimination de l'article 314-1 du Code pénal ne permettant effectivement pas de sanctionner un détournement lorsque celui-ci est postérieur à un transfert de propriété, comme c'est le cas en matière de fiducie, le législateur a fait le choix de n'ouvrir cette technique qu'aux personnes assujetties aux obligations de surveillance et de déclaration. En bref, le détournement d'un bien fiduciaire devient quasiment impossible à commettre, puisque son éventuel auteur serait immédiatement identifié et, par là même, ce détournement n'a plus besoin d'être réprimé.

Tel semble également être le cas en matière de jeux d'argent, dont le cadre juridique réside essentiellement dans la prévention du blanchiment.

²⁶ Art. L. 561-1 et s. CMF.

Au-delà de la lutte contre le blanchiment, le système pénal peu à peu construit en la matière participe donc en réalité d'un autre phénomène : il s'agit, dans une certaine mesure, de remplacer la logique répressive qui implique d'interdire et, partant, de ne réagir qu'en cas de transgression de l'interdit, par une logique préventive, dans laquelle l'Etat fait preuve de plus d'interventionnisme en amont, en conditionnant l'action de chaque citoyen.

Bien que d'une efficacité accrue, cause de son succès actuel, un tel système n'a en conséquence pas vocation à trop s'étendre, à défaut de quoi le principe d'action des citoyens ne serait plus la liberté, mais l'interdit.

Si cette mutation se limite pour le moment au monde de l'argent, ce constat n'en est pas moins alarmant, en ce que tout ou presque désormais a vocation à recevoir une expression pécuniaire.

Pour autant, cette réaction étatique n'a qu'une véritable cause : l'essor du blanchiment, qui constitue au final moins une infraction de conséquence qu'une infraction conséquente.

LES AVANCÉES DU DROIT MONÉGASQUE DANS LE DOMAINE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

LAURENT ANSELMINI*

Les États de droit, on le sait, sont ceux dans lesquels les autorités publiques comme les personnes privées sont soumises à la règle de droit. Celle-ci y assure un légitime équilibre entre la liberté largement entendue, ayant comme point d'appui la protection de la vie et de la propriété privées, d'une part, et l'égalité, d'autre part. Cette *rule of law* veille ainsi à instaurer la justice fondée sur le concept du « à chacun son dû ».

Aussi, la corruption, parce que la notion d'avantage indu est au cœur même de son principe, vient heurter de front la philosophie intrinsèque de l'État de droit. Sur le plan de l'éthique individuelle, elle est l'expression négative de la nature humaine, le « côté obscur de la force » en quelque sorte, ou encore l'extinction de cette lumière qui éclaire tout homme venant au monde, selon la métaphore que l'on préfère, « Guerre des étoiles » ou Évangile selon Saint Jean, au choix.

La passion dévorante du lucre, l'avidité faustienne de quelques uns, qu'ils soient corrompus ou corrupteurs, peuvent, par leur démesure, cette *ubris* qui faisait si horreur aux grecs, aller jusqu'à ébranler les fondements institutionnels même des États comme en attestent certains événements récents survenus au sud de la Méditerranée, pourtant terre d'éclosion des notions d'État et de droit.

Et d'ailleurs, il n'est peut-être pas vain, à ce stade, de rappeler que les célèbres lois athéniennes dites de Dracon, en 621 avant notre ère, pour sévères et implacables qu'elles furent, visaient à mettre un terme à des jugements rendus par des interprètes du droit coutumier – les Eupatrides – qui abusaient de leur privilège en statuant de manière arbitraire et au gré de leurs intérêts.

Ce n'est donc pas d'hier que les législations nationales se sont attachées à appréhender les phénomènes de corruption en vue de les poursuivre et de les sanctionner ; et la Principauté de Monaco ne s'est bien entendu pas tenue à l'écart de ce mouvement.

* Délégué aux Affaires Juridiques auprès du Gouvernement Princier.

Ainsi, le Code pénal monégasque comporte depuis longtemps une gamme d'incriminations permettant de réprimer la corruption passive et active des fonctionnaires ou agents de l'administration (articles 113 et 118) la corruption de magistrats (article 121), celle d'arbitres ou d'experts (article 114) ou même la corruption dans le secteur privé (articles 115 et 119).

La mondialisation et la libéralisation des échanges, des flux financiers et des investissements, dopée par les progrès de la technologie, et en particulier ceux de la technologie de l'information, comme nous l'exposera tout à l'heure le Colonel Sevilla, a toutefois ouvert de nouveaux espaces à la corruption en permettant à ses promoteurs de se jouer des frontières.

Il est alors devenu vital, pour la communauté des nations, de forger de nouveaux actes juridiques propres à prendre en compte la dimension transnationale de ce phénomène.

A cet égard, la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption est exemplaire. Elle constitue en effet l'instrument international le plus complet permettant d'incriminer les différentes déclinaisons de la corruption en améliorant la coopération internationale pour activer la poursuite des corrupteurs comme des corrompus.

Le 19 mars 2007, la Principauté de Monaco l'a ratifiée ; conséquemment, elle est devenue, le 1^{er} juillet 2007, membre à part entière du groupe d'Etats contre la Corruption, le G.R.E.C.O.

De ce fait, il est apparu hautement opportun au Gouvernement Princier d'enrichir et de compléter les dispositions que je viens de citer afin de concrétiser *hic et nunc*, en droit interne, l'engagement de la Principauté dans le mouvement européen et mondial de la lutte contre la corruption. A cette fin, un projet de loi a été élaboré et déposé, le 7 décembre 2010, sur le bureau du Conseil National, l'assemblée législative de la Principauté.

Ce projet de loi, qui sera examiné prochainement, propose notamment de redéfinir les auteurs et les actes de prise illégale d'intérêts, de corruption et de trafic d'influence en prenant en considération, au regard des normes internationales, l'ensemble des personnes pouvant être concernées par ces actes et en appréhendant synthétiquement des catégories au travers de leur activité. Ces nouvelles définitions permettront de traiter plus efficacement de la corruption, compte tenu de sa nature aujourd'hui plus que jamais protéiforme.

J'évoquerai tout d'abord, la définition projetée de l'agent public national comme « *la personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public* ».

Seront ainsi visés l'ensemble des membres du gouvernement, les magistrats, les officiers publics ou ministériels, les autorités en charge de la force ou de la sûreté publique et toutes celles investies d'un pouvoir de police, y compris municipale.

La mention de toute personne chargée d'une mission de service public permettra quant à elle, de viser tous ceux qui, sans être dépositaires d'une parcelle d'autorité publique, sont chargés de missions de service public et qui accomplissent, à titre provisoire ou permanent, volontairement ou sur réquisition des autorités, un service public quelconque. Il est à noter, qu'il importe peu que les intéressés soient soumis à un régime de droit privé – salarié, mandataire, dirigeant social ou autre - ou de droit public. En effet, l'agent ainsi considéré appartient à la catégorie des personnes chargées d'une mission de service public dès lors que, indépendamment de son statut professionnel, il accomplit des missions d'intérêt général.

Enfin, faire référence à la personne investie d'un mandat électif public permettra de désigner la personne, sans distinguer le caractère national ou local dudit mandat, plaçant ainsi sur un pied d'égalité l'ensemble des élus monégasques, qu'ils soient conseillers nationaux ou conseillers communaux.

Qu'il soit permis, à ce stade, au juriste monégasque formé à l'école du droit public français que je suis d'ouvrir une parenthèse à l'effet de dire combien il peut paraître incongru, voire sémantiquement aberrant, au regard des catégories connues du droit administratif, de qualifier des élus d'agents publics. En effet, il est acquis de longue date, à Monaco comme en France, qu'un agent public se trouve dans une relation de travail avec une administration publique soit sur une base statutaire ou réglementaire – et c'est alors un fonctionnaire – soit sur une autre base, essentiellement contractuelle. La relation de l'élu avec la collectivité publique dont il dépend est en revanche d'une toute autre nature puisqu'elle tient au mandat reçu du corps électoral. La qualification d'agent public a néanmoins été retenue en l'espèce pour désigner des élus car elle correspond à une terminologie conventionnelle, permettant, grâce à des concepts identiques et communs à l'ensemble des législations nationales, de poursuivre uniformément les faits de corruption et de trafic d'influence, ce toujours eu égard au caractère transnational de ce type de délinquance.

Rien d'étonnant dès lors à ce qu'il soit, pour les mêmes motifs, apparu nécessaire de réprimer la corruption des agents publics étrangers au même titre que celle des nationaux. Aussi, le projet de loi définit l'agent public étranger ou international comme une personne dépositaire de l'autorité

publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique. La cohérence sur les deux plans est ainsi assurée.

S'agissant enfin de la qualité d'agent privé, sa définition jusqu'alors très limitative prévue à l'article 115 du Code pénal a été regardée comme n'étant plus suffisante à permettre l'efficacité de la répression.

En effet, en l'état du droit positif, seul « *tout commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque* » est susceptible d'être poursuivi pour des faits de corruption.

Dès lors, le Gouvernement Princier a souhaité redéfinir et élargir la définition de l'agent privé de manière à pouvoir faire entrer dans son périmètre tant les personnes exerçant des fonctions de direction à la tête des entreprises que celles exerçant une profession libérale en posant une exigence négative : l'absence de possession de la qualité d'agent public. L'agent privé sera donc défini par défaut, comme celui qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargé d'une mission de service public, ni investi d'un mandat électif, exerce dans le cadre d'une activité commerciale, une fonction de direction ou un travail pour une entité du secteur privé.

L'exigence d'un exercice dans le cadre d'une activité commerciale a pour effet d'exclure les activités à but non lucratif menées par des personnes ou des organisations (par exemple des associations ou autres O.N.G.) mais elle n'interdit pas pour autant une requalification *in concreto* de ladite activité dès lors qu'est visé « *tout type d'activité marchande, en particulier le commerce des biens et la fourniture de services y compris les services fournis au public (transport, télécommunication, etc.)* » .

Poursuivant son œuvre, le Gouvernement Princier a par ailleurs souhaité introduire trois nouveaux articles au Code pénal portant respectivement les numéros 113-1, 113-2 et 113-3 pour qualifier les actes de prise illégale d'intérêts, de corruption et de trafic d'influence.

Le premier de ces articles reformule les dispositions relatives à la prise illégale d'intérêt en lui donnant une définition plus moderne.

Le second donne la définition de l'acte de corruption en distinguant :

- l'acte passif, qui est le fait par un agent public ou privé de solliciter, d'accepter ou de recevoir un avantage indu en échange de l'accomplissement ou du non accomplissement d'un acte de sa fonction,
- de l'acte actif, qui est le fait de proposer, accorder ou octroyer un avantage indu pour obtenir d'une personne l'accomplissement ou le non accomplissement d'un acte de sa fonction.

Le troisième, quant à lui, introduit les notions de trafic d'influence passif et actif dans le droit pénal monégasque.

Parallèlement, au titre spécifique de la prévention de la corruption dans l'administration publique, l'Ordonnance Souveraine n° 3.413 du 29 août 2011 portant diverses mesures relatives à la relation entre l'Administration et l'administré ainsi que l'Arrêté Ministériel n° 2011-468 du 29 août 2011 portant application de ladite ordonnance précisent certaines obligations déontologiques des fonctionnaires et agents des services exécutifs de l'Etat qui n'ont pas une portée justifiant constitutionnellement leur vocation à figurer dans un texte législatif.

C'est ainsi que sont prohibées des collectes ou des démarches en vue de recueillir des fonds ou des dons ou d'obtenir un avantage indu, auprès de particuliers, d'associations, de syndicats, d'entreprises, de sociétés ou de toute autre entité, ainsi que l'acceptation de cadeaux.

En revanche, par exception à ce principe, à l'occasion d'événements traditionnels telles que notamment les fêtes de fin d'année, les intéressés sont autorisés à recevoir, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, des cadeaux d'usage relevant de la courtoisie ou de l'hospitalité. « *Point trop n'en faut* » en effet et il importe que la règle ne dépasse pas son objectif qui est de frapper au cœur la corruption, non de perturber les rapports normaux de la vie sociale, et encore moins de pénaliser des actes de générosité réels et désintéressés.

La méconnaissance des obligations issues de l'Ordonnance Souveraine et de l'Arrêté susmentionnés peut, selon son degré d'importance, donner lieu le cas échéant à des sanctions disciplinaires statutaires, comme l'avertissement, le blâme ou la rétrogradation par exemple.

De ce point de vue, il est à noter que la loi n° 975 du 12 juillet 1975 portant statut des fonctionnaires de l'Etat est en cours de refonte et qu'elle recèlera, elle aussi, des dispositions en la matière, afin que soient définis, au niveau de la loi et en correspondance avec les textes réglementaires déjà en vigueur que j'évoquais à l'instant, les principes de bonne conduite des fonctionnaires.

Pour revenir à la matière pénale et s'agissant plus spécialement de la répression, le Gouvernement Princier a souhaité alourdir les peines dont sont assorties ces différentes infractions, par exemple, le délit de prise illégale d'intérêts voit son régime s'aligner sur celui de la corruption d'un agent privé, l'emprisonnement passant ainsi de un à cinq ans contre six

mois à trois ans et l'amende est, quant à elle, portée au chiffre 4 de l'article 26 du Code pénal¹ contre, actuellement, le chiffre 3 de ce même article².

Les sanctions des délits de corruption et de trafic d'influence sont, quant à elles, portées de cinq à dix ans d'emprisonnement et au double de l'amende prévue au chiffre 4 de l'article 26 du Code, lorsque ces délits sont commis par ou à l'encontre d'un agent public national, étranger ou international.

Dans ce sillage, ces infractions voient aggraver leurs sanctions dans les cas de corruption commis par un magistrat ou un juré au bénéfice ou au détriment d'une personne faisant l'objet de poursuites criminelles. Dans ces circonstances, la peine encourue est de huit à quinze années de réclusion et le montant de l'amende prévue au chiffre 4 de l'article 26 du Code est triplé.

Il convient au surplus de relever que, dans tous les cas, les coupables encourront également la peine complémentaire prévue à l'article 27 du Code pénal³ ainsi que la confiscation automatique du produit de ces infractions.

Il ne fait pas de doute que les dispositions projetées permettront d'assurer une incrimination concrète et effective de la corruption, d'autant qu'elles sont accompagnées de nombreux aménagements de la procédure pénale monégasque tels l'introduction et la consécration *expressis verbis* du secret de l'instruction, le principe d'évaluation des officiers de police judiciaire par le Procureur Général, le principe d'opportunité des poursuites, le témoignage anonyme, l'encadrement de l'infiltration ainsi que la création de certaines techniques spéciales d'enquête notamment les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules ou encore les enquêtes discrètes.

Pour être complet, et au titre de la prise en compte de la dimension internationale de la corruption que j'évoquais précédemment, le texte projeté améliore opportunément la coopération judiciaire internationale en autorisant notamment la mise en place d'équipes communes d'enquête ainsi que l'utilisation de la vidéoconférence afin de donner la possibilité de réaliser l'audition, l'interrogatoire ou la confrontation de plusieurs personnes au moyen de télécommunications garantissant la confidentialité de la transmission. Il s'agit de permettre de surmonter les obstacles procéduraux ou matériels liés au déplacement de ces personnes ou des autorités susceptibles de les entendre.

¹ 18.000 à 90.000 €.

² 9.000 à 18.000 €.

³ La perte des droits civiques.

On relèvera enfin que le projet de loi institue le casier judiciaire des personnes morales, en modifiant les articles 650 et 653 du Code de procédure pénale. Il leur étend l'application de ces dispositions afin d'assurer une information concrète et effective, en parfaite conformité avec les exigences européennes.

Bien entendu, les lois, telles les hirondelles proverbiales, ne font pas le printemps et il est encore fécond le ventre de la bête qui a pour nom corruption. Aussi, son éradication complète de la face de la terre est pour l'instant, à mon sens, un idéal encore asymptotique.

Mais un progrès substantiel sera fait dans cette lutte, à laquelle la crise mondiale donne d'autant plus d'acuité, si tous les Etats de droit du monde concourent à mettre la même énergie à légiférer et à agir. La Principauté y est quant à elle résolue.

CONTREFAÇON, CORRUPTION : UNE DÉLINQUANCE NATURELLEMENT LIÉE ?

BRUNO DALLE^{*} ET CHRISTINE LAÏ^{**}

Il est toujours délicat d'associer de manière « naturelle » deux incriminations et de présupposer une forme de déterminisme criminologique.

Force est de constater que les deux notions ne sont pas intimement liées dans la littérature juridique, politique, criminologique. En effet la corruption se conjugue plus souvent avec la délinquance économique et financière, le blanchiment, les autres infractions dites de probité (prise illégale d'intérêts, favoritisme en matière de marchés publics, trafic d'influence, concussion, le droit pénal des affaires (abus de bien social, abus de confiance...)).

Même si le service central de prévention de la corruption s'est attaché il y a quelques années, de manière sans doute prémonitoire à décrire les liens entre criminalité organisée et contrefaçon, aucune démonstration solide n'a mis en évidence, au moins en France, un lien naturel entre corruption et contrefaçon !

Et pourtant il n'y a pas de « conflit d'intérêt » entre ces deux phénomènes et les liens criminologiques peuvent être recherchés en raison de l'ampleur prise par la contrefaçon dans le monde, des flux financiers générés, de la montée en puissance des pouvoirs publics pour afficher un renforcement de la lutte et mobiliser des moyens publics et privés, parce que tous les Etats engagés dans cette lutte ne disposent pas toujours des standards rassurant en matière de probité et d'intégrité de leurs agents.

La corruption devient un risque systémique supplémentaire d'autant que la notion et les définitions ont évolué.

La corruption peut se définir comme l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite / propose ou agréé / cède à un don, une offre ou une promesse, en vue d'accomplir,

^{*} Bruno DALLE est Procureur de la République à MELUN et précédemment Sous-Directeur de la Douane, Chef du Service National de Douane Judiciaire (SNDJ).

^{**} Christine LAÏ est Magistrat en disponibilité et Directeur Général de l'Union des Fabricants (UNIFAB).

retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant d'une façon directe ou indirecte dans le cadre de ses fonctions. Le droit pénal français distingue :

- la corruption active, situation dans laquelle une personne physique ou morale propose des dons, promesses ou avantages quelconques à une personne afin qu'elle accomplisse, retarde ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction. Entre également dans le champ de la corruption active, le fait de céder aux sollicitations d'un « corrupteur passif », personne publique ou privée qui sollicite une contrepartie afin d'accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ;
- la corruption passive, situation dans laquelle une personne publique ou privée sollicite ou accepte des dons, promesses ou avantages quelconques à une personne afin qu'elle accomplisse, retarde ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction.

Le corrupteur peut intervenir aussi bien dans le cadre national que dans le cadre international, aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé.

Les formes des agissements corrupteurs sont évolutives et diversifiées, tous les moyens sont bons et la notion « d'avantage indu » visée par le code pénal fait l'objet d'une interprétation pénale très large. (jusqu'aux faveurs sexuelles !).

La jurisprudence sur la notion d'infraction dissimulée étendue à la corruption (chambre criminelle 6 mai 2009) facilite une forme d'imprescriptibilité.

Dans un monde de plus en plus concurrentiel, il est évident que le renforcement de la lutte contre la contrefaçon suppose une équité, une égalité, un équilibre dans la lutte, d'éviter de discriminer entre les titulaires de droit sauf pour des motifs légitimes. L'intelligence économique ou plus prosaïquement l'espionnage industriel, la déstabilisation y compris par la manipulation de l'appareil d'Etat sont des nouveaux risques qui lient contrefaçon, lutte contre la contrefaçon et corruption.

Qui oserait soutenir en Chine par exemple qu'un petit crocodile est protégé par une marque autochtone et permet de saisir et confisquer des textiles européens qui en arborent l'image ?

Attention, la contrefaçon et la corruption sont partout.

La contrefaçon en quelques chiffres et caractères :

Le fait de contrefaçon est mondial: il n'est finalement aucun pays qui n'y soit impliqué comme lieu de production, d'assemblage et ou de stockage ou enfin dont la population ne se voit offrir des faux produits. La place de la

Chine est cependant toujours statistiquement prépondérante quant à la production des contrefaçons.

Le chiffrage du marché du faux est loin d'être satisfaisant.

Une donnée importante : les statistiques des saisies douanières sont communiquées par une institution et sont communiquées régulièrement.

Chiffres 2011 :

- 6,2 millions de produits contrefaisants arrêtés hors cigarettes par la douane française.
- 103 millions de tels produits au niveau européen.

Deux bémols :

- Ces statistiques n'incluent pas la contrefaçon de tabac comptabilisé au titre de la contrebande –délit d'élection de la corruption- .
- Ces données ne considèrent pas le trafic intra européen et une partie des marchandises en transit extra communautaires.

La contrefaçon est massivement diffusée par la voie d'Internet :

- Toutes les fonctionnalités de cet outil de communication sont utilisées par les réseaux de contrefacteurs (anonymat et disponibilité 24 sur 24).
- Il y a un décalage perpétuel entre la riposte dans cette matière et l'évolution technologique galopante : *soft law* contre sites champignons ; mission Brochand–Sirinelli deux contre m-commerce et f-commerce ; liens commerciaux et marques utilisées comme mots-clés ; marques vendues comme noms de domaine et déjà les interrogations face au « *cloud computing* ».

La contrefaçon se diversifie sans fin :

- quant aux marchandises : fausses huitres Gillardeau; produits démontés en pièces détachées (téléphonie, montres, textiles, faux sacs à main sous étui). Ceci nécessite des services opérationnels, une actualisation constante de leurs connaissances en la matière. Lutter contre la contrefaçon pour un agent public représente un investissement personnel important.
- quant à la façon de les transporter (containers et colis postaux): fluctuance des trajets en fonction du taux de succès douaniers.

La contrefaçon est liée à d'autres formes de criminalités soit pour mieux consolider le réseau, soit par choix opportuniste. Certaines des « méthodes » de travail -dont la corruption- du crime organisé sont appliquées aux réseaux de contrefaçons.

C'est enfin une infraction financière :

- essai d'évaluation de ce qu'elle rapporte: selon l'OCDE, elle représenterait de 2 à 10% du commerce mondial.
- essai d'évaluation de ce qu'elle coûte : données encore plus insatisfaisantes, puisque les Etats ne mesurent au mieux que les droits éludés et les entreprises se montrent discrètes sur les conséquences pécuniaires craignant un effet double dans l'atteinte à leur image.

LA LUTTE ANTI CONTREFAÇON COMME TERREAU FAVORABLE A LA CORRUPTION

➤ **Il existe une concordance troublante entre la géographie de la contrefaçon et la liste globalement admise des pays corrompus pointés comme tels dans telles ou telles autres études.**

Côté européen, l'exemple quasi historique de l'Italie doit être rappelé (Vintimille et San Remo ne sont que les exemples les plus connus).

Une mention particulière est à décerner à la Roumanie, connue pour un trafic particulier de faux Gallé à destination des brocantes françaises et pour la « compréhension » de certains des agents.

Le pôle criminalité organisée, basé à Zagreb, a eu l'occasion d'attirer à plusieurs reprises l'attention sur la situation de la contrefaçon, tant au Kosovo qu'en Albanie et sur l'impunité quasi-totale garantie aux vendeurs par les agents d'autorité.

Au niveau de l'**Asie**, la Chine occupe la 1ère place quant à la production. Elle n'est pas mal classée comme pays de corruption, certains « satellites » tels le Cambodge ou le Vietnam sont aussi pointés pour leur taux de corruption. Ils sont les Etats de certaines « délocalisations » de la fabrique du faux plus ou moins initiées par les réseaux chinois à la faveur des JO de Pékin –les autorités centrales avaient exigé des opérations main propre par souci d'image- et perpétrées pour cause de hausse du coût de la main d'œuvre chinoise !

Dans les **BRIC**, relais de croissance que vont chercher les entreprises européennes, la Russie et le Brésil sont également positionnés dans la liste des pays pointés pour la corruption de certains de leurs agents et leur relative tolérance des places de marchés de contrefaçons se vérifie aisément (contrefaçons vendues ostensiblement dans les rues ou en boutiques).

La situation de l'**Afrique** est celle de tous les dangers :

- Les contrefaçons les plus dangereuses sont mises en circulation dans les mêmes lieux et au même prix que les produits (en quantité plus rare) authentiques.
- La présence d'une forte diaspora chinoise, l'achat des terres cultivables par leur soins, le financement de grands projets d'Etat en lieu et place d'autres parties internationales ou des Etats africains eux-mêmes, se conjuguent ici avec une immigration africaine à destination de la Chine qui devient pour partie la nouvelle main d'œuvre bon marché, celle qu'on implique dans les trafics de toutes sortes.
- L'Afrique du Nord doit associer défis démocratiques, reconstruction économique et enjeux de sécurité, tout en demeurant une terre de tourisme. Inutile de préciser que la lutte contre les contrefaçons n'a ici qu'une modeste place et qu'un agent complaisant sera rarement blâmé.

➤ **L'organisation de la lutte anti contrefaçon porte le risque de corruption**

Le contrôle porte sur des marchandises, des produits « normaux »: un lot de brosses à dents reste une marchandise objectivement non suspecte. En tant que tel, il n'éveille pas la sagacité des agents qui en sont chargés. C'est une chose de concourir à la sécurité de son pays en étant vigilant sur les armes, les animaux protégés (...) c'en est une autre de rechercher des articles de mode ou des composants électroniques. En un sens, les agents peuvent sans sensibilisation particulière, considérer qu'une mission est régaliennne et l'autre pas.

A l'origine, le contrôle des marchandises aux frontières, est fondé par la mission de perception des taxes et, une fois cette exigence satisfaite, devrait permettre à la marchandise de repartir vers sa destination. A l'heure de la mondialisation et vu le développement des relations commerciales internationales, l'intervention d'un contrôle sur les marchandises est souhaitée mais elle ne doit pas conduire à ralentir les flux: la performance des services des douanes s'appréciant à la rapidité de l'intervention.

Ces éléments laissent peu de place à un contrôle approfondi et ce, alors même que les réseaux de contrefacteurs ont intégré la nécessité de protéger leur cargaison par diverses techniques empruntées à d'autres trafics telles que: caches, envois fractionnés, testing par un passage individuel, export des devises par des voyageurs « simples passagers »...

Révéler un réseau nécessite que l'attention se porte aussi sur les personnes qui en font parti et pas simplement sous l'angle du contrôle de l'émigration. Ce glissement d'une logique de marchandises vers une logique de

personnes n'est pas comme tel, acculturé par les services de douane du monde entier. Mieux, en ce qui concerne la problématique « contrefaçon – corruption », il va être l'élément déclencheur: l'organe de contrôle étant alors invité à « fermer les yeux » moyennant un avantage quelconque avec ou sans menace à la clef.

Or l'offre peut être alléchante et surtout la conscience d'enfreindre la loi moins forte, l'idée que ce trafic est moins grave que d'autres, surtout en terme de souveraineté est, en de nombreux coins du globe, une aubaine pour les contrefacteurs .

La douane est de façon statistique aux avant ponts des saisies de contrefaçons, elle est traditionnellement postée aux frontières. Or dans une logique européenne de libre circulation des personnes et des biens le contrôle aux frontières est présumé protectionniste ou se doit de se dérouler sur des fondements solides: le respect de la PI n'est pas intégré par tous comme une bonne justification, il est régulièrement remis en cause par certains Etats membres.

L'existence et le développement de contrefaçons dangereuses peut sembler donner ou redonner quelque noblesse à ces interventions sauf quand justement la dangerosité autorise le « retrait » et légitime le fait de ne pas procéder à sa mission, rendant ainsi plus délicat encore de confondre l'agent corrompu.

L'intensification des flux d'échanges et spécialement la croissance des importations en provenance de la Chine ainsi que le renseignement des documents par des signes linguistiques inconnus sont autant de difficultés objectives pour justifier l'abstention et rendre plus délicate la détection d'un comportement déloyal.

➤ **Le couple « corrupteur–corrompu » peut se fonder sans être en rien suspecté sur l'indispensable partenariat public–privé qui est une des bases de la lutte anti contrefaçon**

Autant dans certaines situations, il peut être aisé de prouver la corruption par des contacts ou des relations qui n'auraient pas dû être, voire par des contacts déontologiquement interdits, autant la détection du faux génère une relation avec les partenaires privés permettant de dissimuler si nécessaire des manœuvres illicites.

L'agent de contrôle se trouve entre deux parties. L'une d'elle est un titulaire de droit et doit le conforter par sa connaissance des produits dans le caractère contrefaisant de telle ou telle marchandise, l'autre est un importateur, un transporteur, un « expressiste » auxquels les conventions

internationales reconnaissent le droit d'ignorer le contenu des biens transportés.

L'agent se trouvant dans l'obligation d'échanger avec ces deux parties et ainsi exposé à l'offre de corruption. Si l'on peut penser que le titulaire de droit se borne à expliquer les raisons qui font que les produits sont des faux, en revanche le lien directement noué avec celui-ci dans certains pays, peut être indiscutablement une aubaine pour le mettre en concurrence avec l'autre partie et faire ainsi monter les enchères. Ceci est d'autant plus facilité avec la pratique, légalement reconnue dans certains Etats, de faire assumer financièrement par le titulaire de droit, tout ou partie de l'intervention publique et d'instaurer directement une discussion sur le terrain de l'argent entre l'agent public et le titulaire de droit. Ainsi, la consignation non réglementée strictement, le paiement pour remise d'échantillons, la prise en charge des frais de stockage et ou de destruction sont autant de moyens directs et officiels pour attirer le titulaire de droit vers d'autres négociations officieuses et en cas d'échec imputer celui-ci à une insuffisante collaboration de ce dernier, voire un désaveu du travail accompli .

De « l'autre côté », c'est un professionnel, un commerçant grossiste, voire quelqu'un qui se présentera aussi comme titulaire de droit mis en difficulté par son concurrent. Avec ce professionnel, l'agent entretient des relations régulières, partage parfois une nationalité commune. Le choix patriotique sera alors d'autant plus aisé si le titulaire de droit représente comme souvent une marque étrangère voire si celle ci est par ailleurs absente du marché national.

On le voit, le schéma pourtant incontournable de la lutte anti contrefaçon porte en germe les éléments de proximité qui peuvent favoriser et masquer une opération de corruption. Pour contrer ce risque certains Etats ont recours à la pratique de l'expertise pour attester du faux et mandatent judiciairement un expert pour faire le travail d'identification du titulaire de droit. Outre le surcoût et la lourdeur d'une telle pratique on doit souligner pour ce qui concerne notre propos qu'elle a pour effet de réduire le nombre d'interlocuteurs privés de l'agent et lui facilite, s'il recherche un avantage, leur contrôle.

QUELQUES PISTES POUR CONTENIR LES RISQUES

Codifier les relations entre le titulaire de droit et l'agent public

Le titulaire du droit de propriété intellectuelle non respecté par la contrefaçon doit intervenir dans le processus d'enquête. Plus la contrefaçon est proche du produit authentique, plus on va lui demander de jouer un rôle qui confine parfois à l'ambiguïté, voire qui sera censuré a posteriori notamment au titre

de la violation des grands principes gouvernant l'administration de la preuve. Il est pourtant celui qui est le mieux placé pour identifier négativement la contrefaçon : « ce produit n'est pas nôtre », pourra t il indiquer aux services d'enquête.

En cas de contrefaçons grossières, l'œil exercé va pouvoir se contenter d'une identification par le truchement de photographies du produit suspecté. Dans d'autres cas, c'est quasiment à l'« autopsie » du produit qu'il sera nécessaire de recourir pour se faire une opinion.

La loi française du 29 octobre 2007 (transposition de la directive européenne 2004/48) a enrichi le code pénal d'une circonstance aggravante en matière de contrefaçon : la contrefaçon dangereuse pour la santé ou la sécurité. Les conditions de procédure dans lesquelles cet ajout législatif s'est opéré, n'ont pas permis de réels débats qui pourraient éclairer utilement sur la façon de prouver la dangerosité. La seule circulaire d'action publique consacrée à cette loi ne traite pas du sujet.

Nous sommes de façon indubitable, tant pour la contrefaçon, élément matériel, que pour la circonstance aggravante devant la preuve de faits juridiques qui peut s'opérer par tout moyen. Mais l'opération d'identification demandée au titulaire de droit n'a pas pour seul effet d'aider matériellement les enquêteurs, elle sert également à impliquer la responsabilité du titulaire de droit en cas d'identification erronée face à celui dont les marchandises auraient été retenues à tort car désignées par titulaire de droit comme contrefaisantes.

Ce rappel permet de mieux comprendre les raisons pour lesquelles la victime de cette infraction si particulière est autant sollicitée. A cela, il faut ajouter qu'il va lui être demandé de s'impliquer dans la procédure en s'engageant à suivre par une action civile ou pénale l'action douanière (statistiquement 80 % des saisies sont opérées par la douane). On comprend aisément que l'échange très direct entre l'agent public et le titulaire de droit, analysé sous l'angle du risque de corruption, doit être codifié pour éviter que ce dernier ne tourne en une négociation illicite.

Ce statut particulier qui existe au niveau européen a minima, est correctement implémenté en France, un peu moins dans d'autres Etats membres et pas du tout dans certains pays clefs ...

Globalement, ce statut se construit comme une exception au secret professionnel de l'agent public. Il se traduit par une liste de renseignements sur la prise qui pourront être communiqués au titulaire de droit, l'organisation d'une procédure de remise d'échantillons des produits saisis, un accord sur

les modalités de stockage des marchandises appréhendées voire d'autres modalités portant sur leur future destruction ou une consignation.

Du côté des titulaires de droit, il est fréquemment souligné que ce statut, au titre des renseignements communiqués, est trop restrictif et que d'autres renseignements permettraient une prise de décision tant sur l'authentification que sur l'engagement quant à la suite de la procédure plus adaptée. Du côté des agents opérationnels, est pointé le risque d'une communication trop large qui conduirait soit à instrumentaliser le service public (on qualifie dans un premier temps les marchandises de contrefaisantes, puis on se ravise et on passe un accord commercial avec l'autre partie), soit permettre à une partie d'accéder à des renseignements sur un concurrent et non un contrefacteur.

Au prisme du risque de corruption pourtant, l'organisation légale de ce statut nous apparaît comme l'un des moyens, de contrôler objectivement cet échange, de réguler par des lignes directrices, ce qui doit ou pas à ce stade se dire ou se faire, d'empêcher que celui ci ne tourne au marchandage de renseignements moyennant avantages ou au contraire d'éviter des questions intrusives auxquelles le titulaire de droit ne répondraient naturellement pas mais qui pourraient alors « justifier » la non poursuite des opérations de saisies.

Ce qui nous paraît important de promouvoir c'est la remise d'un échantillon de marchandises sans frais. Si on considère que cette façon de procéder est, au cas par cas, indispensable pour mener l'opération d'authentification, on comprend mal alors que cette remise soit rémunérée entre les mains de l'agent public. Il n'est pas ici besoin de longs développements pour comprendre quels risques de telles dispositions présentent dans un cadre de corruption.

L'organisation d'un tel statut devrait en bonne logique permettre que cet échange et la contribution apportée dans ce cadre par le titulaire de droit ne fasse pas l'objet de critiques a posteriori sans qu'il soit préalablement démontré en quoi l'un ou l'autre des protagonistes auraient enfreint les équilibres organisés par ce type de procédure.

« Judicialiser » le processus d'enquête

Ceci peut s'opérer à deux niveaux au moins :

- soit organiser un service tout entier en le soumettant à l'autorité judiciaire pour ce qui concerne ses enquêtes ;
- soit soumettre certaines des prérogatives d'enquête à avis ou autorisation d'un représentant de l'autorité judiciaire.

La France est en la matière riche des deux expériences, puisqu'elle a développé un service dédié à ce type de contentieux: le SNDJ. Elle soumet à CR ou à autorisation certaines des prérogatives d'enquête permises dans la lutte anti contrefaçon.

Avant de développer quelque peu ces deux expériences dans l'optique de les voir promues, sous d'autres systèmes moins élaborés, deux considérations sont à poser.

- La « judiciarisation » pour éviter la corruption suppose, une magistrature elle-même non concernée ou alors de façon très marginale, par l'écueil de la corruption.
- D'autres considérations dans un appareil d'Etat peuvent dicter ce type de décision ou leur retrait. Au titre de l'expérience française et pour être exhaustif, il conviendrait de citer la mise en sommeil du service de police spécialisé qu'était la BCRCIA et de préciser qu'avec l'enjeu des paris en ligne faits sur des sites illicites, l'Etat à réorienté une partie de ses attentions sur ce contentieux.

Le SNDJ ou (Service National de Douane Judiciaire) est un service de police judiciaire douanier dirigé par un magistrat de l'ordre judiciaire placé en position de détachement et expressément désigné comme déléataire légal (art 28-1 du CPP) des demandes d'enquêtes.

La douane judiciaire est le fruit (lentement mûri) d'une volonté de l'administration des douanes, soutenue par la chancellerie malgré les résistances des forces obscures de la place Beauvau, de créer une mission judiciaire pour des officiers de douanes, spécialement recrutés, formés et habilités à l'exercice des certaines missions de police judiciaire.

La douane judiciaire exerce son action exclusivement en application des pouvoirs définis par le code de procédure pénale et dans des matières limitativement énumérées par la loi, au titre d'une compétence d'attribution. (Délit douanier, contrefaçons, infractions en matière de contributions indirectes, escroqueries à la TVA, vols de biens culturels, blanchiment, infractions à la protection des intérêts financiers de l'union européenne, infractions au code de la défense, les nouveaux délits en matière d'ouverture à la concurrence du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne !).

Le fait que le chef du SNDJ soit un magistrat présente l'avantage d'assurer une garantie que les Officiers de Douane Judiciaire (ODJ) ne seront pas détournés de leurs attributions judiciaires, et qu'ils respecteront strictement les principes et règles de droit de déontologie et de procédure pénale et

cela, en toute loyauté et confiance avec les représentants de l'autorité judiciaire.

Le magistrat, chef du SNDJ a aussi une mission de validation des saisines qui sont proposées par les magistrats (parquetier ou juge d'instruction) non seulement pour respecter le domaine de compétence strictement limité par l'article 28-1 du CPP, mais aussi pour veiller en opportunité à éviter toute dérive dans la doctrine d'emploi d'un service de police judiciaire. La douane a un portefeuille stabilisé autour de 500 nouvelles enquêtes par an dont 30 % de l'activité recouvre des infractions au code de la propriété intellectuelle, principalement des contrefaçons de marques.

La judiciarisation et la spécialisation d'un service ne sont pas les seuls remparts au risque systémique de corruption. D'ailleurs le SNDJ a été amené sur plusieurs enquêtes à révéler ou démontrer des manquements disciplinaires ou pénaux de douaniers. (Brigades à proximité de l'Andorre ou sur une île de l'océan indien).

La prévention de la corruption suppose d'organiser l'action des agents des douanes autour de principes qui garantissent la qualité, la rapidité mais aussi la régularité du service.

Il convient d'assurer une rémunération correcte (élevée) pour éviter toute tentation, de faire bouger les équipes de contrôle, d'éviter des baronnies, d'être en alerte sur des agents refusant promotions et mutations, sur le contrôle effectif du service par la hiérarchie intermédiaire, par la mise en place d'audits et de recherche d'appréciation chez les usagés (ou « clients »). De même la limitation du « flair », de l'inspiration instantanée au profit de l'analyse de risque, du ciblage, de l'examen préalable des documents de transport, sur l'examen d'échantillons, ne peut que renforcer l'efficacité du contrôle douanier en réduisant les risques de corruption.

Force est de constater en outre que la médiatisation de toute action publique favorise le dépistage des sujets à risque et la prévention de la corruption.

Enfin les techniques spéciales d'enquêtes, d'infiltration ou de coups d'achat, supposent, s'agissant de procédures légalement définies et précisées depuis la loi dite « PERBEN 2 » (loi du 9 mars 2004), de réserver ces démarches à des affaires de criminalité organisée, par le recours à des agents spécialement habilités et encadrés par un service interministériel très professionnalisé. Toute action de ce type suppose une autorisation et un contrôle judiciaire, un rôle important des agents dit de « couverture », agents de protection et non de dissimulation.

La finalité des techniques spéciales d'enquête est de rechercher la preuve de l'infraction sans provocation mais avec efficacité. L'autorisation de commettre une infraction est possible dans le cadre de la loi et de l'autorisation judiciaire : pourquoi ne pas imaginer une corruption autorisée pour une infiltration d'un réseau de contrefacteurs ?

Voici la contrefaçon et la corruption enfin liées de manière « surnaturelle ».

CORRUPTIONS, INTERNET ET PARIS SPORTIFS : LA TRILOGIE DE TOUS LES DANGERS

NOËL PONS*

Le lien entre la corruption et les paris sportifs n'est pas nouveau. D'aucuns rapportent que les colonnes qui bordent le stade d'Olympie étaient financées par les participants aux jeux olympiques convaincus de tricherie. Les films américains de notre jeunesse dans lesquels le courageux boxeur répugnait à se « coucher » au troisième round et mettait de ce fait sa vie en danger. Plus récemment des footballeurs, américains du sud, ont payé de leur vie un pénalty raté, le tueur avait beaucoup perdu à cette occasion, seule une volée de plomb pouvait sanctionner la faute. Le comportement du joueur aurait été la cause de la défaite et de la perte financière du mafieux.

Ces pratiques restaient cependant limitées à une compétition, à une région particulière et à un groupe criminel bien déterminé.

L'avènement d'internet et des paris en ligne a déployé ces pratiques *urbi et orbi*, avec une rapidité incommensurable ce qui a permis un développement démesuré de paris dont la variété est extrême (paris mi-temps, paris dernière minute, paris en cours de rencontre où sur un fait précis au cours d'un match, paris inversés, reventes de paris et couvertures de paris comme dans le monde boursier). Les paris clandestins se sont développés concomitamment à la multiplication des sites eux-mêmes clandestins. Le système s'est alors emballé à l'égal de *l'algo-trading* financier, car au-delà des manipulations corruptrices et de leur expansion à l'ensemble des groupes criminalisés de la planète, il intègre des fraudes qui lui sont spécifiques et qui rendent ce support encore plus attrayant pour la communauté criminelle.

Les grands criminels ont très vite compris l'intérêt qu'ils pouvaient tirer de l'économie virtuelle ayant pour support Internet. Ce dernier crée des

* Consultant et essayiste. Les analyses qui suivent ont été effectuées à partir des travaux réalisés par l'auteur dans ses divers ouvrages de ses actes dans les colloques et conférences en particulier celle qui a eu lieu à la faculté de Rouen en fin d'année 2011 et enfin dans ses nombreux articles traitant du sujet, ainsi que des recherches effectuées pour le SCPC.

débouchés nouveaux, quasiment incontrôlables et fournit un nouveau support aux montages anciens. Au surplus, comme on l'a déjà précisé, Internet présente des risques limités pour la criminalité:

- On ne sait pas vraiment qui est derrière le mène reçu : l'émetteur est difficile à identifier ;
- Il est possible de « rerouter » des messages à partir d'une multitude de sites : les recherches en sont ralenties d'autant ;
- Les opérations peuvent être exécutées depuis n'importe quel lieu géographique ;
- Certains sites permettent même un camouflage quasi parfait car ils ne conservent pas l'historique des opérations ;
- Enfin, même si des poursuites sont diligentées par des autorités étatiques, elles seront internationales et mettront nécessairement du temps pour aboutir. Les fonds auront alors disparu depuis longtemps.

On relève aussi la transposition quasi parfaite des montages classiques de corruption dans les jeux et les paris sur Internet. Cette évolution se traduit par une augmentation des mises dans la plupart des pays à risques et par la multiplication d'affaires de corruption qui affectent les sports dans tous les pays.

Les bookmakers de la toile sont liés avec la criminalité plus classique lorsqu'il est nécessaire de récupérer physiquement les avances accordées aux joueurs sur la Toile.

Enfin, rien de plus simple pour un criminel que de s'assurer la propriété d'un site de jeux et de paris, pour blanchir des sommes illégitimes.

Le jeu sur Internet facilite donc la corruption en multipliant les possibilités de manipulations de paris. Les diverses structures mafieuses ont très vite compris l'intérêt qui pouvait être tiré de ce nouveau support. Déjà très impliquées dans les paris truqués, le développement d'Internet n'a pas bouleversé leurs pratiques, il a, au contraire, contribué à mondialiser leurs activités criminelles.

Il suffit alors d'utiliser la corruption ou la menace pour manipuler les compétitions et susciter d'importants paris à l'autre bout de la planète.

Au demeurant, les plus grandes instances sportives prennent conscience de ce qui est désormais devenu un problème majeur comme le montrent les exemples qui suivent.

Par définition, le football est international, il touche des clients divers, nombreux, éparpillés sur la planète¹ et très intéressés, son aura lui donne une forte capacité pour réunir des foules. C'est tout ce qui est nécessaire pour générer des paris insensés. Les matchs de football sont en passe de devenir, toutes divisions confondues le support privilégié des paris mafieux.

Le phénomène ne touche pas que le football, on rapporte qu'une finale de Roland Garros pourtant assez quelconque aurait généré une quinzaine de millions de paris légitimes. Un match de coupe d'Europe huit ou neuf millions. C'est considérable ! Si les paris légaux atteignent ces montants que penser des paris illégaux.

Les paris ont bien évolué depuis la combinaison de grand papa : on jouait alors une équipe gagnante, perdante ou un match nul, on peut désormais jouer contre une équipe ou sur un fait à un moment donné du match. Un grand nombre de sites de paris donnent la possibilité de parier avant le match, certes mais aussi sur le moment de l'ouverture du score, sur les résultats à la mi-temps, sur le nombre de buts et autorisent le pari en temps réel. Ceci multiplie les combinaisons, il existerait entre cinq cent et sept cent possibilités. Cela multiplie les opportunités, partant, les risques de manipulation.

Les paris de couverture sont aussi, comme cela a été dit, pratiqués dans le but de limiter les pertes. Cette activité peut alors être utilisée, elle l'est déjà, par des traders ou par des *brokers* comme un outil de couverture financière. Tout ceci rend, à notre sens le système incontrôlable.

LA CORRUPTION SPORTIVE, COMME CELLE DES AUTRES SECTEURS, S'EST MONDIALISÉE GRÂCE À L'OUTIL INTERNET

L'implantation mafieuse dans les paris sportifs a pu, voici quelques années être décrite de la manière suivante :

- Implantation test dans des clubs de catégorie inférieure, plus difficiles à contrôler que les séries supérieures, les matchs ne sont souvent pas télévisés, sont peu suivis car moins intéressants mais tout aussi profitables.
- Prises de paris depuis un pays donné sur des compétitions dans un pays voisin de manière à ralentir les recherches en fractionnant les opérations et

¹ À l'aéroport d'Addis-Abeba, l'Éthiopie ne disposant pas d'un championnat de football remarquable, pendant les trois heures d'attente d'une correspondance, la télévision égrenait en boucle les résultats et les commentaires des divers championnats européens. Les nombreux spectateurs locaux semblaient bien connaître le jeu et les détails infimes des compétitions. C'est étonnant.

en créant la nécessité d'opérations de contrôle regroupant plusieurs services investigateurs dans des juridictions différentes.

- Prises de paris avec des fonds illégitimes dans des compétitions se déroulant dans des pays peu contrôlés ou ne disposant pas des moyens de mener à bien les investigations.

- Mise en place de leurres en désignant à l'analyse de la presse ou des autorités des matchs dans lesquels il ne se passe rien ce qui détourne l'attention des compétitions pourries.

De plus, quelques comportements récurrents sont constatés :

- Pour qui désire manipuler sans risques et réitérer les montages mieux vaut choisir le match et la compétition, en principe un match discret qui n'attire pas l'attention mais qui est situé au centre du réseau criminel ;

- Mettre en place une organisation pour valider les montages car les criminels n'aiment rien moins que l'imprévu ;

- Parier une fois que le travail préparatoire est au point, il ne reste plus qu'à récupérer les fonds et à disparaître.

La manipulation des compétitions du plus haut niveau est cependant constatée, mais c'est le fait de mafias très puissantes comme les triades ou la Camorra qui sont en mesure de mettre en place des systèmes élaborés et d'en tirer des revenus immenses. La manipulation d'une finale de la coupe d'Europe aurait rapporté plus de 36 millions d'euros à des parieurs asiatiques.

Le montage utilisé peut alors être le suivant : de gros paris sont effectués depuis une province dans un pays asiatique, sur un match nul disons trois à trois à la fin du temps réglementaire. Ce sont des milliers de *mulets* qui parient avec des mises unitairement faibles, de l'ordre de dix euros mais qui se multiplient au cours de la journée.

Un doute commence à faire jour au moment du constat de la concentration des paris sur un site officiel. Lorsqu'un tel fait se produit sur un site clandestin créé à cet effet, cela ne sera pas, à l'évidence relevé.

Le mafieux qui a conçu l'opération a, au préalable, organisé ses basses manœuvres en s'accoquant avec l'un des présidents de club, largement rémunéré pour sa peine ou avec des entraîneurs, des agents de joueurs pervertis et intéressés à l'obtention du résultat attendu.

La criminalité utilise parfois des sites officiels pour certaines opérations peu traçables mais elle est friande de sites clandestins à partir desquels il est plus aisé d'organiser la corruption. La facilité avec laquelle il est possible de

créer ces derniers et de les faire disparaître génère de ce fait la création d'une structure ad hoc qui ne vit que le temps du transfert des fonds. L'opération est alors quasiment impossible à tracer.

Corrompre une compétition exige la mise en place d'une organisation solide, en amont des muets pour fractionner les paris, une structure de contrôle pour s'assurer de la bonne réalisation des opérations dans les salles de paris et pour récupérer les sommes gagnées, elle doit également affecter les joueurs comme cela a pu être constaté au cours de quelques procédures déjà jugées car leur action ou leur inaction est indispensable à l'obtention du résultat attendu. Ces derniers constituent la cible la plus aisée à corrompre, pour les corrupteurs qui utilisent l'égo, l'envie ou la menace suivant les cas. Une erreur, une faute un but contre son camp peut être imputé au jour sans.

Le scandale qui affecte l'Italie à ce jour, et qui est appelée « last bet » (dernier pari) montre que le risque est toujours présent même dans les structures en apparence saines. Finalement à ce jour dix neuf personnes ont été arrêtées, elles sont poursuivies pour « association de malfaiteurs à des fins de tricherie et de fraude sportive », et affectent le Calcio.

Cette opération a été organisée en trois vagues successives, instruites par les parquets de Crémone, Bari et Naples.

L'affaire est née en 2010 à la suite d'une plainte déposée après un match au cours duquel cinq joueurs d'une équipe ont été drogués aux anxiolytiques afin d'influer sur le résultat du match de troisième division. A la suite de multiples investigations et d'écoutes fructueuses, une bonne quinzaine de joueurs et entraîneurs sont arrêtés. La présence des diverses mafias semble évidente mais cela semble rester limité à la troisième division. Le cadre change lors de la seconde et de la troisième vague d'arrestations mais le problème de la première division, du sanctuaire se pose car lors de la quatrième vague d'investigations c'est au Calcio que les enquêteurs se sont intéressés.

La justice sportive est lancée, elle doit juger 22 clubs et 61 joueurs et anciens joueurs. Les risques sont élevés, ceux qui ne dénoncent pas alors qu'ils savaient risquent huit mois de suspension, ceux qui ont fraudé, trois ans, les clubs seront aussi sanctionnés, et les règles de l'UEFA viendront s'ajouter à ces dernières.

Les arbitres constituent la seconde cible, il leur est possible d'influencer directement les résultats escomptés et ils sont seuls. Leur implication varie suivant les pays dans lesquels ils œuvrent, les contrôles mis en place et la rémunération qui leur est proposée ou les menaces qu'ils subissent. Comme le prétendait le duc de Larocheffoucault, moraliste du 17^e siècle : « Toutes

les vertus des hommes se perdent dans l'intérêt comme les fleuves dans la mer »

Viennent ensuite les agents, les entraîneurs maîtrisant les passerelles entre les clubs et les joueurs et les dirigeants de clubs fragiles comme on l'a constaté dans le championnat Portugais lors de l'opération « sifflet doré ».

On remarque que les problèmes de corruption qui ont affecté l'Allemagne en 2006 n'avaient pas été mis en évidence dans la *Bundesliga* mais dans une série inférieure. C'est plus pratique et moins risqué pour les paris clandestins. Les mêmes organisateurs sont d'ailleurs poursuivis en 2011 pour des faits similaires.

Dans un tel domaine il est donc raisonnable de stratifier les typologies de manipulations suivant le cadre géographique qu'elles affectent. Quatre pratiques font jour :

1- La corruption individuelle directe c'est-à-dire sans intermédiaire. Elle affecte certains joueurs souvent plus âgés ou blessés qui trouvent ici le moyen d'obtenir des gains complémentaires. Tout se passe entre connaissances et proches. La corruption se réalise dans une compétition géographiquement limitée, elle peut se reproduire mais affecte quelques compétitions d'importance moyenne. Les indices pouvant être relevés proviennent de situations atypiques, telles que des matchs perdus de manière étonnante ou l'identification dans les fichiers de la provenance du pari (le joueur lui-même, un proche ou l'autre compétiteur) dans une compétition non collective ou à l'occasion de paris inversés.

Il est possible d'améliorer l'approche en analysant les données historiques.

Les poursuites se développent d'abord à l'initiative de la structure qui organise les paris et de la ligue concernée, elle entraîne des sanctions sportives et se concluent par des plaintes pénales.

2- La corruption individuelle directe mais pour laquelle les paris sont pris sur un site étranger.

Le schéma est similaire au précédent mais il implique un échange d'informations et une maîtrise du support de prise de paris lorsque le passage se fait par internet sur un site officiel.

Les indicateurs proviennent de constats d'atypismes dans la prise de paris ou de résultats étonnants.

3- La corruption criminelle locale réalisée intuitu personae mais dans un cadre géographique limité (compétition régionale ou nationale) cependant le groupe criminel est installé sur place et il organise sa manipulation localement.

Le lien entre la corruption et le pari se fait alors grâce à des liens personnels, des menaces ou un chantage, toutes les opportunités étant ouvertes.

Ce type de manipulation peut se réaliser directement et en espèces sans passer par une structure de bookmaker.

4- La manipulation des paris est souvent effectuée par des organisations criminelles mondialisées qui en ont professionnalisé les rouages. Le support passe souvent par l'internet au travers de paris clandestins ou pas, et par une organisation mafieuse qui se structure autour d'une opération de corruption locale auprès de joueurs ou d'entraîneurs, elle peut être organisée par le plus haut niveau du management : avant un match de coupe d'Europe sur lequel avaient parié les triades, le président d'un club a proposé plusieurs millions d'euros aux joueurs et a menacé ceux qui ne seraient pas d'accord sur le principe de ne pas trouver de club les années suivantes. Il les menaçait d'une mort sportive.

L'information circule par le truchement de réseaux d'influence dans ces clubs, le flux financier provient de l'étranger, les prises de paris sont structurées autour d'une multitude de mulets.

Dans le cas de paris truqués sur des sites officiels, les mises se concentrent, alors que dans un match normal, elles sont plutôt équilibrées, il s'agit là d'un bon indicateur de risques.

Dans ce cas comme dans les précédents, en termes de prévention, il est nécessaire de disposer :

- d'un système d'identification informatique relatant à la fois les indices et le suivi des flux depuis l'origine ;
- d'un solide système de transmission d'informations concernant les atypismes constatés dans les divers pays et les diverses fédérations ;
- d'un historique des dérives antérieures car les montages sont souvent reproduits à l'identique.

En 2002, il existait 1 800 sites environ, on constate une multiplication des sites de jeux dont la plupart d'entre eux sont des annuaires, c'est-à-dire en fait des leurres qui re-routent les clients vers des sites effectifs. Sur 15 000 sites recensés actuellement, seulement 2 000 opéreraient sous licence d'une juridiction officielle, le plus souvent offshore, c'est-à-dire dans un pays qui accepte ces types de structures et qui devrait les contrôler.

De plus, on a relevé, à plusieurs reprises, la présence sur Internet de sites proposant à la vente des licences nationales de jeu ou de paris pour des montants avoisinant les 10 000 dollars. En réalité, soit ce type de sites

réalise des opérations de courtage pour le compte des pays concernés (une quinzaine de pays utiliseraient alors ce site pour commercialiser leurs licences ce qui est, convenons-le assez étonnant), soit il s'agit d'une escroquerie. De plus, on constate que de nombreux sites changent très fréquemment de serveur et d'hébergeur. En fait, lorsqu'un site disparaît puis réapparaît plusieurs fois de suite avec d'autres noms et adresses, il existe une probabilité élevée qu'il cherche à camoufler des activités illégales.

LA VIEILLE HISTOIRE DE LA CORRUPTION DANS LE FOOTBALL

Il est difficile de bien comprendre les liens existant entre la corruption et le football, de plus, Michel Platini, président de l'UEFA a déclaré « Nous savons qu'à Hong Kong, Singapour ou ailleurs en Asie, vous pouvez avoir un seul pari de 10 millions de dollars sur un match qui se finit 4-4. On arrive à la fin du match, c'est 2-2 et puis il y a quatre penalties, et ça finit 4-4. Nous étions au courant de ces affaires car nous possédons un système d'alerte en amont. Nous savons que des équipes ont été approchées par des gens. C'est un gros problème pour nous ».

Ce phénomène n'est pas nouveau².

La tradition des paris truqués n'est pas nouvelle dans le football. D'après le journal l'Équipe³, dès 1962 quatre joueurs anglais ont été suspendus parce qu'ils avaient parié sur la défaite de leur club.

En Italie, en 1980 a éclaté le scandale du « Totonero », des clubs comme le Milan AC ont été rétrogradés de série et certains internationaux radiés à vie. Un autre scandale a éclaté en 2000 puis encore un autre tout récemment en 2011.

En Malaisie en 1994, plus d'une centaine de joueurs ont été suspendus à vie.

En 1995 des parieurs asiatiques ont causé le plus grand scandale du championnat anglais.

L'Union Européenne de Football Association (UEFA) a mené une enquête sur un match de série « C3 » entre un club grec et un club géorgien, des prises de paris excédant notablement les montants normalement relevés dans ce type de compétition ayant été constatés.

² Les risques de pratiques corruptrices et criminelles liées au sport ont en particulier été exposés dans l'ouvrage « Cols blancs et mains sales, Économie criminelle mode d'emploi »- Noël Pons, Éditions Odile Jacob 2006.

³ L'équipe du 20 novembre 2005.

En Grèce, le parquet d'Athènes a ouvert une enquête après avoir été alerté du fait que les gains obtenus dans le football revenaient à des dirigeants, des joueurs et des arbitres.

Enfin les matchs de « D1 » belges et les doutes sur une rencontre sans grand enjeu en France ont entraîné des investigations judiciaires médiatisées.

Ainsi à l'occasion de deux matchs qui ont opposé en Belgique Saint Trond à deux autres équipes, les paris se sont élevés à 600 000 et 230 000 euros alors que les paris pour des compétitions de ce niveau excèdent rarement 25 000 euros⁴. Les manipulations se poursuivent, les gains restant supérieurs aux risques encourus, après l'affaire « St Trond », une succession d'informations sont apparues dans la presse belge : « Ils assistaient aux matchs et téléphonaient aux parieurs en Chine pour les informer sur l'évolution de la partie. La mafia asiatique gagne des fortunes en pariant sur les matchs du football belge. Ses succès sont le fruit de plusieurs « trucs », notamment le recours à des étudiants chinois dans des universités belges qui téléphonent depuis les tribunes des stades et transmettent une information immédiate sur le déroulement des matchs. » (21/ 02/ 2008- Het Nieuwsblad et Het Volk).

Toujours en 2008 au cours de la coupe africaine de football, l'entraîneur du Bénin a été approché pour arranger les résultats d'un match opposant le Bénin au Mali. L'intervenant qui lui avait demandé de perdre la rencontre lui a dit représenter une entreprise basée à Singapour. La Namibie, par la voix du président de la fédération, a déclaré avoir été contactée pour lever le pied contre la Guinée (30 000 dollars par joueurs) l'homme se disait être le représentant d'un syndicat (sic) qui verserait la moitié d'avance et le reste après le match (18/ 01/ 2008 Sportvox).

Un match soldé par un score sans appel de 8-0, suscite toujours des interrogations car il s'agit du plus grand écart jamais enregistré dans le monde du football ! Certains sites de paris en ligne ont enregistré avant le match un nombre très important de paris sur la victoire de Liverpool par plusieurs buts d'écart. Les sommes qui ont été mises par ces parieurs sont très importantes. Tous ces paris provenaient principalement d'Europe de l'Est.

Un match de coupe d'Europe qui s'est terminé avec une victoire plus que douteuse, par 4 buts d'écart, eu égard à la qualité et au parcours des clubs

⁴ Le Parisien du 20/11/2005.

en cause, pourrait être également concerné malgré l'absence de preuves⁵. Des sommes importantes ont été mises, depuis l'Asie cette fois. Plusieurs réseaux de trafiquants coexistent un peu partout dans le monde et se partagent le marché.

Ces pratiques ne se limiteraient pas seulement à la Ligue des Champions et à la Coupe de l'UEFA. Ainsi, on apprend par l'agence Reuters que « Quinze matchs sont l'objet d'une enquête et sont en cours d'examen par la commission de discipline de l'UEFA » et que ces matchs concerneraient également les qualifications à l'EURO 2008 ! Cette information a été confirmée par le président de l'UEFA.

LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LES PARIS

Il conviendrait d'éviter de proposer des paris impliquant un club ou une équipe si la société de paris possède des intérêts majoritaires ou si elle est partenaire de ces derniers, ou encore lorsque cela affecte un sportif avec lequel elle a des liens.

Un opérateur de loterie ne devrait pas être sponsor principal d'un club de football professionnel. Dans le cas contraire, il devrait ne jamais proposer le dit club (ou le sportif) dans le cadre de son offre de paris sportifs.

Un opérateur de paris ne devrait pas acquérir un sportif pour le compte d'une équipe professionnelle ou engager un sportif à ses frais dans une compétition pour laquelle il organise des paris.

Le personnel des paris sportifs ne doit ni intervenir dans la gestion des équipes sportives sur lesquelles leurs offres de paris s'appuient, ni faire partie d'une telle équipe, ni agir en tant qu'arbitre d'une rencontre sportive dans laquelle les équipes susdites sont présentes.

LA PRÉVENTION DANS LA SÉLECTION DES TYPES DE PARIS

Les paris doivent exclusivement porter sur des événements à caractère sportif ne pouvant pas être influencés par le mouvement sportif (joueurs, arbitres, entraîneurs...). Ainsi, ce serait une pratique assez répandue chez certains bookmakers, ils acceptent des paris sur le premier joueur qui provoque une touche ou qui est sanctionné par un carton rouge etc.

Les sports individuels opposant seulement deux adversaires, comme le tennis, sont potentiellement très sensibles. Le choix des rencontres se fait donc avec des critères encore plus stricts que pour les autres sports :

⁵ Un mafieux russe qui était sur écoute pour d'autres faits, aurait gagné plusieurs millions sur ce match.

rencontres fortement médiatisées, à enjeu sportif élevé, à enjeu financier supérieur à celui qui pourrait être obtenu par un pari gagnant...

LA PRÉVENTION DANS LE CONTRÔLE DES MISES

Des limites de mises par pari devraient être prévues, par joueur pour chaque évènement et à chacun des points de vente. Elles ont pour but, notamment, de limiter l'utilisation possible de ces jeux en cas de corruption sportive ou de blanchiment. Avec ces limites, un candidat à la corruption devra multiplier les démarches dans de nombreux points de vente pour investir des sommes importantes.

Ainsi la mise en place du processus suivant pourrait être exigée⁶ :

Il convient d'installer un système informatique permettant de suivre en temps réel le montant des gains. Dès lors les prises de jeu sont bloquées lorsque les gains potentiels pour une liste de pari ou un pronostic dépassent certains seuils. Cela permet de maîtriser le risque financier de l'opérateur mais également les risques liés à des opérations de corruption ou de blanchiment. L'activation d'une alarme doit être automatique et avoir lieu sans délai. Son déclenchement se traduit par une surveillance appropriée et approfondie.

En cas d'alarmes répétées au niveau d'un point de vente ou d'alarmes simultanées dans plusieurs points de vente proches, une enquête peut être menée auprès du ou des détaillants concernés, notamment pour vérifier si les prises de jeu ne sont pas concentrées sur quelques matchs ou quelques joueurs.

Refuser les mises dans les cas suivants :

- lorsqu'un total journalier excède, toutes combinaisons confondues 50 000 € ;
- lorsque le total des prises de jeux enregistrées chez un détaillant sur une combinaison excède 7 500 € par journée ;
- lorsque le total des gains potentiels correspondant à l'ensemble des prises de jeux enregistrées chez un détaillant sur une combinaison excède 100 000 € par journée ;
- lorsque la cote totale pour une prise de jeux simple ou lorsque la cote totale pour une des combinaisons appartenant à un jeu multiple excède 1 000 €.

⁶ Ils existent déjà à la « Française des jeux » par exemple.

Concernant Internet, les versements sur le dossier joueur pourraient être limités par semaine (chaque joueur ne pouvant ouvrir qu'un seul dossier).

Mais cela ne vaut que pour les mises officielles en cas de paris clandestins cela reste sans effet.

La prévention par la détection des comportements atypiques.

Plusieurs types de surveillance doivent aussi être mis en œuvre pour détecter du mieux possible les comportements anormaux qui pourraient révéler des actes de corruption (matches ou compétition truqués). Ainsi, la Française des Jeux a mis en place les contrôles suivants :

- Par l'intermédiaire du groupe *match info* mis en place par European Lotteries, toute loterie ayant une information de nature à suspecter un risque de corruption ou une corruption avérée la transmet à l'ensemble des autres membres du groupe.
- Le système *bet radar* permet de suivre en direct les variations de cotes des principaux bookmakers, ce qui offre la possibilité de réagir rapidement en cas de variation étrange (ex : une hausse soudaine et importante des cotes proposés par les bookmakers peut être un signe de corruption).
- Enfin elle utilise les alarmes et blocages évoqués plus haut pour surveiller les mises des joueurs, ce qui permet de réagir rapidement en cas d'apparition d'indicateurs de risque.
- Les prises de jeu sont immédiatement bloquées en cas de rumeur de corruption avérée sur un événement.
- Les modalités de paiement des gains, sont, comme pour tous les autres jeux de tirage les suivantes :
 - Les lots afférents à un même reçu de jeu sont payables en espèces dans tout point de vente et de tirage de la Française des Jeux si leur montant est inférieur ou égal à 500 €, par chèque sur présentation d'une pièce d'identité dans les centres de paiement si leur montant est supérieur. Le paiement par chèque permet de connaître l'identité du bénéficiaire. Ce seuil est inférieur aux seuils légaux actuels.
 - Enfin pour un gain supérieur ou égal à 5 000 €, le gagnant doit transmettre une photocopie d'une pièce d'identité, en application du dernier alinéa de l'article L 565-1 du Code monétaire et financier.
- ...

LA CORRUPTION DES ARBITRES EST UN RISQUE BIEN PRÉSENT

On a coutume de dire que les arbitres font partie du jeu, en matière de paris ils y sont, en effet, pleinement intégrés.

En avril 2004, la police judiciaire a interpellé, au Portugal, une soixantaine de personnes, certains responsables sportifs ainsi que neuf arbitres, juste avant le début de la coupe d'Europe des Nations (Euro). L'affaire qui a défrayé bien des chroniques a été appelée « sifflet doré » elle concerne des trafics d'influences dans le milieu de l'arbitrage. Des poursuites ont été effectuées, elles ont porté sur plusieurs délits, la corruption sportive active, l'abus de pouvoir et la falsification de documents.

On rapporte qu'un président de club aurait acheté des arbitres avec des prostituées. Les arbitres auraient semble-t-il, reconnu avoir accepté les services sexuels dans un hôtel de Porto, ils n'auraient cependant pas su que ces prostituées avaient été payées. Leur déception a dû être immense, lorsqu'ils ont appris que leur charme personnel était financé !

La « fourniture » de prostituées est le marronnier de l'arbitrage. Chacun raconte, après un match perdu, avoir rencontré, la veille, tel ou tel arbitre, en galante compagnie, toujours impaire, le chiffre de trois étant le plus souvent cité. On a de la peine à y croire, car les rumeurs, même récurrentes, ne constituent pas des preuves et en observant les matchs, les arbitres semblent tout de même bien vifs après ces soirées torrides. Si cette procédure arrive à son terme, un étudiant délégué pourra écrire une thèse sur l'influence des « triangulations » dans les décisions arbitrales.

En mai 2004, en république Tchèque, une enquête policière met en lumière un vaste système qui pourrait influencer sur les résultats des matchs de première et deuxième division. Une trentaine de dirigeants et d'arbitres ont été sanctionnés. Quatorze clubs sur les seize du championnat de première division seraient impliqués dans des affaires de corruption.

La police avait placé un système d'écoute dans le stade ainsi les policiers ont-ils disposé de l'entretien dans lequel le manager d'un club proposait 175 000 couronnes à un arbitre pour assurer le résultat.

Il semble même qu'un système de répartition des sommes « distribuées » était effectué par les arbitres eux-mêmes. Le seul arbitre du groupe qui n'a rien perçu est une femme. Il semble toutefois que, bien que les avocats aient soulevé un problème de procédure, certains parraineurs du football Tchèque ont invité la fédération à une « plus grande transparence et à une épuration du football » et d'autres ont arrêté leur parrainage.

La fédération aurait d'ailleurs demandé à l'un des clubs en cause de rembourser au titre des pertes subies consécutives à l'éclatement du problème 1,8 millions d'euros.

En juillet 2004, en Italie, deux arbitres sont suspendus jusqu'à nouvel ordre, leur implication dans un scandale de matchs truqués était présumée.

En juillet 2004, en Afrique du Sud, vingt-sept personnes, essentiellement des arbitres, sont interpellées dans l'opération « dribble » l'investigation policière a mis en évidence un système de matchs truqués en première et deuxième division.

En Octobre 2004, en Chine sept des douze clubs formant la première division ont demandé le report des matchs à cause de divers problèmes, dont la suspicion de paris clandestins, de rencontres arrangées et d'arbitres partiaux.

Le secrétaire général de la Confédération asiatique de football, Peter Velapen, a, d'après l'agence Chine nouvelle, engagé la fédération chinoise à « mettre fin au scandale de la corruption dans le championnat professionnel, ainsi qu'au problème de l'arbitrage »⁷.

Le championnat professionnel a été agité en dix ans d'existence par de nombreuses affaires de corruption d'arbitres. Les paris illégaux sur les matchs sont monnaie courante et atteindraient des sommes faramineuses. En octobre dernier, une grave crise avait vu certains clubs refuser de jouer en attente d'une réforme, la Fédération menaçant alors de les suspendre voire de les exclure de la *super league*.

En avril 2005 la direction d'un club algérien dépose un document à la ligue qui justifie du versement de 50 000 dinars sur le compte d'un arbitre qui a, comment aurait-il pu en être autrement, reconnu les faits.

En Tanzanie, (mai 2005) la Fédération Tanzanienne de football a suspendu dix arbitres et a porté plainte contre trois commissaires du fait de leur implication dans une affaire de corruption. Plusieurs clubs de moyenne importance leur ont reproché un manque d'objectivité manifeste dans l'arbitrage, lors de leurs matchs contre les gros bonnets du football Tanzanien, ah qu'en termes galants... Les investigations complémentaires ont porté sur les arbitres et les commissaires, les rapports des commissaires ne concordant pas avec les plaintes soulevées par les clubs.

En attendant, la fédération a remplacé les commissaires suspendus.

Les cas identifiés en Allemagne⁸ ont une valeur symbolique : l'arbitre concerné, m. Hoyzer a reconnu les faits.

⁷ Agence Chine Nouvelle et AFP.

⁸ En 1971 déjà un scandale avait éclaté en Bundesliga, des matchs avaient ainsi été truqués.

En effet, le soupçon est venu de la société Oddset partenaire de la fédération allemande de football, sponsor de la coupe du monde 2006. Cette dernière a alerté la Fédération après avoir constaté des dysfonctionnements au cours d'une analyse des masses engagées à partir de paris enregistrés à Berlin, ville où est domicilié l'arbitre en question. Cent mille euros avaient été misés sur la victoire du club qui a effectivement remporté le match. Ce montant ne correspondait pas à la moyenne des sommes pariées sur de telles compétitions.

Ce constat méritait une explication. Elle a été donnée rapidement : corruption d'arbitre ! Dans ce domaine, la corruption par les paris concerne le plus souvent des groupes communautaires liés directement ou indirectement à la grande criminalité. Les articles commentant ces dérives citent la « mafia croate » qui aurait gagné 500 000 euros sur un seul match. Il se trouve que dans le match en cause, deux penaltys imaginaires auraient été sifflés contre l'équipe qui a perdu et l'un de ses meilleurs éléments avait été expulsé alors qu'elle menait deux buts à zéro.

L'arbitre en question a été suspendu à vie. Il ne pourra plus exercer de fonctions au sein de la fédération allemande de football. Cette dernière s'est retournée contre lui en demandant des dommages et intérêts, il aurait reçu 70 000 euros environ pour infléchir le cours des matchs.

À la suite de ces enquêtes plusieurs autres arbitres (quatre) ont été condamnés, ils ont été accompagnés par des joueurs (quatorze) qui, soit reconnu avoir reçu des sommes importantes, 10 000 euros d'un inconnu, soit auraient proposé des sommes en contrepartie de la commission de fautes dans la surface de réparation pour justifier des penaltys.

On rapporte aussi la pratique qui consiste pour les joueurs à recevoir des espèces d'un supporter, les joueurs se partageant ensuite, en toute discrétion les sommes versées qui seraient de l'ordre de 15 000 euros par opération. En l'espèce un joueur de la *Bundesliga* reconnaît avoir touché une prime de ce type lorsqu'il jouait en division 3.

Dans le football, les paris « libres » sont étonnants. Ils sont souvent liés au communautarisme le plus classique et portent sur des enjeux fous. Au cours d'un match de troisième division allemande, plus de 10 000 euros auraient été misés, officieusement, sur le premier joueur qui obtiendrait un carton rouge, effectivement un joueur a cassé la jambe d'un opposant au bout de quatre minutes de jeu.

D'autres paris, tout aussi fous, font partie du quotidien des joueurs, des arbitres et des mafias locales. Ces dérives affectent l'ensemble du sport, on

a cité le basket, le tennis et certaines contreperformances étranges dans le secteur de la boxe mais cela n'est guère novateur.

Au Brésil⁹ un arbitre international a reconnu avoir truqué six matchs dans la saison 2005, et un second vient d'avouer avoir « influencé » trois matchs dans le championnat contre 3560 euros par matchs, c'est précis ! En fait onze matchs arbitrés par un corrompu ont été annulés.

L'opération a été engagée à la suite d'une intervention de police qui avait mis sur écoute les arbitres soupçonnés.

La manipulation permettait à des parieurs sur Internet de miser des sommes importantes sans risque. Certains gains ont atteint 150 000 euros.

Il semble que le sport en général soit soumis à ces paris dont la nature peut être officielle, c'est la solution qui présente les meilleures garanties de sécurité et de gains ou officieuse, la dangerosité est alors bien plus forte. Le scandale belge présente un fort intérêt car il met en évidence une méthodologie novatrice et internationaliste qui, comme nous le démontrerons se développe sans entraves. Il s'agit de la mondialisation des paris truqués.

LA PÉRIODE ACTUELLE N'EST GUÈRE PLUS RÉJOISSANTE

Lorsque j'avais écrit quelques lignes sur ce sujet, dans « cols blancs et mains sales - économie criminelle mode d'emploi », puis lorsque le SCPC, deux ans après avait repris ce thème, l'ensemble des lecteurs et des décideurs avaient souri, la période changeait, il fallait alors libéraliser les jeux, l'espoir de gains et un lobbying effarant ont écarté toute prudence. Ainsi, rien n'était prévu pour s'assurer que les joueurs et entraîneurs respectent l'interdiction de parier à titre personnel. Le financement de la lutte contre la corruption apparaît insuffisant et la question des conflits d'intérêts n'a pas été anticipée pour les sociétés qui assurent à la fois l'élaboration des cotes et la surveillance des paris suspects. Constatant l'absence de sanction pénale actuelle, le gouvernement envisagerait la création d'un délit de fraude sportive, et un groupement d'intérêt public (GIP) pourrait être chargé de la surveillance électronique des paris. De son côté, la Commission européenne a publié un livre vert et a lancé une vaste consultation sur les jeux en ligne. Actuellement, nous en sommes sensiblement au même point, les enquêtes et les fraudes se succèdent avec des processus toujours améliorés et des gains toujours majorés, un rapide tour des scandales actuels le démontre aisément.

⁹ Le 24 septembre 2005, Veja « jeu sale ».

Aujourd'hui la guerre continue. La police du Liaoning en Chine a entendu plus de 100 personnes et arrêté au moins 3 responsables. Les manipulations étaient initiées depuis Internet, les parieurs misaient sur leur équipe, le réseau criminel arrangeait les résultats des matchs en payant des joueurs et des entraîneurs pendant les saisons 2006 et 2007. Des sommes très élevées, trois millions de yuans (300 000 euros) étaient engagées par match, les organisateurs payaient jusqu'à quatre joueurs pour arriver à leurs fins.

En Italie, alors même que le personnage central du *Calciopoli* pourrait être condamné à une peine ferme de cinq ans et huit mois, seize personnes, impliquées dans une nouvelle affaire de corruption et de paris illégaux ont été arrêtées. L'enquête a mis en évidence un réseau organisé entre des footballeurs en exercice ou retraités et des opérateurs de paris sportifs, qui manipulaient les résultats de certains matchs de deuxième division italienne et de ligues inférieures. Des paris d'un montant de plusieurs dizaines de milliers d'euros et, dans certains cas, de plusieurs centaines de milliers d'euros, auraient été enregistrés sur ces rencontres. Deux célébrités du Calcio, Beppe Signori et Cristiano Doni et neuf autres suspects, auraient été assignées à résidence alors que sept mandats d'arrêts ont été émis par les magistrats. Ils sont poursuivis pour *"association de malfaiteurs"* et *"extorsion de fonds"*. Certains quotidiens évoquent *"une véritable organisation criminelle ayant pour objectif de manipuler les rencontres à leur avantage et de conditionner le déroulement de certaines parties"*. Les investigations ont été initiées par le fait que certains joueurs avaient été drogués dans une rencontre de la série C (Cremonese et Paganese) pour influencer le score final.

Le procureur de Naples a ouvert pour sa part une enquête sur des paris truqués. Les résultats de plus de 150 matchs auraient été faussés, que ce soit en Italie, en Espagne ou en Amérique du Sud. Dans le cadre de cette affaire, la police italienne a arrêté 8 personnes, dont 2 travaillant pour une société de paris. Les autorités pensent que l'auteur de ces manipulations est la Camorra, la mafia napolitaine. Si quelques rencontres de série A auraient fait l'objet de mises suspectes, ce sont surtout dans les divisions inférieures que se concentrent les soupçons. Pour l'instant, aucun nom de joueur ou de dirigeant incriminé n'a été révélé.

Deux footballeurs de première division en Corée du Sud font l'objet d'un mandat d'arrêt pour avoir reçu des pots-de-vin, a annoncé le parquet. Les deux joueurs, dont les identités n'ont pas été dévoilées, ont accepté jusqu'à 120 millions de won (78 000 euros) pour contribuer à la défaite de leur

équipe le mois dernier, a indiqué sans plus de précision à Reuters un responsable du bureau du procureur du district de Changwon.

Deux responsables de sociétés de paris ont été interpellés, a ajouté le parquet, la corruption se porte donc bien ! Le football asiatique est miné par la corruption induite par les paris clandestins, dont l'activité est estimée en Corée du Sud à 88 000 milliards de won (57 milliards d'euros).

En Europe¹⁰, pas moins de 200 matchs ont récemment été truqués pour manipuler des paris sportifs. Neuf championnats nationaux, trois matchs de Ligue des champions et douze rencontres de Ligue Europa sont concernés, a révélé le parquet de Bochum. Le scandale concernerait également des rencontres des élites hongroises, croates, slovènes, belges, bosniaques et autrichiennes. "C'est, sans aucun doute, le plus gros scandale qu'il n'y ait jamais eu dans le football européen. Nous sommes consternés par l'ampleur de la manipulation mise en place par cette bande internationale", déplore Peter Limacher, spécialiste de la lutte contre les matchs truqués à l'UEFA, ce ne serait pourtant que la "partie émergée de l'iceberg". Le secrétaire général de l'UEFA, Gianni Infantino, a prévenu dans un communiqué que l'organisation exigerait "les sanctions les plus sévères des juridictions compétentes, qu'elles soient judiciaires ou sportives, contre tout individu, club ou officiel qui serait impliqué dans ces méfaits". L'enquête, elle a débuté au début de l'année 2011, a conduit à une cinquantaine de perquisitions en Allemagne, en Suisse, en Autriche et au Royaume-Uni, 17 personnes ont été arrêtées en Allemagne et en Suisse, et près d'un million d'euros en liquide ont été saisis. Il s'agirait d'un réseau international qui aurait versé des pots-de-vin à des arbitres, à des joueurs, à des entraîneurs et à des personnes chargées de l'organisation des championnats concernés. Les gains réalisés par les parieurs atteindraient des millions d'euros. Les paris ont essentiellement été placés chez des bookmakers chinois. La mondialisation du crime n'attend pas ! La fédération européenne de football (UEFA) se dit "stupéfaite" par l'ampleur de l'affaire. Parmi les cerveaux du réseau figurent Milan et Ante Sapina, deux frères d'origine croate dont l'un d'eux a déjà été condamné dans l'affaire des paris truqués de Berlin impliquant notamment l'arbitre déjà cité en 2004. Le scandale, ne concernerait, encore une fois, que les divisions inférieures du championnat allemand.

En Turquie, pays le plus touché par le fléau, 29 matchs de première division auraient fait l'objet de trucages, une cinquantaine de personnes ont déjà été

10 France 24.

interpellées et incarcérées, dont de nombreux joueurs de clubs de Première division. Les clubs de premier plan ne semblent pas, pour l'instant en tout cas, être touchés (seuls Buyukeshir et Belediyespor seraient concernés), un ancien joueur international a été mis en détention provisoire. La corruption affecterait les trois divisions du championnat turc. La plainte déposée par la Fédération Turque de Football en août, concernait 3 rencontres de Première division sur lesquelles elle avait de forts soupçons.

Cette fraude n'est pas liée à l'enquête menée par la police allemande ce qui met en évidence le développement de l'hydre criminelle dans ce domaine. L'organisation criminelle aurait gagné environ 10 millions d'euros en pariant sur les matchs qu'elle manipulait, via des bookmakers chinois, encore eux ! Les personnes interpellées sont des joueurs, des managers et des dirigeants de clubs, ils accompagnaient les organisateurs des tricheries.

La libéralisation des paris en ligne devait fatalement ouvrir des marchés à la corruption organisée. Pourtant, les autorités s'en inquiètent seulement maintenant, en semblant prendre très tardivement la mesure du péril. Non seulement la manne économique, à l'exception des clubs professionnels qui y ont glané de nouveaux sponsors et qui touchent un droit au pari (1 % des mises sur les compétitions), n'est pas au rendez-vous, mais les risques pour l'intégrité des compétitions se trouvent démultipliés. Personne ne gagne rien aux paris sportifs... sauf les criminels, le sport, lui, se retrouve avec un grave problème à gérer sans en avoir les moyens.

VERS UNE STRUCTURATION BIEN TARDIVE D'UN CONTRÔLE

Le Comité international olympique a réuni à Lausanne tous les acteurs concernés par la lutte contre les paris illégaux. En dépit d'une analyse alarmiste de la situation, il est apparu au terme de cette réunion que la création d'une agence mondiale anti-corruption serait encore reportée. Pourtant, comme l'a affirmé Chantal Jouanno à cette occasion, *"il est incontournable d'avoir une organisation internationale, rattachée à une organisation existante, pour partager les informations entre mouvements sportifs, opérateurs et États. Sinon, on cherchera une aiguille dans une botte de foin"* (*L'Équipe*). Au sein même de l'Union européenne, la disparité des législations, les difficultés d'application, l'absence de données centralisées et la prolifération des sites – près de 15 000 sans doute beaucoup plus, dont 85 % opéreraient sans licence, rappelons-le ! – donne une idée du problème et des boulevards qui s'ouvrent pour l'industrie de la fraude. Devant ces risques qui sont de nature à pervertir l'économie du football, les instances semblent avoir désormais compris l'importance de la mise en place d'une lutte acharnée. Ainsi la Fédération internationale de football

(Fifa) a signé un accord d'une durée de dix ans avec Interpol afin de créer un programme de formation anti-corruption, ciblant les paris illégaux et les matchs truqués. Ce programme « ciblera les paris irréguliers et illégaux ainsi que le trucage des matchs de football », a indiqué le communiqué de la Fifa. L'instance suprême du football s'est engagée à verser à Interpol 4 millions d'euros durant chacune des deux premières années, ce chiffre passant à 1,5 millions d'euros pour chacune des huit années restantes. Un programme de formation est mis en place et porte sur la prévention afin de protéger le sport, les joueurs et les supporters contre la fraude et la corruption... « Il doit donner un enseignement continu ainsi qu'une plate-forme opérationnelle pour tous les officiels impliqués directement ou indirectement dans le football national ou international... » et fournir également une formation régionale et un service de conseil lors des grands événements organisés par la Fifa.

Un groupe d'investigation interne pour « l'intégrité du marché des paris » sera également créé. Le chef de la sécurité de la Fifa, avait indiqué au Daily Telegraph que la Fédération internationale enquêtait sur quelques 300 matchs qui auraient pu faire l'objet de trucage. Les soupçons se portent sur des matchs amicaux internationaux ainsi que sur des rencontres entre clubs européens, en lien avec le marché des paris sportifs en Asie. À la suite de la confirmation de la décision prise par la Fédération turque de football de retirer le club de Fenerbahçe de la Ligue des Champions 2011/2012, faisant suite à des présomptions graves de corruption de matchs, par le Tribunal Arbitral du Sport (TAS), la première réunion des officiers d'intégrité, personnes chargées de faire le lien entre le monde du football et les instances judiciaires afin de lutter contre les matchs truqués a eu lieu.

Le 8 septembre 2011, une réunion consultative était organisée par la présidence polonaise de l'Union européenne les représentants présents ont convenu que l'Union Européenne avait la responsabilité morale de prendre dans les plus brefs délais des mesures concrètes contre le trucage de matchs à l'échelle européenne. À cette fin le délit de « corruption sportive » pourrait être introduit dans les systèmes juridiques des États membres de l'Union Européenne.

La mondialisation a permis l'éclatement des strates de contrôle, les criminels savent parfaitement jouer avec les asymétries juridiques et avec les mille et une manières d'échapper aux condamnations et aux saisies liées à ces comportements.

Les criminels œuvrant dans les paris sont néanmoins tenus de disposer d'une base locale, elle constitue l'une des rares failles qui est susceptible de limiter leur action ou de les faire émigrer vers des cieux plus cléments.

Les investigations restent cependant difficiles du fait de la fluidité des montages et de leur capacité à disparaître puis de se reformer ailleurs bien avant que les services de contrôle soient en mesure de s'organiser afin d'anticiper ces opérations.

La seule solution qui me semble efficace, au moins pour écarter de nos contrées ces opérations désastreuses, est d'harmoniser les législations au plan européen d'abord, si cela est possible mais surtout de poursuivre chaque fois qu'une affaire est engagée avec tous les moyens possibles et dans tous les pays qui sont concernés. Cela implique un effort important en matière de mise en cohérence des pratiques d'investigation et de créer ce qui semble pouvoir être réalisé des plates formes d'échanges d'informations qui permettraient d'anticiper un peu sur ces opérations complexes.

LE SECTEUR FINANCIER : UN PARTENAIRE IMPORTANT DANS LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

BRIGITTE HENRI*

AVANT PROPOS

La corruption existe depuis que se sont développés les échanges économiques et financiers. Elle a instauré ses propres règles, en marge des lois, en s'appuyant sur une certaine tolérance de la société. Restée longtemps à l'abri des regards, elle a été largement médiatisée à l'occasion des affaires politico-financières qui ont défrayé la chronique dans les années 1980 en France. La corruption est alors apparue comme le symbole même d'un dysfonctionnement, non seulement de la société mais aussi des institutions, voire de l'État lui-même.

Mais la lutte contre la corruption est toutefois un phénomène récent, tant sur le plan international que sur le plan national.

Les institutions internationales ont mis en œuvre diverses mesures de lutte contre la corruption. La convention de l'OCDE relative à la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers¹ a été suivie de diverses conventions du Conseil de l'Europe², de l'Organisation des Etats américains, de l'Union

* Docteur en Droit, Directeur de la conformité bancaire, de la sécurité du système d'information et du plan de continuité d'activité à la Bred - Banque Populaire

¹ Convention du 17 décembre 1997 signée par trente quatre pays: les vingt neuf états membres de l'OCDE ainsi que cinq pays non membres qui ont participé au groupe de travail sur la corruption (Argentine, Brésil, Chili, Bulgarie et République slovaque). Cette convention a été transposée dans le droit français par la loi du 30 juin 2000 (art. 435-3 du Code pénal).

² Notamment celle de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption du 4 novembre 1999, signée par la France le 26 novembre 1999. Cette convention a pour principal objet de développer des normes communes en matière de lutte contre la corruption et de mettre à la charge des Etats parties l'obligation d'adopter des incriminations couvrant les principales formes de corruption. Elle vise également à améliorer la coopération internationale en prévoyant notamment la mise en place du Groupe des Etats contre la Corruption (GRECO).

africaine³ ainsi que le Pacte mondial des Nations Unies signé par 3000 entreprises dans le monde. Il faut également citer la convention des Nations Unies contre la corruption⁴ signée fin 2003 et entrée en vigueur fin 2005 après sa ratification par une trentaine de pays. La mise sur une « liste noire » par la Banque mondiale d'entreprises impliquées dans des affaires de corruption au niveau international est aussi une mesure qui a incité nombre de chefs d'entreprises à la prudence.

En France, une vraie prise en compte de la lutte contre la corruption a lieu depuis une quinzaine d'années. Il est difficile d'évoquer de façon exhaustive tous les textes législatifs et réglementaires mais il faut toutefois rappeler certains d'entre eux car ils ont marqué leur époque.

La loi anti-corruption de 1993 est sans doute la plus emblématique avec celles de 1995 qui ont concerné le financement des partis politiques. La réforme du Code des marchés publics en 2001 a imposé une forme de transparence et les lois Perben II de 2004 ont donné une nouvelle dimension aux pôles régionaux mis en place au sein des tribunaux de grande instance pour poursuivre les auteurs d'affaires financières complexes. De façon générale, la mise en jeu d'une règle spécifique de prescription⁵, les effets collatéraux de la répression de la corruption publique⁶, la responsabilité de la personne morale⁷, des peines complémentaires plus sévères pour la corruption privée⁸, l'instauration de

³ Maputo, juillet 2003.

⁴ Dite Convention « Merida ».

⁵ Pour le recel (le délai de 3 ans commence à courir du jour où la détention frauduleuse de l'objet a cessé), les abus de biens sociaux (c'est le jour où l'infraction est révélée qui fixe le point de départ du délai de prescription) et la prise illégale d'intérêt (c'est le jour du dernier acte par lequel l'agent a pris ou reçu un intérêt qui est le point de départ du délai de prescription).

⁶ Interdiction des droits civiques, civils et de famille ; interdiction d'exercer une activité, une fonction publique ; publication de la décision de condamnation.

⁷ Qui peut être engagée cumulativement ou alternativement depuis le 1 mars 1994, date d'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal et au terme de la loi du 9 mars 2004 – entrée en application en janvier 2006) qui en fait une généralité.

⁸ Interdiction d'exercer une activité professionnelle ou une fonction publique pendant cinq ans ou plus ; placement sous surveillance judiciaire pendant cinq ans ou plus ; fermeture de l'établissement s'il s'agit d'une personne morale ; exclusion des marchés publics ; interdiction de faire appel public à l'épargne ; interdiction d'émettre des chèques ; publication de la condamnation...

circonstances aggravantes⁹ sont venus renforcer indéniablement la lutte contre la corruption.

Parallèlement, des organismes ont été créés afin de renforcer celle-ci. La loi du 13 novembre 2007¹⁰ montre la volonté de poursuivre cet engagement en renforçant sa dimension internationale.

« Dans une économie mondialisée, la lutte contre la corruption exige une action concertée. Elle nous engage collectivement : les Etats, bien sûr, mais aussi les acteurs de la société civile et le secteur privé, dont le concours est essentiel pour faire reculer ce fléau ». Cette introduction de Rachida Dati, alors Garde des Sceaux, ministre de la Justice en France, lors de sa présentation du projet de loi relatif à la lutte contre la corruption, en octobre 2007, pose la vraie dimension de la lutte contre la corruption car le secteur privé participe désormais activement, et ce depuis plusieurs années, non seulement à la lutte contre la corruption mais également à l'une de ses incidences directes, le blanchiment de l'argent.

Cependant, les obstacles fragilisant durablement la lutte contre la corruption restent nombreux.

LE SECTEUR FINANCIER EST DEvenu UN PARTENAIRE IMPORTANT DANS LE COMBAT MENÉ CONTRE LA CORRUPTION

Ce sont les établissements bancaires et financiers qui sont aujourd'hui en première ligne parce que l'argent provenant des délits financiers et principalement de la corruption, transite naturellement par eux.

Plusieurs textes réglementaires¹¹ ont conduit le secteur privé financier à prendre de réelles mesures de lutte contre la corruption et, de façon

⁹ Commission des faits dans le cadre de recel, blanchiment, en bande organisée, dans le cadre d'une association de malfaiteurs

¹⁰ Permettant ainsi la transposition dans le droit français de deux conventions internationales entrées en vigueur entre 2002 et 2005, la convention pénale de l'Europe et celle des Nations-Unies contre la corruption, dite convention de Mérida. Cette transposition introduit de nouvelles dispositions dans le droit pénal qui ont trois objectifs majeurs : élargir le délit de corruption des agents publics étrangers ; sanctionner le trafic d'influence exercé sur les agents des organisations internationales et mieux protéger la justice contre toute influence extérieure afin de rendre plus efficace la lutte contre la corruption.

¹¹ Règlements du Comité de la Réglementation Bancaire 91-07 du 15 février 1991 qui précise et complète les dispositions anti-blanchiment de 1990 ; 97-02 du 21 février 1997 qui renforce les obligations de contrôle interne des établissements financiers ; règlement du 18 avril 2002 qui définit les obligations de vigilance des banques en

générale, contre la délinquance en col blanc. Aujourd'hui, la 3^{ème} directive anti-blanchiment¹² complète les nombreuses dispositions prises au niveau international, en renforçant les obligations de vigilance. Fait novateur, elle préconise les échanges d'information à l'intérieur même d'un groupe bancaire mais aussi entre les établissements bancaires de même catégorie, soumis à des normes équivalentes relatives à la lutte contre la corruption, le blanchiment, le secret professionnel et la protection des données personnelles.

De façon générale, cette 3^{ème} directive n'entraîne pas d'innovation majeure au plan des principes mais elle est plus précise. Ainsi, les infractions sous-jacentes au blanchiment incluront obligatoirement les infractions punies de plus d'un an d'emprisonnement, ce qui devrait conduire en France à une extension de la définition de la déclaration de soupçon. L'obligation d'examen particulier de la part des banques devra être étendue aux opérations inhabituellement importantes, complexes ou inhabituelles sans objet économique apparent ou objet licite visible, alors que ces conditions sont actuellement cumulatives¹³. Cette directive, en outre, distingue clairement les 4 étapes des obligations de vigilance sur la clientèle (identification du client, du bénéficiaire effectif, de l'objet de la relation et de la relation d'affaires, c'est-à-dire, sur ce dernier point, des transactions conclues durant toute la durée de cette relation d'affaires de manière à vérifier leur cohérence par rapport à la connaissance qu'a l'établissement de son client, de ses activités commerciales et de son profil de risque). La prohibition des sociétés bancaires écrans (banques fictives ou «shell banks») et des relations directes ou indirectes avec de telles sociétés est aussi un des axes de cette directive.

DES MOYENS LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION LIÉS À LA CONNAISSANCE DES CLIENTS :

L'obligation de connaître le client est une des bases essentielles de la lutte contre la corruption et la délinquance financière. Elle s'insère dans un contexte sécuritaire global et s'accompagne, parallèlement, d'une obligation

matière de chèques aux fins de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

¹² Qui transpose les 40 recommandations du GAFI, renouvelées en 2003, a été adoptée, rappelons-le, le 26 octobre 2005 et publiée le 25 novembre 2005. Elle est entrée en vigueur le 15 décembre 2005 et doit être transposée dans le droit national début 2008.

¹³ Dans l'article L. 563-3 du Code Monétaire et Financier.

de transparence de la part des banquiers vis-à-vis de ses clients et des autorités de tutelle.

La connaissance du client a d'ailleurs été réaffirmée par le décret du 27 juin 2006 qui rappelle l'importance de vérifier l'identité du client, d'autant plus lorsque celui-ci ouvre un compte à distance. Les banques doivent alors prendre « des dispositions spécifiques et adéquates »¹⁴ lorsqu'elles nouent des relations contractuelles avec des clients qui ne sont pas physiquement présents. Dans le même ordre d'idées, les banques doivent rassembler suffisamment d'informations sur leurs correspondants bancaires. Elles doivent vérifier, notamment, si l'institution concernée a fait l'objet d'une enquête ou d'une intervention de l'autorité de surveillance¹⁵.

Cette obligation de vigilance¹⁶ et de connaissance du client s'exerce désormais sur les clients qui effectuent des opérations inhabituelles, c'est-à-dire qui ne correspondent pas, en raison de leur nature, de leur montant inhabituel, de leur complexité, au profil du client. Elle concerne aussi l'origine et la destination des fonds ainsi que l'objet de l'opération et l'identité du bénéficiaire pour une opération atypique d'un montant unitaire ou total supérieur à 150 000 euros¹⁷. En fait, les banques détectant des opérations anormales ou inhabituelles doivent se renseigner auprès de leurs clients et, si elles n'ont pu obtenir d'éléments probants susceptibles de justifier ces opérations, les dénoncer à Tracfin.

La nécessaire connaissance du client transparait également dans l'obligation qu'ont les banques de « se renseigner sur l'identité véritable des personnes avec lesquelles elles nouent une relation contractuelle ou qui demandent leur assistance dans la préparation ou la réalisation d'une transaction lorsqu'il leur apparaît que ces personnes pourraient ne pas agir pour leur propre compte »¹⁸. Elles doivent également s'assurer de l'identité des clients occasionnels qui leur demandent de faire des opérations portant sur une somme supérieure à 8 000 euros, ou de louer des coffres.

¹⁴ Article L. 563-1 alinéa 3 du Code Monétaire et Financier.

¹⁵ Recommandation n°7 du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, 2001.

¹⁶ Le règlement du 18 avril 2002 définit par exemple les obligations de vigilance des banques en matière de chèques aux fins de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

¹⁷ Article L. 563-3 du Code Monétaire et Financier.

¹⁸ Article L. 563-1 alinéa 2 du Code Monétaire et Financier.

Une absence ou une mauvaise connaissance du client entraîne désormais de véritables risques, à la fois opérationnels, pénéaux et d'image pour les établissements bancaires et financiers. Certains d'entre eux ont d'ailleurs été montrés du doigt pour s'être vu infliger des amendes conséquentes liées à cette méconnaissance. Une mauvaise identification du client et des véritables bénéficiaires, un manque de vérification de domicile, un défaut de vigilance sur les opérations et la connaissance de la clientèle ne sont plus tolérés par les organismes de tutelle des banques.

Pour résumer, le dispositif légal et réglementaire mis en place en France en matière de prévention de la délinquance financière s'articule autour de 7 comportements attendus des établissements bancaires : identifier son client, examiner les opérations atypiques réalisés par les clients, déclarer les opérations suspectes ou consigner par écrit les caractéristiques des opérations inhabituellement importantes, complexes ou inhabituelles, se doter d'une organisation et de procédures internes appropriées, y compris un dispositif de contrôle interne et assurer la formation et l'information du personnel, conserver les documents d'identification et ceux relatifs aux opérations et nommer un ou plusieurs correspondants Tracfin (CRF).

La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés a accompagné ce mouvement en mettant en place une nouvelle autorisation unique de certains traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes financiers au titre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

Ces traitements visent en effet à analyser et à déterminer le niveau de risque propre à chaque client, à mettre en place une surveillance adaptée et à détecter des opérations susceptibles de provenir d'une infraction passible d'une peine de prison supérieure à un an.

Ils s'appliquent également à la lutte contre le financement du terrorisme et au dispositif de gel des avoirs¹⁹. Ils ont aussi pour finalité de rechercher les personnes qui doivent faire l'objet de mesures de vigilance complémentaires en tant que PPE (personnes politiquement exposées), de déclencher des alertes ou déclarations de soupçon et de mettre sous surveillance certains comptes.

¹⁹ Délibération n° 2011-180 du 16 juin 2011 de la CNIL qui remplace la délibération n° 2005-297 du 1^{er} décembre 2005 modifié par la délibération n°2007-060.

DES MOYENS STRUCTURELS DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION :

Pour lutter contre la corruption, contrôle et conformité sont donc devenus les maîtres mots, tant des organismes internationaux tels que l'OCDE ou l'Union Européenne, que des autorités de tutelle françaises, telles que l'Autorité des Marchés Financiers et la Commission bancaire²⁰.

Nombre de banques, à la fin des années 1990, s'étaient déjà dotées d'outils de lutte contre les dérives financières et avaient eu recours à des solutions informatiques plus sophistiquées permettant de mettre en lumière des transactions suspectes. Ces banques avaient également mis l'accent sur la règle « Know Your Customer » (KYC) « connaissez votre client » ainsi que sur la formation à la Lutte Anti Blanchiment (LAB).

Aujourd'hui, les directions de la conformité créées par les établissements bancaires ont pour missions, notamment, de garantir le respect de la réglementation et des bonnes pratiques, d'écarter les clients douteux, de connaître la provenance des fonds, de signaler à Tracfin²¹, en ce qui concerne la France, les mouvements financiers faisant supposer une opération de blanchiment d'argent liée notamment à la corruption ou au financement du terrorisme et de lutter contre les fraudes de toute nature. Leur rôle est préventif grâce, principalement, à la centralisation des dysfonctionnements, une faculté d'alerte et la constitution d'une veille documentaire.

Parallèlement, les établissements bancaires et financiers se dotent de plus en plus de service « d'Intelligence économique » ou de « sécurité financière » chargés de mettre en lumière, en amont, ce type d'opérations. Les instances européennes le savent et vont même très loin en encourageant, dans une directive de 2001²², l'échange d'informations entre secteurs public et privé et en imposant aux Etats membres de veiller à ce que les établissements et les personnes relevant de la directive puissent obtenir des pouvoirs publics des informations à jour sur les pratiques de blanchiment et sur les indices permettant d'identifier les transactions

²⁰ En France, ils ont été érigés en obligation réglementaire par arrêté du 31 mars 2005 modifiant le Règlement du Comité de la Réglementation bancaire et financière n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

²¹ En vertu de l'article 562-2 du Code Monétaire et Financier.

²² Directive 97/2001/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001, modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

suspectes. Malgré tout, les passerelles de ce type, du moins en France, ont du mal à se mettre en place.

DES MOYENS DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION « COERCITIFS »

A côté du droit d'alerte des salariés, de la mise sous surveillance de comptes bancaires, de leur clôture, les déclarations de soupçon sont de vraies armes contre la corruption.

La loi du 15 mai 2001 a élargi la portée de l'obligation de déclaration de soupçon aux opérations qui pourraient (et non plus seulement paraissent) provenir du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées ainsi qu'aux opérations faisant intervenir des personnes ou des entités non identifiées. Cette loi a instauré en outre des cas de déclaration automatique de soupçon telles que des opérations faisant intervenir des fiducies vers ou en provenance de pays figurant sur la liste des pays non coopératifs.

La loi du 11 février 2004 est venue compléter la liste des professions désormais soumises à l'obligation de déclaration de soupçons. Aux côtés des établissements bancaires et financiers, des directeurs de casinos, des marchands de biens de grande valeur, des notaires, des agents immobiliers, sont désormais soumis à l'obligation de déclaration de soupçon les experts comptables, les huissiers de justice, les administrateurs et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises, les avocats et les commissaires priseurs judiciaires. Elle a étendu également l'obligation de soupçon aux opérations d'achat ou de vente de biens immeubles ou fonds de commerce, de gestion de fonds titres ou autres actifs ainsi qu'aux opérations liées à la fraude aux intérêts de l'Union européenne, à la corruption et au financement du terrorisme.

Ces moyens sont complétés par la levée du secret bancaire, les échanges d'information entre établissements financiers et bancaires et une collaboration de plus en plus étroite avec les services de Police.

LES OBSTACLES FRAGILISANT DURABLEMENT LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION RESTENT TOUTEFOIS NOMBREUX

Si une partie de la communauté internationale est en ordre de marche dans le domaine de la lutte contre la corruption et, de façon générale, contre la délinquance financière, il en est autrement dans bon nombre de pays.

LA LÉGISLATION DES ÉTATS DANS CE DOMAINE RESTE DISPARATE

Dans les pays africains ou dans les pays de l'Est par exemple, la corruption des fonctionnaires prend en effet une tout autre dimension, le bakchich étant imposé pratiquement à chaque niveau de l'administration. Dans les pays, comme l'Indonésie, où le pouvoir politique n'est « que la somme d'intérêts

personnels », la notion de corruption est en fait beaucoup plus flexible. Les pays émergents tels que la Chine, l'Inde ou le Pakistan ne s'embarrassent guère des dispositions prises pour lutter contre la corruption, la compétition économique étant leur ressort principal. Par ailleurs, les paradis fiscaux, même montrés du doigt, demeurent.

Le développement international de la lutte contre la corruption et, a contrario, la mise à l'écart, voire au ban de la société, des pays ne se conformant pas à cette lutte, est sans doute le seul espoir de voir un jour disparaître ces paradis fiscaux et judiciaires. Et encore ! Car les déclarations de bonne volonté faites aujourd'hui par certaines places financières offshore pour se conformer aux pressions internationales, restent encore très théoriques...

Dans les pays occidentaux, la corruption apparaît plus insupportable qu'ailleurs car elle prend une dimension médiatique qui la présente comme un monstre à plusieurs têtes. Mais elle est encore trop souvent tolérée lorsqu'elle reste discrète, à l'abri des médias et des regards. La corruption ne dérange guère en tant que concept quelque soit la maturité morale de la société ; elle dérange simplement ponctuellement, à l'occasion d'affaires. De façon insidieuse, ces mécanismes déviants finissent par être perçus comme normaux, à la fois par ceux qui y participent et par ceux qui en sont les spectateurs. Cela ne veut pas dire que tout est pourri, mais le système économique et institutionnel a favorisé la notion de profit au détriment des valeurs morales. Il en résulte un affaiblissement du sens de la culpabilité et, corrélativement, une élévation du taux de tolérance ou... d'indifférence de la société.

LE TRANSFERT DES PRÉROGATIVES DE L'ÉTAT VERS LE SECTEUR PRIVÉ, UN MOUVEMENT IRRÉVERSIBLE

Les banques ont l'obligation de se transformer de plus en plus en enquêteurs pour tenter de lutter efficacement contre les dérives financières. Même si les textes stipulent que les informations recherchées doivent être fournies par le client lui-même ou doivent émaner de sources publiques²³, cela pose néanmoins un problème de fond car le recours à l'investigation était, il y a encore une vingtaine d'années, essentiellement une prérogative de l'Etat, comme l'était la sécurité au sens large. Actuellement, la prise en compte de la sécurité financière par les banques procède du même principe que le développement des sociétés privées de sécurité et de surveillance. L'Etat semble déléguer petit à petit une partie de ses attributs.

²³ Recommandation n°7 du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, 2001.

Or, les passerelles entre l'Etat et le secteur privé qui pourraient aider les organismes financiers à assumer pleinement cette nouvelle fonction « d'enquêteurs » manquent encore cruellement.

Sans doute, la nécessité de responsabiliser l'ensemble des acteurs à la lutte contre l'insécurité, quelle soit individuelle, collective ou financière, est-elle sous-jacente à cette évolution. Il ne faut pas oublier que la non-application de cette réglementation relative à la lutte contre la corruption, le blanchiment de l'argent ou le financement du terrorisme est susceptible d'entraîner la responsabilité des établissements bancaires et de leurs dirigeants mais aussi de leurs collaborateurs directs. D'ailleurs, cette nouvelle responsabilité est progressivement entrée dans les mœurs du monde financier, a favorisé l'émergence d'experts de la lutte contre l'argent sale et a surtout fait du renseignement financier un point central.

La garantie du secret des transactions s'est effacée légitimement au profit d'une surveillance financière accrue, face à une menace définie comme globale, notamment après les événements du 11 septembre 2001.

UNE CULTURE DU CONTRÔLE, DE LA CONFORMITÉ ET DE L'INTELLIGENCE ÉCONOMIQUE À PARFAIRE

Toutefois, les résistances subsistent. La troisième directive est davantage vue comme une volonté de lutter contre la fraude fiscale plutôt que de renforcer la lutte contre les vrais maux de la société : le blanchiment lié à des trafics en tout genre (drogue, prostitution, armes...) ou contre la corruption.

Par ailleurs, le manque de culture du monde financier pour l'investigation est semblable à celui du monde économique. C'est en partie pour cette raison que l'identification et la connaissance de la clientèle par les établissements financiers sont restées trop longtemps empiriques. De ce fait, un quart des opérations, en moyenne, présente encore potentiellement un risque. Ce qui est trop important au regard du nombre de clients et de mouvements financiers effectués.

De la même façon, la culture du contrôle et de la conformité est encore très inégale au sein des établissements financiers. Pour certains responsables bancaires, la nouvelle réglementation est source de contraintes supplémentaires et d'entraves à l'action commerciale alors que le contexte économique est déjà difficile. La multiplicité des règlements leur donne

également le sentiment qu'il existe une véritable « hystérie législative »²⁴, l'imprécision de certains textes finissant d'ailleurs par donner lieu à des divergences d'interprétation. Ces banquiers ne voient guère ce que le renseignement, à ce niveau là, peut leur apporter.

Pourtant, dans la lutte contre la corruption, l'assimilation de ces deux cultures, contrôle et conformité d'un côté, investigations en amont de l'autre, est un fait. Le mouvement est en marche et rien ne pourra l'arrêter aujourd'hui. Parce que la société a besoin d'éthique, les relations d'affaires ne pourront plus se faire – ou de moins en moins – sans être conformes aux normes légales et morales. Cela ne signifie pas qu'il n'y aura plus de dérives car, malheureusement, celles-ci existeront toujours.

Mais les obstacles se multiplient sur leur passage et cela justifie bien les contraintes qu'ils engendrent parfois.

En tout état de cause, le recours au renseignement oblige les banques à mettre en place des garde-fous. Car le renseignement ne doit pas être un moyen d'espionner l'intérieur des établissements bancaires ou de porter atteinte à la vie privée. Le but premier et unique est d'éviter aux banquiers de se faire piéger par des corrupteurs, des corrompus, des escrocs, des « blanchisseurs », des voyous de plus en plus nombreux et de plus en plus habiles. L'utilisation des sources publiques doit être, bien sûr, privilégiée.

Des passerelles entre les secteurs public et privé, amorcées par Alain Juillet, responsable jusqu'en 2009, de la promotion de l'Intelligence économique au Secrétariat général de la Défense nationale (SGDN), doivent se mettre en place afin de protéger juridiquement les échanges d'informations. Alors que l'Allemagne, le Japon ou les pays anglo-saxons sont en ordre de marche sur ce plan, la France reste encore en retrait. Des accords de coopération pourraient être cependant conclus, voire encadrés par des textes réglementaires, afin de sécuriser tant les acteurs du secteur privé que ceux du secteur public. Ils éviteraient ainsi les dérives qui affectent de temps en temps les responsables de sociétés d'Intelligence économique ou de renseignement qui achètent, pour le compte de leurs clients, des informations à des fonctionnaires.

CONCLUSION

« Adresser une commission rogatoire internationale, c'est un peu comme jeter une bouteille à la mer ; on espère qu'elle ne coulera pas et que

²⁴ Philippe Conte, Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment, JCP 2005, p. 605.

quelqu'un lira le message. De là à espérer qu'il vous vienne en aide... ». Ce propos d'un magistrat traduit toute la difficulté à surmonter les obstacles juridiques internationaux, les cultures judiciaires différentes selon les Etats et l'absence parfois de coopération entre Justices. Il est vrai que la coopération judiciaire internationale est encore immature, ne parvenant pas à surmonter la sacro-sainte souveraineté des Etats même si beaucoup de ceux-ci transposent dans leur droit national les décisions prises au niveau européen, voire international, en matière de lutte contre la corruption et le blanchiment.

L'harmonisation internationale dans la lutte contre la corruption ne doit pas être que judiciaire. Elle doit être politique, économique, financière et juridique. Il est, bien évidemment, indispensable de fixer les règles d'une coopération minimale concernant l'échange d'information judiciaire et la poursuite des enquêtes. D'ailleurs, les mesures prises au niveau européen à cet égard ne sont pas négligeables. Celles-ci doivent cependant faire partie d'un ensemble où officiers de Police judiciaire, douaniers, agents des services fiscaux, gendarme boursier, services de renseignement mais aussi membres de commissions d'enquêtes parlementaires, européennes, internationales, comités d'éthique, établissements financiers et bancaires, jouent leur rôle de façon efficace.

Corruption, blanchiment, trafics en tout genre, esclavage moderne des femmes et des enfants, pédophilie, prostitution, totalitarismes, mafias... La société est montrée du doigt parce qu'elle semble incapable de gérer ses barbaries. Alors que mieux informée, la société, à tous les échelons, devrait s'investir davantage dans la lutte contre la corruption. Pourquoi ne le fait-elle pas ? Le monde est désordre, inculture, égoïsme et cruauté. La vie humaine n'a guère de prix dans bon nombre de régions du monde où la misère est omniprésente. L'argent est toujours roi. La corruption, pour cette raison, continuera à instaurer ses propres règles, à s'infiltrer dans tous les secteurs d'activité et à gangrener les rouages de la vie économique et politique à l'échelon international.

La lutte contre la corruption et contre les délits qui l'accompagnent est sans fin. Elle doit être sans merci.

L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS EN DROITS AMÉRICAIN ET SUISSE

BERTRAND PERRIN*

INTRODUCTION

Mis à part le cas particulier du Royaume-Uni, les États-Unis d'Amérique furent les premiers à se doter d'une législation anticorruption à vocation internationale. Le Congrès promulgua la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA, loi sur les pratiques de corruption à l'étranger) suite à la découverte d'importants cas de corruptions d'agents publics étrangers par des entreprises américaines. Le champ d'application de la loi a été étendu en 1998 par le *International Anti-Bribery and Fair Competition Act*, en écho à la Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Cette dernière est entrée en vigueur pour les États-Unis le 15 février 1999 et, pour la Suisse, le 30 juillet 2000.

Les États-Unis ont ratifié la Convention interaméricaine contre la corruption en 2000. La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe est entrée en vigueur, pour la Suisse, le 1^{er} juillet 2006. Ces processus législatifs s'inscrivent dans un contexte de mobilisation internationale contre la corruption qui s'est intensifié ces quinze dernières années. Nous avons décidé d'examiner de manière synoptique les systèmes américain et suisse pour deux raisons. D'une part, si les deux pays sont dotés d'une structure fédérale, les États-Unis connaissent une tradition juridique de *common law*, alors que la Suisse appartient à la famille romano-germanique. Or, si tout exercice de comparaison est instructif en lui-même, il s'avère d'autant plus intéressant d'examiner comment deux systèmes assez distants l'un de l'autre ont tenté de résoudre un problème identique. En effet, un plus grand éloignement institutionnel implique un effort d'analyse préalable plus important et, donc, un enrichissement subséquent d'autant plus profitable. D'autre part, à notre connaissance, aucun exercice de droit comparé relatif

* Professeur à l'Université de Fribourg (Suisse).

au thème de la corruption transnationale n'a jusqu'à présent porté conjointement sur les droits américain et suisse.

Dans un premier temps, nous examinerons les éléments constitutifs des infractions respectives de corruption d'agents publics étrangers. Nous nous focaliserons ensuite sur les principaux moyens de défense et sur une analyse des principales divergences, avant de présenter les autorités de poursuite compétentes ainsi que les sanctions encourues. Sur la base d'un exposé des statistiques judiciaires, nous terminerons notre contribution par une réflexion sur la mise en œuvre effective des dispositions pénales.

L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS EN DROIT SUISSE

L'ÉNONCÉ LÉGAL

L'article 322^{septies} du Code pénal suisse (CPS) a la teneur suivante¹ :

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à une personne agissant pour un État étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre ou militaire, en faveur de cette personne ou d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation, celui qui, agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, en tant qu'arbitre ou militaire, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

LES DESTINATAIRES DE LA NORME

Les destinataires de l'article 322^{septies} CPS sont les personnes physiques. L'entreprise, au sens de l'article 102 CPS², peut être sanctionnée « s'il doit

¹ L'article 322^{septies} CPS est entré en vigueur pour la corruption active le 1^{er} mai 2000 et, pour la corruption dite passive, le 1^{er} juillet 2006. La législation fédérale suisse peut être consultée sur le site:

<http://www.admin.ch/ch/ff/rs/rs.html> (page consultée le 29 mai 2012).

lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires » pour empêcher l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers. Ce dernier article doit inciter les entreprises suisses à mettre en place un système de contrôle interne susceptible d'empêcher la perpétration d'un acte de corruption en leur sein.

L'APPLICATION TERRITORIALE

Pour une infraction par nature transnationale, la question de l'application de la norme revêt une importance centrale. Les articles 3 et 8 CPS consacrent le principe de la territorialité. Le premier, à son premier alinéa, stipule que le Code pénal suisse est « applicable à quiconque commet un crime ou un délit en Suisse ». Le second, à son premier alinéa également, ajoute qu'« un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir qu'au lieu où le résultat s'est produit ». Pour qu'une infraction puisse être localisée en Suisse, il suffit que l'un de ses éléments constitutifs y ait été commis, même partiellement³. Il faut toutefois que l'auteur ait au moins atteint le stade de la tentative⁴.

Le principe de la territorialité ne s'applique pas au coauteur intellectuel, à l'instigateur et au complice. La localisation dans l'espace de l'acte de corruption dépend par conséquent du comportement de l'auteur, de l'auteur médiat et du coauteur direct⁵. Ces approches jurisprudentielles ne sont, selon nous, pas conformes aux exigences de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions

² La notion d'« entreprise » en droit pénal suisse est plus large que celle de « personne morale ». Elle englobe également les sociétés qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique et les entreprises en raison individuelle (art. 102 al. 4 CPS).

³ Arrêt du Tribunal fédéral suisse (ATF) 111 IV 1, 3 consid. 2a. Les arrêts du Tribunal fédéral peuvent être consultés sur le site: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction.htm> (page consultée le 29 mai 2012).

⁴ Art. 22 CPS. La limite entre les actes préparatoires, en principe non punissables, et la tentative est atteinte lorsque l'auteur commet des actes qui représentent, dans son esprit, la démarche ultime et décisive vers l'accomplissement de l'infraction et « après laquelle on ne revient normalement plus en arrière, sauf survenance de circonstances extérieures qui rendent l'exécution de l'intention plus difficile sinon impossible » (ATF 117 IV 395, 396 consid. 3), par exemple s'il part pour l'étranger en vue de s'y livrer à des pratiques corruptrices.

⁵ Bertrand PERRIN, *La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse. Étude de l'article 322^{septies} du Code pénal et de ses enjeux procéduraux*, Bâle 2008, Helbing Lichtenhahn, p. 252 et jurisprudence citée.

commerciales internationales qui exige une interprétation large de la compétence territoriale.

La critique doit toutefois être quelque peu relativisée parce qu'il est possible de contourner l'obstacle, partiellement du moins, en se fondant sur la compétence de substitution consacrée par l'article 7 CPS. Si le délinquant a commis l'infraction à l'étranger, cette disposition permet une application du Code pénal helvétique, mais à des conditions assez strictes⁶. En substance, il faut que l'infraction de corruption soit également réprimée dans l'État où elle a été perpétrée (ou que son lieu de commission ne relève d'aucune juridiction pénale, cette condition pouvant, notamment, être remplie lorsque l'acte est accompli en haute mer sur un bateau non immatriculé), que l'auteur se trouve en Suisse ou soit remis à ce pays en raison de son acte et que l'infraction donne lieu à extradition, mais que l'auteur ne soit finalement pas extradé, par exemple parce qu'une demande en la matière n'a simplement pas été formulée. Si l'auteur n'est pas de nationalité suisse et que l'infraction n'a pas été commise contre un ressortissant helvétique, il faut que la demande d'extradition ait été rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte ou que l'auteur ait commis un crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale, cette dernière condition étant, selon nous, remplie en matière de corruption⁷.

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS OBJECTIFS

Dans la corruption active, l'auteur (*extraneus*) offre, promet ou octroie un avantage indu à un agent public étranger pour qu'il exécute ou omette un acte en relation avec son activité officielle, qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation. Dans la corruption dite passive, le corrompu (*intraneus*) adopte les comportements miroirs qui consistent à solliciter, se faire promettre ou accepter l'avantage indu.

De la définition de la Convention de l'OCDE de 1997, deux catégories d'agents publics peuvent être dégagés : les agents publics institutionnels (formels) et fonctionnels (matériels). Entrent dans la première catégorie les personnes qui détiennent un mandat législatif, administratif ou judiciaire, qu'elles aient été nommées ou élues. A celles-ci viennent s'ajouter les représentants des organisations internationales. Les agents publics matériels exercent quant à eux une fonction publique pour un pays étranger

⁶ L'application du droit suisse peut aussi se fonder sur le principe du pavillon (art. 4 al. 2 de la loi sur la navigation maritime sous pavillon suisse et art. 97 al. 1 de la loi sur l'aviation).

⁷ Bertrand PERRIN, précité, note 5, pp. 123-124.

ou une organisation internationale, y compris les organes des entreprises contrôlées et surveillées par l'État. L'expression « fonction publique » comprend « toute activité d'intérêt public déléguée par un pays étranger, comme l'exécution de tâches par délégation de ce pays en liaison avec la passation de marchés publics »⁸.

Le droit suisse consacre la conception large formulée par la convention en considérant que toute personne qui accomplit une tâche dévolue à l'État est un agent public⁹. La notion englobe les membres des autorités (législatives, exécutives, judiciaires), les fonctionnaires, les arbitres (juges privés désignés par les parties pour trancher leurs litiges), les militaires, ainsi que les experts, traducteurs et interprètes commis par une autorité. L'article 322^{octies} chiffre 3 CPS précise que « les particuliers qui accomplissent des tâches publiques sont assimilés à des agents publics ». Si les fonctionnaires formels, c'est-à-dire ceux qui sont liés à la collectivité par un rapport de service, sont clairement des agents publics, il en va donc aussi de même pour les fonctionnaires matériels, qui revêtent cette qualité par la mission qu'ils accomplissent¹⁰.

L'avantage est le moyen de la corruption. L'article 1 paragraphe 1 de la Convention OCDE de 1997 précise que celui-ci peut être « pécuniaire ou autre ». Il s'agit de toute amélioration objectivement mesurable de la situation du bénéficiaire, qu'elle soit de nature juridique, économique ou personnelle¹¹. L'avantage est indu lorsque l'agent public n'a pas le droit de

⁸ OCDE, *Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, adoptés par la Conférence de négociation le 21 novembre 1997, ad article 1 paragraphe 4, N. 14. <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf> (page consultée le 29 mai 2012).

⁹ Message du Conseil fédéral du 19 avril 1999 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (révision des dispositions pénales applicables à la corruption) et l'adhésion de la Suisse à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, Feuille fédérale, 1999, p. 5073.

¹⁰ Par exemple, un ingénieur privé chargé dans un cas d'espèce de procéder à une adjudication pour une municipalité est un agent public matériel.

¹¹ Message du Conseil fédéral du 19 avril 1999, précité, note 9, p. 5075 ; Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), Feuille fédérale, 2004, p. 6563.

l'accepter, c'est-à-dire s'il est illicite selon les règles fixées par l'État étranger ou l'organisation internationale.

Le but visé par le corrupteur est que l'agent public exécute ou omette un acte en relation avec son activité officielle. Il doit exister un lien de connexité (rapport d'équivalence) entre l'avantage et le comportement de l'agent public. En outre, l'acte en question doit correspondre à une violation de ses devoirs ou à l'exercice d'un pouvoir d'appréciation par ce dernier. S'il n'est censé qu'accomplir les devoirs de sa charge, le comportement n'est pas punissable en matière de corruption transnationale¹².

Le corrupteur peut recourir à un intermédiaire, tel un agent local, pour atteindre l'agent public. L'article 1 paragraphe 1 de la Convention de l'OCDE de 1997 prévoit que l'avantage peut être offert, promis ou octroyé à ce dernier « directement ou par des intermédiaires ». La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, à ses articles 2 et suivants, prévoit aussi que le comportement punissable peut revêtir cette forme indirecte. Le cas de figure de la libéralité médiate est clairement couvert par l'article 322^{septies} CPS¹³. S'il n'est pas nécessaire que l'agent public connaisse le rôle de l'intermédiaire, l'auteur qui a la maîtrise des opérations doit connaître les moyens est les personnes qu'il utilise ainsi que leur rôle, en tout cas par dol éventuel.

L'ÉLÉMENT CONSTITUTIF SUBJECTIF

Le corrupteur ou le corrompu doivent avoir agi intentionnellement, c'est-à-dire avec conscience et volonté¹⁴. Le dol éventuel, qui en droit suisse est une forme de faute intentionnelle, est suffisant¹⁵.

L'INFRACTION EN DROIT AMÉRICAIN

LES DISPOSITIONS APPLICABLES

Le siège de la matière se trouve au titre 15 de l'*United States Code* (« *Commerce and Trade* »), chapitre 2B (« *Securities Exchanges* »),

¹² Si l'agent public est au service d'une collectivité publique suisse, les infractions d'octroi ou d'acceptation d'un avantage peuvent par contre entrer en ligne de compte (respectivement art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CPS).

¹³ Message du 19 avril 1999, précité, note 9, p. 5077.

¹⁴ Art. 12 al. 2, 1^{ère} phrase CPS.

¹⁵ « L'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait » (art. 12 al. 2, 2^e phrase CPS).

paragraphes 78m et suivants¹⁶. La FCPA comprend deux catégories de règles : les dispositions anticorruption¹⁷ et celles relatives à la comptabilité¹⁸. Ces dernières exigent des sociétés la tenue précise de livres et de registres qui doivent refléter les transactions effectuées avec les fonctionnaires, ainsi que le maintien d'un système approprié de contrôle interne. Seuls les éléments constitutifs des règles anticorruption seront examinés.

LES DESTINATAIRES DE LA FCPA

Les normes comptables s'appliquent aux émetteurs (*issuers*), les personnes physiques pouvant être punies si elles ont agi intentionnellement. Le terme d'« émetteur » s'applique aux entreprises, nationales ou étrangères, qui ont des titres auprès de la Commission des opérations en bourse (*Securities and Exchange Commission, SEC*) sur la base de l'article 12 de la *Exchange Act* ou qui sont tenues de fournir des rapports à cette dernière en vertu de l'article 15(d) de la même loi¹⁹.

Les dispositions anticorruption s'appliquent en outre aux personnes physiques qui résident aux États-Unis, aux entités organisées dans ce pays et à leurs agents (directeur, travailleur, etc.). Une dernière catégorie comprend toute personne physique ou morale qui perpète un acte de corruption sur le territoire américain.

L'APPLICATION TERRITORIALE DES DISPOSITIONS ANTICORRUPTION

La FCPA consacre une conception large de son application dans l'espace. Elle punit en effet toute entreprise ou personne physique américaine, que le comportement soupçonné ait été commis à l'intérieur ou à l'extérieur de la frontière. Elle concerne également les entreprises et individus qui ne sont pas américains, mais qui sont impliqués dans le commerce entre États (*interstate commerce*). Des agents et des employés étrangers d'entreprises nationales ou de citoyens américain peuvent se voir incriminés pour des actes réalisés totalement à l'extérieur des frontières des États-Unis²⁰. Les

¹⁶ Le texte en version originale, avec une traduction notamment en langue française (pas toujours excellente...), est disponible sur le site du *Department of Justice*: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/statutes/regulations.html> (page consultée le 29 mai 2012).

¹⁷ 15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-2 et 78dd-3.

¹⁸ Essentiellement 15 U.S.C. §§ 78m(b)(2) et b(5).

¹⁹ 15 U.S.C. 78dd-1(a) ; Thomas McSORLEY, « Foreign Corrupt Practices Act », *American Criminal Law Review*, volume 48, printemps 2011, pp. 749 ss, p. 753.

²⁰ Thomas McSORLEY, précité, note 19, p. 759.

autorités de poursuite semblent interpréter de manière extensive le paragraphe 78dd-3 de manière à embrasser des situations dans lesquelles les actes d'entreprises étrangères déploient un effet sur le territoire des États-Unis, sans se préoccuper de savoir si l'entreprise ou ses agents se trouvent physiquement sur le territoire américain lorsqu'ils procèdent à des paiements illicites. Cette interprétation est fondée sur le « principe de protection », bien connu en droit international, qui confère compétence à un État lorsque l'effet réel ou possible de l'infraction se produit sur son territoire²¹.

Une société qui effectuerait des paiements, directement ou indirectement, par le biais d'institutions américaines serait punissable. Cette règle pourrait, par exemple, concerner une société monégasque ou française qui procéderait à des versements indus au moyen d'un compte bancaire américain. D'une manière générale, des courriers, appels téléphoniques, transferts électroniques impliquant le territoire américain peuvent suffire pour fonder la compétence des autorités américaines²².

LES ÉLÉMENTS MATÉRIELS (ACTUS REUS) DES DISPOSITIONS ANTICORRUPTION

En substance, la FCPA incrimine :

- tout émetteur (*issuer*), entreprise nationale (*domestic concern*) ou « autre personne » (« *any person* »)²³,
- qui utilise les services postaux ou tout autre moyen ou instrument de commerce entre États,
- pour faciliter une offre, un versement, une promesse de paiement ou une autorisation de paiement de toute chose de valeur (*anything of value*)
- à un agent public étranger,
- pour influencer tout acte ou décision de ce dernier dans l'exercice de ses fonctions, pour l'inciter à commettre ou omettre un acte en violation de ses devoirs légaux ou pour s'assurer un avantage indu (*improper advantage*),

²¹ Even P. LESTELLE, « The Foreign Corrupt Practices Act, International Norms of Foreign Public Bribery, and Extraterritorial Jurisdiction », *Tulane Law Review*, volume 83, numéro 2, 2008, pp. 527 ss, p. 536.

²² Voir par exemple: *U.S. v. Saybolt North America Inc. and Saybolt Inc.* (Cr. No 98CR10266WGY), D. Mass., 18 août 1998; *U.S. v. David H. Mead and Frerik Plumers* (Cr. No. 98-240-01), D.N.J., 1998.

²³ Respectivement 15 U.S.C § 78dd-1, § 78dd-2 et § 78dd-3.

– dans le but d'obtenir ou de conserver un marché, à son profit ou celui d'un tiers.

Les agents publics étrangers comprennent les fonctionnaires (officiels, *officials*). Ils sont employés par un gouvernement ou une organisation internationale publique. Comme en droit suisse, la notion est interprétée largement. Elle inclut également les personnes au service d'entités détenues ou contrôlées par l'État²⁴. A cette première catégorie viennent s'ajouter celles des membres d'un parti étranger, le parti lui-même, ainsi que tout candidat à un poste politique étranger. Sont encore visées les personnes servant d'intermédiaires, lorsque l'auteur de l'infraction recourt à ces dernières pour commettre son acte²⁵.

La notion de « toute chose de valeur » est interprétée largement par les tribunaux américains²⁶, tout comme l'est celle d'« avantage » (indu) en droit suisse. Elle inclut en particulier l'argent, les cadeaux, les rabais, la mise à disposition d'équipements, les voyages ou encore une promesse d'emploi. Tout élément représentant un bénéfice potentiel, actuel ou futur entre dans cette catégorie. Le juge se fonde sur la valeur que le prévenu attachait subjectivement à celui-ci²⁷.

LES ÉLÉMENTS MORAUX (MENS REA) DES DISPOSITIONS ANTICORRUPTION

Le prévenu ne peut être reconnu coupable d'une infraction prévue par la FCPA que s'il a agi volontairement (*willfully*)²⁸. Lorsque l'auteur utilise une tierce personne comme intermédiaire, il doit savoir (*knowing*) que la chose de valeur est destinée à un agent public²⁹. Cette exigence signifie qu'il doit être conscient que la finalité de l'acte est de nature corruptrice. Il doit à tout le moins en avoir une certitude importante ou être conscient de la haute probabilité que ce soit le cas³⁰. L'aveuglement volontaire (*willful blindness*) est suffisant, par exemple lorsque des cadres d'une entreprise renoncent à

²⁴ Thomas McSORLEY, précité, note 19, pp. 761-762.

²⁵ Bases légales et définitions pour les différentes catégories d'agents publics: 15 U.S.C. § 78dd-1(a), (f)(1) pour les émetteurs, § 78dd-2(a), (h)(2) pour les entreprises nationales et § 78dd-3(a), (f)(2) pour les « autres personnes ».

²⁶ Voir par exemple *U.S. v. Gorman*, 807 F.2d 1299, 1305 (6th Cir. 1986).

²⁷ Thomas McSORLEY, précité, note 19, pp. 760-761.

²⁸ 15 U.S.C. § 78ff(a).

²⁹ 15 U.S.C. § 78dd-1(a)(3), § 78dd-2(a)(3), § 78dd-3(a)(3).

³⁰ 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(2), § 78dd-2(h)(3), § 78dd-3(f)(3).

prendre des mesures alors que des indices sérieux d'une violation de la FCPA sont pourtant apparus³¹.

LES « MOYENS DE DÉFENSE » EN DROIT AMÉRICAIN ET LES ÉLÉMENTS CORRESPONDANTS EN DROIT SUISSE

L'EXCEPTION POUR LES ACTIONS GOUVERNEMENTALES D'USAGE

La FCPA autorise explicitement les paiements de facilitation (« *facilitating* » ou « *grease* » payments) à un agent public étranger dans le but d'accélérer (*expedite*) l'exécution ou d'assurer (*secure*) la réalisation d'un acte administratif d'usage (*routine governmental action*)³². Cette dernière expression désigne des actes non discrétionnaires qui sont ordinairement exécutés par l'agent public étranger dans le cadre de ses activités courantes, par exemple délivrer une autorisation permettant d'exercer une activité commerciale dans le pays, un visa ou offrir une protection policière³³. Elle n'inclut pas les décisions qu'il prend pour attribuer un marché ou celles rendues en lien avec la poursuite ou l'initiation de relations commerciales³⁴.

Il n'existe pas de maximum légal pour le montant du paiement de facilitation, mais tous les montants considérés comme relevant de cette exception ont été inférieurs à 1'000 dollars. Les tribunaux américains doivent encore se prononcer, mais les commentateurs considèrent qu'il convient de se focaliser sur l'intention du payeur et sur le but du versement³⁵.

En droit suisse, la notion de paiement de facilitation n'existe pas. La problématique doit être examinée à la lumière de l'acte que l'agent public est censé exécuter ou omettre, en établissant s'il est amené à violer ses devoirs ou à exercer son pouvoir d'appréciation.

LA CONFORMITÉ DE L'AVANTAGE AVEC LES LOIS DU PAYS DE L'AGENT PUBLIC

La FCPA prévoit un moyen de défense affirmatif (*affirmative defense*) qui autorise qu'une chose de valeurs soit destinée à un agent public étranger si elle s'avère conforme aux lois écrites du pays en question³⁶. Le droit suisse pose une règle similaire, puisque le comportement n'est punissable que si l'avantage est « indu », comme le précise l'article 322^{septies} CPS, c'est-à-dire

³¹ Thomas McSORLEY, précité, note 19, p. 761.

³² 15 U.S.C. § 78dd-1(b), § 78dd-2(b), § 78dd-3(b).

³³ 15 U.S.C. § 78dd-f(3), § 78dd-2(h)(4), § 78dd-3(f)(4)(A).

³⁴ 15 U.S.C. § 78dd-1(f)(3)(B), § 78dd-2(h)(4)(B), § 78dd-3(f)(4)(B).

³⁵ Thomas McSORLEY, précité, note 19, p. 764 et références citées.

³⁶ 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(1), § 78dd-2(c)(1), § 78dd-3(c)(1).

lorsque l'agent public qui devrait en bénéficier n'a pas le droit de l'accepter. L'article 322^{octies} chiffre 2 CPS ajoute, même si cette précision légale est superfétatoire, que les « avantages autorisés par le règlement de service » ne sont pas indus.

Les solutions consacrées par les droits américain et suisse sont conformes à la Convention de l'OCDE de 1997. Les commentateurs de celle-ci précisent que « l'infraction n'est pas constituée lorsque l'avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l'agent public étranger, y compris la jurisprudence »³⁷.

LES AVANTAGES REPRÉSENTANT DES DÉPENSES RAISONNABLES ET DE BONNE FOI

Il existe en droit américain un moyen de défense affirmatif lorsque le paiement, le cadeau ou la promesse de toute chose de valeur correspond à une dépense raisonnable et de bonne foi (*reasonable and bona fide expenditure*)³⁸. Par exemple, les frais de voyage ou de logements d'un agent public étranger peuvent être pris en charge par une entreprise. Ce moyen de défense n'est toutefois valable que si le prévenu peut montrer que la dépense est exempte de toute finalité corruptrice. Seuls les paiements raisonnables et poursuivant un but légitime opérés à des fins promotionnelles ou en relation avec l'exécution d'un contrat sont tolérés. Les tribunaux américains n'ont pas encore interprété cette notion. De son côté, le Ministère de la Justice (*Department of Justice, DOJ*) des États-Unis considère plus facilement qu'une dépense est raisonnable et effectuée de bonne foi si elle est faite directement au service public concerné et non pas à l'agent public lui-même et si l'entreprise qui procède au paiement n'a pas d'affaires en cours avec l'agence gouvernementale dont relève l'employé qui bénéficie de la dépense³⁹.

En droit suisse, la problématique doit être analysée sous l'angle du rapport d'équivalence. Il faut examiner si l'avantage est en lien avec un acte de l'agent public étranger correspondant à une violation de ses devoirs ou à l'exercice d'un pouvoir d'appréciation. Si l'accusation ne parvient pas à démontrer que l'avantage est intervenu en échange d'une prestation

³⁷ OCDE, *Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, précités, note 8, ad article 1, paragraphe 1, N. 8.

³⁸ 15 U.S.C. § 78dd-1(c)(2), § 78dd-2(c)(2), § 78dd-3(c)(2).

³⁹ Thomas McSORLEY, précité, note 19, pp. 765-766.

déterminée, mais uniquement pour que l'agent public étranger accomplisse les devoirs de sa charge, le prévenu ne peut pas être reconnu coupable⁴⁰.

L'ANALYSE DES PRINCIPALES DIVERGENCES

LA PUNISSABILITÉ DE L'AGENT PUBLIC ÉTRANGER

L'agent public étranger n'est pas punissable en vertu de la FCPA. Par contre, en droit suisse, aussi bien l'*extraneus* que l'*intraneus* sont punissables, respectivement en vertu des alinéas 1 et 2 de l'article 322^{septies} CPS.

La solution retenue par la FCPA est conforme aux exigences de la Convention de l'OCDE de 1997, souvent qualifiée d'accord « *supply side* » (« du côté de l'offre ») puisqu'il vise à influencer le comportement des entreprises exportatrices. Cependant, si l'incrimination de l'*intraneus* incombe principalement à la collectivité publique dont il relève, une punissabilité unilatérale représente une inégalité de traitement entre agents publics nationaux et étrangers sans justification objective. Une disposition incriminant la corruption d'agents publics étrangers peut certes s'avérer difficile à appliquer. Si l'agent public étranger concerné ne se trouve pas sur le sol de l'État poursuivant, ce dernier devra faire appel à l'entraide internationale et il n'est, en particulier, pas du tout certain que les autorités du pays de l'*intraneus* coopèrent avec la diligence requise. Toutefois, cette incrimination permet de prendre en compte, dans une certaine mesure du moins, les défaillances possibles du système de poursuite pénale dans l'État de l'agent public, par exemple lorsque celui-ci est miné par une corruption endémique. L'approche privilégiée par le législateur helvétique s'avère donc pertinente, même si elle peut se heurter à des obstacles pratiques, essentiellement lorsque le suspect se trouve à l'étranger.

LA PUNISSABILITÉ DES CANDIDATS AUX ÉLECTIONS ET DES MEMBRES DES PARTIS POLITIQUES

En droit suisse, contrairement à ce qui est prévu par la FCPA, si le corrupteur offre, promet ou octroie un avantage indu à un candidat en anticipation de son élection à un poste politique étranger, le cas n'est pas couvert par l'article 322^{septies} CPS. L'*intraneus* doit en effet revêtir la qualité d'agent public au moment où le corrupteur adopte l'une des facettes du comportement punissable. C'est un point faible du dispositif légal helvétique. Il serait souhaitable de compléter l'article 322^{septies} CPS en lui ajoutant, pour la forme active, un nouvel alinéa qui préciserait que « le comportement est

⁴⁰ Bertrand PERRIN, précité, note 5, p. 202.

également punissable s'il vise une personne candidate à l'exercice de l'activité officielle » et, pour la forme passive, un autre stipulant que « le comportement est également punissable s'il est adopté par une personne candidate à l'exercice de l'activité officielle »⁴¹.

Le droit suisse se caractérise par une approche également différente de celle retenue outre Atlantique en ce qui concerne la punissabilité des partis politiques et de leurs membres. Ceux-ci ne sont pas explicitement cités par le Code pénal. Un avantage destiné à un parti politique étranger ne tomberait en principe pas sous le coup de la loi suisse, les entités collectives comme destinataires de la corruption n'étant pas englobée par l'article 322^{septies} CPS. Sous réserve de l'article 102 CPS, l'*intraneus* est toujours une personne physique. Cependant, comme l'article 322^{septies} CPS prévoit que l'*extraneus* peut offrir, promettre ou octroyer un avantage à une personne agissant pour un État étranger ou une organisation internationale, en faveur de cette personne ou « d'un tiers », nous estimons que le corrupteur pourrait être puni si l'agent public avait connaissance de la favorisation du parti politique (considéré comme un « tiers ») et que la relation entre l'avantage et l'acte en relation avec l'activité officielle était établie⁴².

L'avantage destiné à un membre d'un parti ne pourrait être punissable que s'il était assimilé à un « tiers » dans le sens et aux conditions que nous venons de poser. En outre, « dans des circonstances particulières, une autorité publique peut être exercée dans les faits par des personnes (par exemple, des responsables d'un parti politique dans les États à parti unique) qui ne sont pas formellement des agents publics. Ces personnes, parce qu'elles exercent de facto une fonction publique, peuvent, en vertu des principes juridiques de certains pays, être considérées comme des agents publics étrangers »⁴³. L'article 322^{septies} CPS pourrait donc trouver application si un membre d'un parti assumait, matériellement, une tâche publique.

En résumé, le droit suisse ne permet une incrimination des candidats à des élections politiques, d'un parti ou de ses membres qu'à des conditions restrictives bien spécifiques. Par contre, le législateur américain a décidé de

⁴¹ Bertrand PERRIN, précité, note 5, p. 166.

⁴² Bertrand PERRIN, précité, note 5, pp. 161-164.

⁴³ OCDE, *Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, précités, note 8, ad article 1 paragraphe 4, N. 16.

régler explicitement ces cas de figure. La Suisse devrait s'inspirer de cette approche.

LE BUT CORRUPTEUR

En fonction du but corrupteur (*pro quo*), deux grandes catégories de définitions se dégagent dans les différents ordres juridiques. Certains pays, comme les États-Unis ou la France, prévoient que le paiement est effectué pour que l'agent public agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de ses fonctions officielles. D'autres États, tels que la Suisse ou l'Allemagne, se réfèrent à une violation, effective ou envisagée, d'une obligation de l'agent public.

Les deux types de définitions sont acceptables au regard de la Convention de l'OCDE de 1997. En choisissant la seconde approche, un pays s'épargne les laborieuses discussions sur l'admissibilité des paiements de facilitation et les dépenses faites de bonne foi⁴⁴. Toutefois, la référence en droit suisse à une violation des devoirs ou à l'exercice d'un pouvoir d'appréciation par l'agent public pose parfois aussi d'épineux problèmes d'application. Pour s'assurer que les éléments constitutifs de l'infraction sont réalisés, les autorités pénales suisses doivent s'assurer que l'agent public a violé ses devoirs ou disposait d'un pouvoir d'appréciation. Pour résoudre la question, elles devront examiner le contenu du droit étranger applicable à l'agent public. Or, tracer une frontière entre administration liée et discrétionnaire peut s'avérer parfois difficile, même dans des affaires internes où le magistrat est pourtant amené à statuer sur la base de dispositions légales qui lui sont familières.

Chacune des deux approches législatives comportent des éléments qui plaident en leur faveur. Nous ne trancherons pas entre ces deux manières de décrire le but corrupteur. Il ne faudrait toutefois pas considérer qu'exiger que l'agent public viole ses devoirs ou dispose d'un pouvoir d'appréciation implique forcément une application plus restrictive de la loi. Par exemple, le droit américain, en ce qui concerne les paiements de facilitation, est plus large dans sa formulation que la Convention de l'OCDE de 1997, puisque l'exception n'est pas limitée spécifiquement aux « petits » paiements. En droit suisse, le cas doit être examiné à la lumière de l'acte que l'agent public

⁴⁴ Mark PIETH, « L'effectivité de la Convention OCDE du 17 décembre 1997 », in: *La corruption nous concerne tous*. Actes du colloque du 4 décembre 2001 organisé en collaboration avec les magistrats de l'Appel de Genève, Transparency International Brussels et la Fédération des entreprises de Belgique, *Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice*, n° 2, Bruxelles 2002, Bruylant, pp. 83 ss, p. 94.

est censé exécuter ou omettre, en vérifiant s'il est amené à violer ses devoirs ou à exercer un pouvoir d'appréciation. Le montant de l'avantage n'a en lui-même pas d'importance. Certes, l'article 322^{octies} chiffre 2 CPS prévoit que ne constituent pas des avantages indus ceux qui, « de faible importance, sont conformes aux usages sociaux ». Toutefois, un comportement qui viserait à amener un agent public à violer ses devoirs ou à exercer son pouvoir d'appréciation ne saurait être considéré comme conforme à un usage social, quelle que soit la valeur de l'avantage. Par conséquent, certains comportements qui ne seraient pas punissables selon l'approche américaine du paiement de facilitation pourraient tomber sous le coup de la loi suisse⁴⁵.

Nous pouvons également prendre le cas des versements destinés à accélérer les actes administratifs (« *speed money* ») tolérés, comme nous l'avons vu, en droit américain. La seule possibilité pour les admettre également en droit suisse serait de retenir que la violation des devoirs ne doit pas s'envisager au regard du principe de l'égalité de traitement. Or, l'agent public qui accélère un processus favorise sans motif valable un administré au détriment des autres. Il viole donc ses devoirs. Une interprétation plus large nous semblerait, au plan interne, contraire à l'article 8 de la Constitution fédérale suisse, mais aussi à la Convention de l'OCDE de 1997 qui exige que l'agent public exerce son jugement de manière impartiale. Nous pouvons d'ailleurs même douter que les droits nationaux autorisant les paiements qui visent à hâter un processus administratif soient conformes aux exigences de la convention⁴⁶.

LA CORRUPTION DANS LE CADRE DU COMMERCE INTERNATIONAL OU DANS UN CONTEXTE PLUS LARGE

La FCPA ne couvre que les paiements destinés à obtenir ou conserver un marché et ne vise que la corruption dans le cadre du commerce international. En droit suisse, le bien juridique protégé par l'article 322^{septies} CPS est l'objectivité et l'impartialité du processus de décision et des activités étatiques étrangères. Tous les avantages indus offerts, promis ou octroyés pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec l'activité officielle d'un agent public étranger sont concernés. Le champ d'application est donc plus large qu'en droit américain.

La solution retenue dépend principalement des valeurs que le législateur veut défendre. L'objectif des Américains est de favoriser la libre concurrence

⁴⁵ Bertrand PERRIN, précité, note 5, p. 192.

⁴⁶ Bertrand PERRIN, précité, note 5, p. 193.

sur les marchés internationaux. La Convention de l'OCDE de 1997 est le résultat d'un processus de négociation initié par eux. Les entreprises américaines, qui s'estimaient prétéritées par rapport à leurs concurrentes asiatiques et européennes, ont exercé des pressions pour que la question de la corruption d'agents publics étrangers soit portée sur le devant de la scène internationale.

Selon la conception américaine, l'intérêt général est assuré par le bon fonctionnement du marché. La corruption est problématique parce qu'elle en fausse les règles. Par contre, dans la conception française, c'est le service public, dans sa dimension administrative et politique, qui garantit le bien commun. La corruption publique d'un fonctionnaire est condamnable par ce qu'elle crée un lien qui n'a pas lieu d'être entre un agent public et un agent privé⁴⁷. L'approche helvétique est proche de celle adoptée en France.

DES DISPOSITIONS COMPTABLES SPÉCIFIQUES

Le droit suisse n'a pas prévu de dispositions comptables spécifiquement destinées à prévenir la corruption d'agents publics étrangers. Cette situation est le résultat des diverses techniques législatives utilisées pour incriminer la corruption d'agents publics étrangers. Si les États-Unis, comme l'Allemagne ou le Canada, ont édicté des lois spécifiques, la Suisse, avec la France ou l'Italie par exemple, ont intégré l'infraction dans leur code pénal. Le résultat final n'est toutefois pas très différent en droit suisse. En effet, le droit commercial pose des règles générales en matière de tenue des comptes (saisie et traitement), ainsi que d'établissement des comptes annuels (présentation des états financiers)⁴⁸. En outre, la comptabilité commerciale est un titre au sens de l'article 251 CPS. Celui qui, pour masquer un acte de corruption, établit une comptabilité en elle-même authentique, mais mensongère dans la mesure où ce qui y est affirmé ne correspond pas à la réalité, commet un faux intellectuel. Le contenu du message ne s'avère en effet pas véridique⁴⁹.

⁴⁷ Philippe MONTIGNY, *L'entreprise face à la corruption internationale*, Paris 2006, Ellipses, pp. 57-59.

⁴⁸ La réglementation légale relative à la bonne tenue de la comptabilité se trouve à l'article 957 du Code des obligations. Les articles 959 et 662a de ce code contiennent des dispositions sur le but et la qualité des états financiers. Le droit comptable a fait l'objet récemment d'une modification législative adoptée par les Chambres fédérales. La date de l'entrée en vigueur n'est pas encore fixée.

⁴⁹ Bertrand PERRIN, « La répression de la violation des normes en matière de comptabilité sous l'angle du faux dans les titres en droit suisse: quel rôle dans la lutte contre la corruption ? », in: Étienne BLAIS, Bertrand PERRIN (dir.), *La lutte contre la*

LES AUTORITÉS DE POURSUITE COMPÉTENTES

Aux États-Unis, les compétences de poursuite se partagent entre le Ministère de la Justice et la Commission des opérations en bourse. La première autorité s'occupe des « *foreign bribery criminal prosecutions* » et des « *foreign bribery civil actions* », alors que la seconde est en charge des « *civil investigations of issuers* ». En substance, le « *Department of Justice* » (DOJ) est seul responsable des poursuites pénales, mais peut aussi initier des procédures civiles. La Security and Exchange Commission (SEC) est chargée des investigations civiles concernant les émetteurs. Elle peut informer le DOJ d'une affaire qu'elle traite lorsque des faits de nature pénale apparaissent en cours de procédure⁵⁰.

En Suisse, l'infraction de corruption d'agents publics étrangers est poursuivie sur le plan pénal, soit par les ministères publics des cantons (États fédérés), soit par le Ministère public de la Confédération. Le partage de juridiction s'opère sur la base de l'article 24 alinéa 1 du Code de procédure pénale. La compétence fédérale est donnée lorsque les actes punissables ont été commis « pour une part prépondérante à l'étranger » ou « dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux ». Ce devrait logiquement être souvent le cas en matière de corruption transnationale.

LES SANCTIONS PÉNALES POUR VIOLATION DES NORMES ANTICORRUPTION

Aux États-Unis, les sanctions pénales sont fixées sur la base des « *U.S. Sentencing Guidelines* »⁵¹. Pour une violation des normes anticorruption de la FCPA, sur la base du paragraphe 2B4.1 des *Guidelines*, les personnes physiques encourent une amende pouvant s'élever jusqu'à 100'000 dollars, voire 250'000 dollars, et cinq années de prison. En vertu du chapitre 8 des *Guidelines*, pour les entreprises, un programme de conformité rigoureux et efficace qui favorise la diligence nécessaire dont celles-ci doivent faire preuve réduit le degré de culpabilité et le niveau de l'amende, alors qu'une participation des cadres de haut niveau à l'acte illicite accroît le degré de culpabilité. La peine maximale encourue par une entreprise par violation des

criminalité économique: réponses interdisciplinaires à un défi global, Paris, Genève, Zurich et Bâle 2010, L'Harmattan et Schulthess, pp. 121 ss, pp. 130-131, ainsi que les références jurisprudentielles citées.

⁵⁰ Thomas McSORLEY, précité, note 19, p. 766.

⁵¹ U.S.S.G. Manual: http://www.uscc.gov/Guidelines/2010_guidelines/index.cfm (page consultée le 29 mai 2012)

normes anticorruption de la FCPA est de 2 millions de dollars⁵². Toutefois, la SEC et le DOJ ont poursuivi des entreprises de manière volontariste et des décisions ont abouti à des amendes combinées dépassant largement ce montant. La somme s'élevait par exemple à 579 millions de dollars dans le cas *Kellogg Brown & Root* en 2009⁵³.

La peine-menace pour la corruption d'agents publics étrangers en droit suisse est la peine privative de liberté de cinq ans au plus ou la peine pécuniaire. Le juge fixe la première en se fondant principalement sur la culpabilité du délinquant (gravité de la faute)⁵⁴. Il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Pour la seconde, le nombre de jours-amende est également fonction de la culpabilité de l'auteur. Il peut s'élever au plus à 360. Leur montant, de 3000 francs suisses au plus, est déterminé en fonction de la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement⁵⁵.

LES STATISTIQUES DES CONDAMNATIONS

Depuis l'entrée en vigueur de la FCPA, de nombreuses procédures pénales ont été initiées par le DOJ. En janvier 2012, le « *FCPA Digest* », actualisé régulièrement par l'Étude Shearman & Sterling, recensait 125 *foreign bribery criminal prosecutions*⁵⁶. La majorité des cas se conclut par un accord.

En Suisse, les chiffres sont plus modestes. Seules trois condamnations ont été prononcées depuis l'entrée en vigueur de l'article 322^{septies} CPS⁵⁷. Il faudrait se livrer à une analyse criminologique détaillée pour expliquer ce résultat *a priori* un peu inquiétant en termes d'effet de prévention générale de la peine. Il convient toutefois en l'état de le relativiser quelque peu. En effet, il ne peut pas être comparé aux résultats américains, notamment parce

⁵² 15 U.S.C. § 78-dd-2(g)(1)(A) pour les entreprises nationales et § 78ff(c)(1)(A) pour les émetteurs.

⁵³ Thomas McSORLEY, précité, note 19, pp. 769-770 et références jurisprudentielles citées.

⁵⁴ Art. 47 CPS.

⁵⁵ Art. 34 al. 1 et 2 CPS. Le montant maximal de la peine pécuniaire et donc de 1'080'000 francs suisses.

⁵⁶ SHEARMAN & STERLING LLP, *FCPA Digest of Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials under the Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, janvier 2012, disponible sur le site <http://fcpa.shearman.com> (page consultée le 29 mai 2012).

⁵⁷ Office fédéral de la statistique, « Code pénal – condamnations selon articles du CP » http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/03/key/strafataten/haeufigste_delikte.html (page consultée le 29 mai 2012).

que la taille respective des pays et les moyens mis en œuvre s'avèrent sensiblement différents. La disposition helvétique est en outre plus récente et les réalités procédurales ne sont pas les mêmes⁵⁸. Il convient encore d'ajouter qu'en 2009, 2010 et 2011, un total de 18 dénonciations ont été enregistrées par la police pour violation présumée de l'article 322^{septies} CPS⁵⁹. Le 22 novembre 2011, le Ministère public de la Confédération a rendu une ordonnance pénale contre *Alstom Network Schweiz AG* condamnant la société à une amende de 2'500'000 francs suisses, en application des articles 102 alinéa 2 et 322^{septies} CPS, parce qu'elle n'avait pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher des actes de corruption d'agents publics étrangers en Lettonie, Tunisie et Malaisie⁶⁰. La disposition ne reste donc pas lettre morte. Enfin, le Conseil fédéral (gouvernement fédéral) a approuvé en mars 2012 la définition des priorités stratégiques en matière pénale de la Confédération pour les années 2012 à 2015⁶¹. Il met en particulier l'accent sur la lutte contre la criminalité économique liée à des cas de corruption internationale.

CONCLUSION

Les droits américain et suisse consacrent une conception large du principe de territorialité, de la notion d'avantage (« toute chose de valeur ») et de la définition de l'agent public. Ce dernier est punissable au regard du droit suisse, mais pas de la FCPA. La solution helvétique est préférable. Par contre, le droit américain, avec raison, permet explicitement de sanctionner les avantages en lien avec des candidats à des élections ou des membres de partis politiques. Les buts corrupteurs sont décrits de manière différente. Il n'est toutefois pas possible d'affirmer qu'une solution devrait s'imposer à l'autre. Il serait en tous les cas erroné de penser que le droit suisse serait

⁵⁸ Par exemple, la « procédure simplifiée », qui est une forme de négociation pénale avec reconnaissance préalable de culpabilité, a fait son apparition dans l'ordre juridique suisse avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse (art. 358 ss) le 1^{er} janvier 2011 (avant l'unification de la procédure pénale au niveau fédéral, cette institution n'existait formellement que dans trois cantons).

⁵⁹ Office fédéral de la statistique, « Infractions enregistrées par la police selon le Code pénal, les cantons, la forme et l'élucidation », <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/03/02/key/01.html> (page consultée le 29 mai 2012).

⁶⁰ Une créance compensatrice de l'État d'un montant de 36,4 millions de francs a en outre été prononcée. La somme correspond aux profits générés par les activités délictueuses.

⁶¹ http://www.fedpol.admin.ch/content/fedpol/fr/home/dokumentation/medieninformation/2012/ref_2012-03-281.html (page consultée le 29 mai 2012).

plus restrictif en la matière. Enfin, restreindre l'incrimination aux actes commis dans le cadre du commerce international, comme c'est le cas avec la FCPA, résulte d'un choix idéologique qui a été sensiblement différent en Suisse.

Si les deux législations sont globalement conformes aux exigences posées par la Convention de l'OCDE de 1997, l'exercice comparatif, qu'il conviendrait bien sûr d'élargir, montre qu'il est possible d'améliorer la définition du comportement punissable en s'inspirant réciproquement des solutions retenues dans chaque système. A l'heure actuelle, l'objectif essentiel pour les autorités respectives est de garantir une mise en œuvre effective de l'arsenal pénal. Les Etats-Unis bénéficient d'une relativement longue expérience et ont démontré une détermination certaine, en particulier ces dernières années, à appliquer la FCPA. Le bilan en Suisse est plus mitigé, mais la disposition pénale est encore relativement jeune et les événements récents laissent entrevoir une réelle volonté de l'appliquer. L'enjeu central est naturellement celui des impératifs de prévention générale. L'arsenal répressif ne doit pas apparaître comme un tigre de papier dans la nécessaire lutte contre la corruption transnationale !

INTRODUCTION À LA SECONDE PARTIE
ETUDE COMPARATIVE DES SYSTÈMES D'INCRIMINATION DE LA
CORRUPTION.
COMPARATIVE STUDY OF THE BRIBERY'S INCRIMINATION SYSTEMS.

COMPARAISON N'EST PAS RAISON... MAIS INSTRUCTION. TELLE EST LA LEÇON QUE L'AUTEUR DE SES LIGNES TIRE DE L'ÉTUDE COMPARATIVE QUI COMPOSE LA SECONDE PARTIE DU PRÉSENT OUVRAGE. LES CONVERGENCES ET LES DIVERGENCES OBSERVÉES ENTRE LES SYSTÈMES D'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION PROUVENT QUE L'EFFICACITÉ DES DITS SYSTÈMES EST AVANT TOUT DÉTERMINÉE PAR DES CHOIX JURIDIQUES PRÉCIS. ELLES CONSTITUENT LA PREUVE QUE L'EFFICACITÉ D'UNE POLITIQUE CRIMINELLE DÉPEND ESSENTIELLEMENT DE DISPOSITIONS TECHNIQUES RÉELLEMENT ADAPTÉES. L'ÉTUDE QUI SUIT SE NOURRIT DE LA CONVICTION QU'UNE ÉTUDE COMPARATIVE NE PEUT ÊTRE MENÉE EN SE FONDANT SUR UN DEGRÉ DE PERCEPTION DE LA CORRUPTION – PERCEPTION INÉVITABLEMENT SUBJECTIVE - MAIS UNIQUEMENT EN SE FONDANT SUR LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT DE CORRUPTION AFIN DE DÉTERMINER LES DEGRÉS JURIDIQUES VÉRITABLES D'INCRIMINATION DU PHÉNOMÈNE DE LA CORRUPTION.

MARC SEGONDS

RAPPORT DE SYNTHÈSE :

MARC SEGONDS*

L'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) et l'Agence pour la Diffusion de l'Information (ADIT) ont convenu de faire mener à bien une étude des décisions judiciaires rendues en application des traités internationaux de lutte contre la corruption dans les Etats comprenant l'Allemagne, la Belgique, le Brésil, la Chine, l'Espagne, la France, l'Italie, le Japon, la Principauté de Monaco et la Tunisie. A cet effet, des rapporteurs ont été désignés afin de répondre aux questions inscrites dans un cahier des charges destiné à mesurer les différents degrés d'incrimination de la corruption. Le présent document intègre le rapport de synthèse des différents rapports nationaux et, en annexe, le questionnaire en version française et anglaise.

Préambule

Le présent rapport est la synthèse des rapports nationaux réalisés respectivement par :

- Madame le Procureur Cornelia Gädigk (Allemagne),*
- Madame le Professeur Ann Jacobs et Monsieur Patrick Thevissen, assistant au service de droit pénal de l'Université de Liège (Belgique),*
- Monsieur le Professeur Carlos Eduardo Japiassu (Brésil),*
- Monsieur le Professeur Jianping Lu (Chine),*
- Monsieur le Professeur José Luis Dela Cuesta et Monsieur Isodoro Blanco Cordero (Espagne),*
- Monsieur le Professeur Marc Segonds (France et Monaco)*
- Monsieur le Professeur Roberto Rampioni (Italie),*
- Madame le Professeur Kanako Takayama (Japon),*
- Monsieur le Professeur Chafik Saïd (Tunisie).*

Les différents rapports nationaux ont été élaborés sur la base d'un cahier des charges dont l'ambition a été de mesurer les degrés d'incrimination de la corruption nationale, internationale ou étrangère dans les différents pays considérés, en prenant en considération les principales données fournies par le Droit positif (Droit légal, Droit coutumier et Droit jurisprudentiel). Le rapport général reprend les questions posées et se propose de présenter les réponses juridiques apportées sous

* Agrégé des facultés de droit, Professeur l'Université de Toulouse I Capitole, Codirecteur du Master II Lutte contre la criminalité financière et organisée, Avocat au barreau de Toulouse (AS2A).

leurs traits techniques les plus saillants. Il se conclut par treize observations générales.

* * * * *

La corruption, au sens du présent rapport général, est définie juridiquement comme l'accomplissement d'un acte de la fonction en lien avec l'obtention d'un avantage indu. Le présent rapport général a pour finalité de vérifier l'existence et la portée de l'incrimination de la corruption dans les différents Etats (Allemagne, Belgique, Brésil, Chine, Espagne, France, Italie, Japon, Monaco et Tunisie) pour lesquels un rapporteur a été désigné.

Afin de mener à bien cette vérification, chaque rapporteur national a été invité à examiner le Droit positif – Droit légal, Droit coutumier et Droit jurisprudentiel – des Etats considérés afin de déterminer les degrés d'incrimination de la corruption.

1. DEGRÉS D'AUTONOMIE DE L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION.

L'examen des degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption a impliqué de la part des rapporteurs de se livrer à une double vérification.

La première vérification à effectuer a consisté à mesurer l'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la complicité, vérification consistant ainsi à s'assurer de l'unicité ou de la dualité de l'incrimination de la corruption (1.1).

La seconde vérification à effectuer a consisté à mesurer l'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la tentative, vérification consistant de la sorte à vérifier le caractère unilatéral ou bilatéral de l'incrimination de la corruption (1.2).

1.1. DEGRÉS D'AUTONOMIE DE L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION À L'ÉGARD DE LA THÉORIE DE LA COMPLICITÉ : UNICITÉ OU DUALITÉ DE L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION ?

Cette vérification a consisté à déterminer les degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la complicité. A cette fin, les rapporteurs ont été invités à vérifier, plus précisément, si l'incrimination de la corruption repose, en Droit positif, sur le système de l'incrimination simple (unicité d'incrimination) ou sur le système de l'incrimination double (dualité de l'incrimination) qu'il convient d'exposer préalablement *de lege ferenda*.

De lege ferenda, le système de l'incrimination simple de la corruption intègre la théorie de la complicité. Seul est incriminé, à titre d'infraction principale, le

fait du corrompu¹, le fait du corrupteur² étant uniquement incriminé sur le fondement de la théorie de la complicité. Autrement dit, l'agent corrupteur est appréhendé en qualité de complice de l'agent corrompu, appréhendé quant à lui en qualité d'auteur de l'infraction principale de corruption : le fait du corrupteur est un fait accessoire au fait principal du corrompu. Ce système de l'incrimination simple apparaît alors comme la mise en œuvre du système de l'unité d'infraction et peut être qualifié de système de premier degré.

Système d'incrimination de 1 ^{er} degré	Fait de corrompre	Fait d'être corrompu
Système de l'unicité d'infraction	Acte de complicité (règle de l'emprunt de criminalité)	Fait principal punissable

De lege ferenda, le système de l'incrimination double de la corruption n'intègre pas la théorie de la complicité. Le fait du corrupteur et le fait du corrompu font, pour chacun d'entre eux, l'objet d'une incrimination autonome l'une à l'égard de l'autre. Autrement dit, le corrupteur est l'auteur du fait de corrompre (fait dénommé corruption active³) tandis que le corrompu est l'auteur du fait d'être corrompu (fait dénommé corruption passive⁴). Ce système apparaît alors comme la mise en œuvre du système de la pluralité d'infractions et peut être qualifié, à raison de sa plus grande sévérité, de système de second degré.

¹ Le corrompu désigne l'agent « réalisateur » de l'acte de la fonction ou, plus précisément, celui qui accomplit l'acte de la fonction en lien avec l'obtention d'un avantage indu.

² Le corrupteur désigne l'agent « fournisseur » de l'avantage indu en lien avec l'accomplissement d'un acte de la fonction de l'agent corrompu.

³ La corruption est qualifiée d'active en ce sens qu'elle désigne le fait de corrompre – le verbe corrompre se conjuguant alors à la voix active, la corruption active qualifie le fait du corrupteur –.

⁴ La corruption est qualifiée de passive en ce sens qu'elle désigne le fait d'être corrompu – le verbe corrompre se conjuguant ici à la voix passive, la corruption passive qualifie le fait du corrompu –.

Système d'incrimination de 2° degré	Fait de corrompre	Fait d'être corrompu
Système de la pluralité d'infractions	Délit de corruption active	Délit de corruption passive

De lege lata, l'ensemble des systèmes juridiques rapportés accorde la préférence au système de l'incrimination double. Dans chacun des systèmes considérés, chaque auteur, corrompeur ou corrompu, possède une criminalité propre, indépendante l'une de l'autre. La corruption est ainsi décomposée en un fait de corruption active et en un fait de corruption passive, correspondant à deux infractions indépendantes et rendant inutile, par conséquent, la référence à la théorie de la complicité... sauf à souligner que cette dernière peut trouver à s'appliquer – Droit allemand, Droit belge, Droit français⁵ et Droit monégasque – en présence de l'agent qui se rendrait coupable d'un acte de complicité à l'égard de l'agent corrompeur ou de l'agent corrompu⁶. On observera que la préférence accordée au système de l'incrimination double est parfois très ancienne, à l'exemple du Droit français⁷, parfois beaucoup plus récente, à l'exemple du Droit belge⁸.

Cette autonomie présente l'intérêt majeur de pouvoir conclure à l'indépendance des poursuites et des déclarations de culpabilité, solution admise notamment par les jurisprudences belge⁹ et française¹⁰. En

⁵ Solution illustrée par la jurisprudence française: cf. *Cass. crim.*, 11 juill. 1956: *Bull. crim. n° 526* – 9 nov. 1995: *Bull. crim. n° 346* – 20 fév. 2008: *Bull. crim. n° 44*.

⁶ Sans négliger que l'article 27 de la Convention de Mérida (dont sont signataires tous les pays rapportés) fait obligation à chaque Etat partie d'adopter « les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, conformément à son droit interne, au fait de participer à quelque titre que ce soit, par exemple comme complice, autre assistant ou instigateur, à une infraction » de corruption.

⁷ Le système de l'incrimination double de la corruption appartient à la tradition juridique française puisqu'il est consacré par le Code pénal de 1810, tradition reprise par le Code pénal de 1992. Ainsi, la jurisprudence a pu considérer que la corruption active ne saurait constituer un acte de complicité de la corruption passive au sens des anciens articles 59 et 60 du Code pénal. Cf. *Cass. crim.*, 30 janv. 1909.1.505.

⁸ Le Droit belge consacre le système de l'incrimination double depuis la loi du 10 février 1999.

⁹ Cf. *Cass.*, 14 déc. 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 412.

¹⁰ Cf. *Cass. crim.*, 22 avril 1937: *Gaz. Pal.*, 1937.2.272. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation vient d'admettre que la Cour de justice de la République saisie de faits de corruption passive à l'égard du prévenu n'est pas tenue par les termes de

particulier, lorsque le fait de corrompre ne s'est exprimé que sous la forme d'une proposition non suivie d'effet ou, plus exactement, non agréée, ledit fait tombe sous le coup de la loi pénale.

Se trouve ainsi neutralisé l'effet le plus néfaste de la règle de la criminalité d'emprunt associée par la plupart des systèmes juridiques à la théorie de la complicité, effet résidant dans l'impunité de l'acte de complicité (provocation à la corruption) à raison de l'absence d'un fait principal punissable (agrément du corrompu).

A la différence du système de l'unité d'infraction, le système de la dualité d'incrimination rend indifférent le fait que la tentative de corruption ou le fait que la proposition n'a point été agréée par l'agent qui en est le destinataire, de la même façon qu'il rend indifférent le fait que l'agent destinataire de la tentative de corruption ou de la proposition de nature corruptrice n'a pas donné – refus implicite – ou a refusé de donner suite – refus exprès – à ladite proposition.

	Fait de tenter de corrompre : proposer un avantage indu	Fait d'être corrompu
Système de l'unité d'infraction (premier degré)	Provocation : acte de complicité. Répression commandée par l'existence d'un fait principal punissable	Fait principal punissable (agrément <i>a minima</i>)
Système de la pluralité d'infractions (second degré)	Fait de tenter de corrompre ou de proposer un avantage indu : élément constitutif et suffisant du délit de corruption active.	Délit de corruption passive

La dualité de l'incrimination de la corruption, dualité dont dépend l'autonomie de ladite incrimination, est acquise désormais en législation et sa pérennité assurée par les engagements internationaux relatifs à la corruption qui lui accordent tous leur préférence (Conventions de Mérida-ONU, Convention de Paris-OCDE, Convention de Bruxelles-UE, Convention de Strasbourg-CE).

l'arrêt d'une cour d'appel statuant sur le délit de corruption active commis à l'égard du prévenu par d'autres parties. Cf. Ass. Plén., 23 juill. 2010, n° 10-85505: RPDP 2010, p. 921, note M. Segonds.

De l'ensemble des rapports, l'on peut déduire que cette dualité d'incrimination aboutit à la création de délits dotés d'une véritable économie commune, puisque se révélant, en leur forme active, tous dotés d'éléments spécifiques (qualité de la personne du corrupteur, qualité de la personne du corrompu, composantes du fait de corrompre et composantes du fait d'être corrompu) et, en leur forme passive, tous dotés d'éléments communs ou, plus précisément, symétriques (moyens associés aux faits de corruption et finalités des manœuvres corruptrices).

<i>Economie d'incrimination commune aux systèmes rapportés</i>	Délit de corruption active	Délit de corruption passive
Eléments d'incrimination spécifiques	Qualité de corrupteur	Qualité de corrompu
	Composantes du fait de corrompre	Composantes du fait d'être corrompu
Eléments d'incrimination symétriques	Moyens associés aux faits de corruption	
	Finalités des manœuvres corruptrices	

1.2. DEGRÉS D'AUTONOMIE DE L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION À L'ÉGARD DE LA THÉORIE DE LA TENTATIVE : BILATÉRALITÉ OU UNILATÉRALITÉ DE L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION ?

La seconde vérification à réaliser a consisté à déterminer les degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la tentative. La tentative de corruption se définit comme le fait pour le corrupteur de proposer un avantage indu ou le fait pour le corrompu de solliciter un avantage indu. A cette fin, les rapporteurs ont été invités à vérifier si l'incrimination de la corruption repose, en Droit positif, sur un système associé à la théorie de la tentative ou sur un système indépendant de la théorie de la tentative.

De lege ferenda, le système d'incrimination de la corruption associé à la théorie de la tentative n'autorise à incriminer la tentative de corruption que sur le fondement de la théorie de la tentative. L'incrimination de la tentative de corruption est donc dépendante des limites assignées à la théorie de la tentative. De la sorte, la définition de l'incrimination de la corruption n'intègre pas le fait pour le corrupteur de proposer un avantage indu ou le fait pour le corrompu de solliciter un avantage indu. La tentative du fait de corruption n'est donc point incriminée de manière autonome en tant que telle.

De lege ferenda, le système d'incrimination de la corruption indépendant de la théorie de la tentative permet d'appréhender la tentative de corruption de façon autonome en tant que telle, de sorte que, selon l'expression doctrinale, la tentative se trouve « entièrement résorbée dans l'infraction pleinement consommée »¹¹. L'incrimination de la tentative de corruption est donc indépendante des limites assignées à la théorie de la tentative. Pour ce faire, l'incrimination de la corruption intègre le fait pour le corrupteur de proposer un avantage indu ou le fait pour le corrompu de solliciter un avantage indu. De la sorte, le système considéré autorise à réduire la corruption à la réalisation d'un acte unilatéral de la part du corrupteur ou du corrompu.

De lege lata, les systèmes juridiques rapportés témoignent de ce que l'*iter criminis* qui mène à la corruption reste appréhendé en législation de façon extrêmement différente. Ainsi, trois systèmes juridiques maintiennent un lien entre l'incrimination de la corruption et la théorie de la tentative et ce, de trois manières différentes.

En premier lieu, tout en incriminant spécifiquement le fait de proposer (offrir) ou le fait de solliciter (demander), le Droit allemand, fait référence à la théorie de la tentative afin d'atteindre, d'un part, l'hypothèse où l'agent formule une demande sans que cette dernière ne soit encore parvenue à son destinataire (art. 331 C. pén.) et, d'autre part, l'hypothèse où l'agent formule une offre sans que cette dernière ne soit encore parvenue à son destinataire (art. 334 C. pén.).

En deuxième lieu, le Droit tunisien consacre l'autonomie du fait de solliciter (acte de corruption active) mais se réfère au fait « de tenter de corrompre » (acte de corruption passive), solution qui autorise à considérer, sous réserve de meilleure appréciation, que dans cette dernière hypothèse la rétractation de la proposition est de nature à conférer l'impunité à son auteur.

En troisième lieu, le Droit chinois ne dissocie pas l'incrimination de la corruption de la théorie de la tentative, ce qui paraît autoriser également la prise en considération du désistement de l'agent corrupteur ou le désistement de l'agent corrompu et d'assurer ces derniers de l'impunité.

¹¹ Cf. A. Vitu, *Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption: Mélanges Donnedieu de Vabres, 1960, p. 127, sp. p. 131.*

En revanche, les Droits allemand – sous réserve de l'observation précédente –, belge, brésilien, espagnol, français¹², italien japonais et monégasque dissocient l'incrimination de la corruption tant active que passive de la théorie de la tentative. Les conséquences qui en découlent sont les suivantes.

Outre le rattachement de l'incrimination de la corruption active ou passive à la catégorie des infractions formelles, il faut souligner que le fait pour l'agent corrupteur, après avoir adressé une proposition de nature corruptrice, de la rétracter est de nul effet sur la qualification de corruption active. Parce que postérieure à la consommation du délit, cette rétractation ne peut être assimilée à un désistement volontaire susceptible d'assurer l'agent de l'impunité. De la même façon, le fait que l'agent corrompu, après avoir formulé une sollicitation de nature corruptrice, la rétracte, est également de nul effet sur la qualification de corruption passive. Ici encore, parce que postérieure à la consommation du délit, la rétractation du corrompu ne peut être assimilée à un désistement volontaire susceptible d'assurer l'agent de l'impunité.

L'examen des systèmes juridiques rapportés ne permet pas de conclure à la seule dépendance ou à la seule autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la tentative. Trois systèmes juridiques se révèlent consacrer en Droit positif : un système de premier degré totalement dépendant de la théorie de la tentative (Droit chinois), un système de deuxième degré partiellement dépendant de la théorie de la tentative (Droit tunisien) et un système totalement indépendant de la théorie de la tentative (Droit allemand, Droit belge, Droit brésilien, Droit italien, Droit français, Droit japonais, Droit monégasque).

¹² Ce système d'incrimination est le système consacré par le Droit français, étant précisé que l'ambiguïté du Code pénal napoléonien était telle que trois lois ont été nécessaires à la consécration pleine et entière dudit système. Cf. L. 16 fév. 1919, L. 16 mai 1943 et L. 8 fév. 1945. La jurisprudence française a très nettement confirmé sa consécration. Cf. Cass. crim., 10 juin 1948: Bull. crim. n° 154 – 1er juill. 1948: Bull. crim. n° 172.

<i>Systèmes de lege ferenda</i>	<i>Systèmes de lege lata</i>
Système fondé sur la théorie de la tentative (premier degré d'incrimination)	Droit chinois
Système lié à la théorie de la tentative (deuxième degré d'incrimination)	Droit tunisien
Système détaché de la théorie de la tentative (troisième degré d'incrimination)	Droit allemand, Droit belge, Droit brésilien, Droit espagnol, Droit français, Droit italien, Droit monégasque, Droit japonais

2. DEGRÉS D'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION SELON LA QUALITÉ DE L'AGENT CORROMPU¹³.

Les rapporteurs ont été invités à vérifier les degrés d'incrimination de la corruption selon la qualité possédée par l'agent corrompu – ou susceptible de l'être – en distinguant les degrés d'incrimination de la corruption publique (2.1.) et de la corruption privée (2.2.).

2.1. DEGRÉS D'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION PUBLIQUE.

La mesure des degrés d'incrimination de la corruption publique a été menée par les rapporteurs en vérifiant les degrés d'incrimination de la corruption publique nationale (2.1.1.), de la corruption publique étrangère (2.1.2.) et de la corruption publique internationale (2.1.3.).

2.1.1. DEGRÉS D'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION PUBLIQUE NATIONALE : CORRUPTION PUBLIQUE NATIONALE STRICTO SENSU OU LATO SENSU ?

L'ensemble des systèmes juridiques rapportés – à l'exception notable de la Chine et du Japon – accorde à la qualité d'agent public un sens pénal propre, distinct de celui conféré à ladite qualité par le Droit administratif et apte à transcender les définitions retenues par les Droits professionnels, en particulier à propos des professions libérales.

Il en résulte une appréhension fort large de la qualité d'agent public, tout en observant à la lecture des différents rapports que *la mise en œuvre judiciaire de la qualité d'agent public entendue lato sensu, même en empruntant*

¹³ Au sens du questionnaire auquel les rapporteurs ont répondu, la corruption reçoit sa qualification (publique nationale, publique étrangère, publique internationale, privée nationale ou privée étrangère) à raison de la qualité possédée par l'agent corrompu (respectivement agent public national, agent public étranger, agent public international, agent privé national ou agent privé étranger).

différentes techniques légales de définition, aboutit à des résultats juridiques, si ce n'est totalement homogènes, au moins fort proches.

Les techniques légales de définition – parfois combinées – varient d'une définition explicitement fonctionnelle, énumérative voire, à titre complémentaire, identificatrice. Elles participent toutes d'une définition ouverte de la qualité d'agent public.

Définition explicitement fonctionnelle à l'exemple de la législation belge selon laquelle la qualité de corrompu est susceptible d'être attribuée à « toute personne exerçant une fonction publique », définition brève mais particulièrement efficace en ce qu'elle insiste sur la prévalence du critère fonctionnel sur le critère statutaire et autorise à conférer la qualité d'agent public à tous ceux qui concourent à la réalisation d'une mission de service public. Le Droit espagnol retient une définition quasiment identique puisque l'agent public est entendu comme toute personne participant à l'exercice de fonctions publiques¹⁴. Une définition fonctionnelle de même nature se retrouve en Droit français qui associe la référence aux « personnes exerçant une fonction publique » (intitulé du § contenant le texte d'incrimination) à une définition énumérative (figurant au sein même du texte d'incrimination) en faisant état de la personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public. Le Droit monégasque définit lui-aussi expressément l'agent public comme la personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public¹⁵. En n'opérant aucune différenciation, les Droits belge, espagnol, français et monégasque aboutissent tous quatre à reconnaître implicitement la qualité d'agent public à l'agent exerçant une fonction publique temporaire ou permanente, professionnelle ou bénévole. Cette dernière solution juridique est affirmée explicitement par le Droit brésilien qui accorde la qualité d'agent public à l'agent qui occupe un poste, un emploi ou une fonction publique « bien que de forme transitoire ou sans rémunération »¹⁶. Le Droit allemand définit la qualité d'agent public par référence à la qualité d'officier, d'employé public, de juge ou de procureur, de parlementaire ou d'élu local – dans l'accomplissement d'une mission de service public – ainsi qu'à la qualité de maire ou de ministre. Le Droit allemand, outre les agents tenus d'une

¹⁴ Cf. art. 24 C. pén. espagnol.

¹⁵ Cf. art. 113 C. pén. monégasque.

¹⁶ Cf. art. 328 C. pén. brésilien.

obligation générale de service public, étend la qualité d'agent public aux agents tenus d'une obligation spéciale de service public qui, sans appartenir à la hiérarchie administrative, exerce leur mission sous la tutelle de l'autorité publique, dernière solution également consacrée par le Droit espagnol. A l'instar des Droits belge, brésilien, espagnol, français et monégasque, le Droit allemand autorise à reconnaître la qualité d'agent public, en dépit de l'appartenance à une profession libérale, dès lors qu'est démontrée la participation à une mission de service public. Le Droit italien, quant à lui, semble se limiter à faire état de l'officier ministériel ainsi qu'à une catégorie juridique, apparemment ouverte, constituée par l'agent chargé d'un service public¹⁷. Le Droit tunisien procède par réputation et assimilation pour conférer à la qualité d'agent public une portée pleinement autonome, tout en faisant expressément référence à toute personne participant à la gestion d'un service public¹⁸.

Il est à noter que les Droits allemand, belge, brésilien et français contiennent des dispositions spécifiques à destination des candidats à une fonction publique. Les Droits belge et brésilien assimilent le candidat à une fonction publique à un agent public¹⁹ tandis que les Droits allemand et français réservent une incrimination spéciale à la corruption électorale²⁰.

Systèmes juridiques dotés d'une définition hétéronome de la qualité d'agent public (système de premier degré)	Systèmes juridiques dotés d'une définition autonome de la qualité d'agent public (système de second degré)
Droit chinois, Droit japonais	Droit allemand, Droit belge, Droit brésilien, Droit espagnol, Droit français, Droit italien, Droit monégasque, Droit tunisien

Certains systèmes juridiques rapportés témoignent de ce que *l'autonomisation de la qualité d'agent public trouve sa source dans la jurisprudence avant d'être consacrée par les législateurs nationaux (Droit belge, Droit français notamment)*. A cet égard, l'autonomisation des

¹⁷ Cf. art. 357 et 358 C. pén. italien.

¹⁸ Cf. art. 82 C. pén. tunisien.

¹⁹ Respectivement, art. 246, §3 C. pén. belge et art. 317 C. pén. brésilien.

²⁰ Respectivement, section 108 et s. C. pén. allemand et art. L. 106 C. élec. français

systèmes juridiques d'incrimination de la corruption se présente comme un phénomène inéluctable puisque exigée par l'ensemble des conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption.

La comparaison des systèmes d'incrimination se révèle délicate à raison de la généralité des termes employés par les différents systèmes juridiques, généralité qui autorise à conclure le plus souvent à des solutions d'incrimination implicites et, beaucoup plus rarement, explicites. De la sorte, le recours aux travaux parlementaires permet certes d'éclairer les termes de la loi mais seules les décisions jurisprudentielles autorisent à conclure à la reconnaissance certaine de la qualité d'agent public. Ainsi, l'autonomie conférée à la qualité d'agent paraît toujours permettre à cette dernière de gagner en portée ce qu'elle perd en précision. Aucun système autonomiste ne paraît échapper à cette remarque inévitable en présence d'une catégorie juridique ouverte. Le tableau ci-après est destiné à mesurer la convergence des systèmes d'incrimination par grandes catégories d'agent public en exposant les précisions apportées par les travaux préparatoires, le caractère explicite ou implicite de la solution légale ainsi que la reconnaissance jurisprudentielle de la qualité d'agent public à la catégorie considérée.

Convergence des systèmes dotés d'une définition autonome de la qualité d'agent public							
		Droit allemand	Droit belge	Droit espagnol	Droit français	Droit monégasque	Droit tunisien
Ministre	Travaux prép.					*21	
	Loi	Sol. imp.	Sol. imp.	Sol. imp.	Sol. imp.		Sol. imp.
	Jurisprudence	*22			*23		
Militaire	Travaux prép.				•		
	Loi	Sol. exp.	Sol. imp.	Sol. imp.	Sol. imp.		Sol. imp.
	Jurisprudence				*24		
Policier	Travaux prép.				•	*25	
	Loi	Sol. imp.	Sol. exp.	Sol. imp.	Sol. imp.		Sol. Imp
	Jurisprudence				*26		

²¹ Cf. *Projet de loi portant réforme des Codes pénal et de procédure pénale en matière de corruption et de techniques spéciales d'enquête, Exposé des motifs, p. 10.*

²² Cf. *Cour fédérale de justice, 11 mai 2005 (3 StR 398/05, NSStZ 2006, 628).*

²³ Cf. *Cass. crim., 24 fév. 1893: DP 1893, 1, 393.*

²⁴ Cf. *CA Paris 12 juin 1984: JurisData n° 1984-025903.*

²⁵ Cf. *Projet de loi portant réforme des Codes pénal et de procédure pénale en matière de corruption et de techniques spéciales d'enquête, Exposé des motifs, p. 10.*

²⁶ Cf. *Cass. crim. 14 déc. 1999, n° 99-82.02 – 18 avr. 2000, n° 99-84.124.*

Magistrat	Travaux prép.		*		*	*27	
	Loi	Sol. exp.	Sol. exp.	Sol. exp.	Sol. exp.		Sol. exp.
	Jurisprudence		*28		*29		
Personnel pénitentiaire	Travaux prép.						
	Loi	Sol. imp.	Sol. imp.		Sol. imp.		
	Jurisprudence		*30		*31		
Maire / Bourgmestre	Travaux prép.				*	*32	
	Loi	Sol. exp.	Sol. imp.	Sol. imp.	Sol. imp.		Sol. imp.
	Jurisprudence		*33		*34		
Parlementaire	Travaux prép.				*	*35	Non renseigné
	Loi	Sol. exp.	Sol. imp.	Sol. exp.	Sol. imp.		
	Jurisprudence				*36		

2.1.2. DEGRÉS D'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION PUBLIQUE ÉTRANGÈRE ET INTERNATIONALE : DE LA DIFFICULTÉ DE DÉTERMINER LA NORME DE DÉFINITION DE LA QUALITÉ D'AGENT PUBLIC ÉTRANGER OU INTERNATIONAL.

Les rapporteurs ont été invités à fournir le sens et la portée conférés à la notion d'agent public étranger et international par le Droit positif de l'Etat concerné. Hormis les différences d'incrimination très notables d'un système juridique à l'autre, les systèmes allemand et belge retiendront en particulier

²⁷ Cf. *Projet de loi portant réforme des Codes pénal et de procédure pénale en matière de corruption et de techniques spéciales d'enquête, Exposé des motifs*, p. 10.

²⁸ Cf. *Corr. Eupen*, 30 mai 2005, inédit.

²⁹ Cf. *Cass. crim.*, 28 janv. 1897: DP 1897.1.240 – 16 nov. 199: *Bull. crim.* n° 258; D. 2001, somm. 2353, obs. M. Segonds – *Cass. crim.*, 11 fév. 2004: *Bull. crim.* n° 39.

³⁰ Cf. *Corr. Bruxelles*, 21 mars 2005, inédit.

³¹ Cf. *Cass. crim.*, 25 avr. 2007, n° 06-87.851.

³² Cf. *Projet de loi portant réforme des Codes pénal et de procédure pénale en matière de corruption et de techniques spéciales d'enquête, Exposé des motifs*, p. 10.

³³ Cf. *Corr. Louvain*, 25 juin 2007, inédit.

³⁴ Cf. *Cass. crim.*, 20 mai 2009, n° 08-86.385 - 16 juin 2010, n° 09-86280.

³⁵ Cf. *Projet de loi portant réforme des Codes pénal et de procédure pénale en matière de corruption et de techniques spéciales d'enquête, Exposé des motifs*, p. 10.

³⁶ Cf. *Cass. crim.*, 19 mars 2003; *Bull. crim.* n° 158; D. 2004, somm., p. 2458, obs. M. Segonds.

l'attention, à titre d'illustrations, révélateurs qu'ils sont de la difficulté d'appréhender la qualité d'agent public étranger et international.

La complexité du système allemand est liée à la transposition de la Convention OCDE et à la transposition de la Convention de Bruxelles (V^e Tableau ci-après). Cette complexité a été soulignée par le rapport d'évaluation de l'Allemagne réalisé sous l'égide du GRECO³⁷.

Ainsi, afin d'apprécier la qualité d'agent public d'un autre Etat membre de l'Union européenne, il convient de se référer au droit de l'Etat membre considéré... mais à la condition que la position de l'agent considéré soit comparable à la position de l'agent public national.

En revanche, la qualité d'agent public d'un Etat situé hors de l'Union européenne doit être interprétée de façon autonome, sur la base de la Convention OCDE. En ce sens, la Cour fédérale de justice a énoncé que le concept d'"agent public" « ne doit pas être interprété en vertu du système juridique national respectif en vigueur, mais d'une manière autonome sur la base de la Convention [OCDE] »³⁸.

Droit allemand				
Appartenance de l'agent public	Etat de l'Union européenne (Convention de Bruxelles)	Institution européenne (Convention de Bruxelles)	Hors Union européenne (Convention OCDE)	Institutions internationales (Convention OCDE)
Corruption active	Incriminée	Incriminée (Communauté Commission Cour des comptes)	Incriminée (Transactions commerciales internationales)	Incriminée (Cour internationale) (Transactions commerciales internationales)
Corruption passive	Incriminée	Incriminée	Impunité	Impunité

D'une complexité moindre que le système allemand (V^o Tableau ci-après), le système belge invite cependant à opérer de nombreuses distinctions afin de déterminer la norme concourant à la définition de la qualité d'agent public étranger. Ainsi, la qualité d'agent public d'un Etat étranger non membre de l'Union européenne doit s'apprécier conformément au droit de l'Etat dans lequel la personne exerce cette fonction. Cependant, la qualité d'agent public d'un Etat membre de l'Union européenne s'apprécie, elle, au regard du Droit belge.

³⁷ Rapport d'évaluation de l'Allemagne, 4 déc. 2009, p. 15.

³⁸ Cf. Cour fédérale de justice, 29 août 2009, 2 StR 587/07.

Pareille différence d'appréciation de la qualité d'agent public étranger n'est pas le fruit de choix nationaux malheureux mais davantage le résultat bien regrettable des différences d'approche qui animent les instruments internationaux destinés à renforcer la lutte contre la corruption.

Droit belge		
Appartenance de l'agent public	Etat étranger	Institutions internationales
Corruption active	Incriminée	Incriminée (Organisation de droit international public)
Corruption passive	Incriminée	Incriminée (Organisation internationale publique)

Le tableau ci-après sera l'occasion pour le lecteur de constater la différence persistante des degrés d'incrimination de la corruption publique internationale.

Droit brésilien		
Appartenance de l'agent public	Etat étranger	Institutions internationales
Corruption active	Incriminée (Transactions commerciales internationales)	Incriminée (Organisation publique internationale)
Corruption passive	Impunité	Impunité
Droit chinois		
Appartenance de l'agent public	Etat étranger	Institutions internationales
Corruption active	Incriminée	Incriminée
Corruption passive	Incriminée	Incriminée
Droit français		
Appartenance de l'agent public	Etat étranger	Institutions internationales
Corruption active	Incriminée	Incriminée (Organisation internationale publique)
Corruption passive	Incriminée	Incriminée (Organisation internationale publique)
Droit espagnol		
Appartenance de l'agent public	Etat étranger	Institutions internationales
Corruption active	Incriminée (Transactions commerciales internationales)	Incriminée (Transactions commerciales internationales)
Corruption passive	Impunité	Impunité

Droit italien		
Appartenance de l'agent public	Etat étranger	Institutions internationales
Corruption active	Incriminée (Transactions commerciales internationales)	Incriminée (Transactions commerciales internationales)
Corruption passive	Impunité	Impunité
Droit japonais		
Appartenance de l'agent public	Etat étranger	Institutions internationales
Corruption active	Incriminée (Transactions commerciales internationales)	Incriminée (Transactions commerciales internationales)
Corruption passive	Impunité	Impunité
Droit monégasque		
Appartenance de l'agent public	Etat étranger	Institutions internationales
Corruption active	Incriminée	Incriminée (Organisation internationale publique)
Corruption passive	Incriminée	Incriminée (Organisation internationale publique)
Droit tunisien		
Appartenance de l'agent public	Etat étranger	Institutions internationales
Corruption active	Impunité	Impunité
Corruption passive	Impunité	Impunité

Remarque : à ce jour, la jurisprudence des systèmes rapportés n'offre guère d'illustrations concrètes – hormis l'Allemagne qui compte sept condamnations et le Japon qui en compte deux – de la qualité d'agent public étranger ou international et ne permet donc point de mesurer l'identité de mise en œuvre judiciaire de ladite qualité. C'est là une lacune fortement regrettable dont souffre l'ensemble des systèmes juridiques observés.

2.1.3. DEGRÉS D'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION PRIVÉE NATIONALE ET ÉTRANGÈRE.

Les rapporteurs ont été invités à fournir le sens et la portée conférés à la notion d'agent privé national et étranger par le Droit positif de l'Etat concerné.

	Corruption privée nationale	Corruption privée étrangère
Droit allemand	Incrimination générale	Incrimination générale ³⁹
Droit belge	Incrimination générale	Incrimination générale
Droit brésilien	Non incriminée	Non incriminée
Droit chinois	Incrimination générale	Incrimination générale
Droit français	Incrimination générale	Incrimination générale ⁴⁰
Droit espagnol	Incrimination générale	Incrimination générale
Droit italien	Incrimination spéciale	Non incriminée
Droit japonais	Incrimination générale	Non incriminée
Droit monégasque	Incrimination générale	Incrimination générale
Droit tunisien	Non incriminée	Non incriminée

Remarque : le Brésil, l'Italie et la Tunisie sont signataires de la Convention de Mérida (ONU). Cette dernière invite seulement les Etats parties à envisager de conférer le caractère d'infraction pénale aux faits de corruption commis « dans le cadre d'activités économiques, financières ou commerciales » (Art. 21). A noter que l'Italie est également signataire de la Convention de Strasbourg et relève de la Décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

Afin de dresser un tableau général de l'état d'incrimination de la corruption privée, la qualité d'agent privé peut être appréhendée au travers de la possession de qualité de salarié, de l'exercice d'une fonction de direction au sein d'une entité, de la qualité de travailleur indépendant (agent commercial, avocat) et de bénévole. Cependant, avant de procéder à cette vérification, il est nécessaire de signaler la particularité du Droit italien telle qu'elle a été décrite par le GRECO : la corruption privée n'est incriminée qu'à l'article 2635 du Code civil et n'intéresse que les administrateurs, les directeurs généraux, les directeurs chargés de l'établissement du bilan, les commissaires aux comptes et les syndicats. A cela s'ajoutent les articles 170 à 172 du décret royal n° 1265/1934 (relatif aux médecins).

³⁹ Cf. *Cour fédérale de justice, BGH, 29 août 2008, 2 StR 587/07, (50)*.

⁴⁰ Cf. *Cass. crim., 1er mars 2000: Bull. crim. n° 101*.

Notion d'agent privé	Salarié	Fonction de direction (entité commerciale)	Fonction de direction (entité à but non lucratif)	Travailleur indépendant	Bénévolat
Droit allemand « employé ou agent d'une entreprise commerciale » transaction commerciale	Incriminé	Incriminé	Non incriminé	Incriminé	Non incriminé
Droit belge « administrateur ou gérant d'une personne morale, mandataire ou préposé d'une personne morale ou physique »	Incriminé	Incriminé	Incriminé	Incriminé	Incriminé
Droit chinois « personne d'une société ou d'une entreprise ou d'une autre unité »	Non renseigné	Non renseigné	Non renseigné	Non renseigné	Non renseigné
Droit espagnol « dirigeants, administrateurs, employés ou collaborateurs d'une entreprise, d'une association, fondation ou organisation »	Incriminé	Incriminé	Incriminé	Non renseigné	Incriminé
Droit français Personne exerçant « dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale ou pour un organisme quelconque »	Incriminé	Incriminé	Incriminé	Incriminé	Incriminé
Droit japonais ⁴¹	Incriminé	Incriminé	Non incriminé	Non incriminé	Non incriminé
Droit monégasque Personne exerçant « exerce dans le cadre d'une activité commerciale, une fonction de direction ou un travail pour une entité du secteur privé »	Incriminée	Incriminée	Non incriminée	Incriminée	Non incriminé

N.B. : la corruption privée en Droit allemand figure au sein du Code pénal (art. 299 et s.) parmi les « infractions de concurrence ». De la sorte, elle n'intéresse que les infractions commises dans le cadre d'une activité commerciale, terme désignant « toutes les mesures ayant un objectif commercial, à savoir toute activité à vocation économique impliquant une

⁴¹ Les Droits japonais et français consacrent des dispositions spécifiques à la corruption d'actionnaire.

mise en concurrence »⁴². Ce faisant, le Droit allemand, tout comme le Droit monégasque, se situe nettement en retrait des Droits belge, espagnol et français qui autorisent à atteindre la corruption susceptible de sévir au sein d'entités non seulement à but lucratif mais également à but non lucratif.

Il est à souligner que les Etats de l'Union européenne relèvent désormais des dispositions spécifiques édictées au moyen de la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privée.

La transposition de ladite Décision-cadre n'est cependant pas de nature à réduire obligatoirement la différence de degré d'incrimination de la corruption privée constatée entre l'Allemagne, d'une part, la Belgique, l'Espagne et la France, d'autre part, puisqu'il est loisible aux Etats de l'Union européenne de déclarer qu'ils limiteront le champ d'application des délits de corruption active et passive dans le secteur privé « aux actes qui impliquent, ou pourraient impliquer, une distorsion de concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux » (Art. 2.2.).

En revanche, la même Décision-cadre implique une évolution du Droit italien et, en conséquence, de créer une incrimination générale – et non point seulement spéciale – relative à la corruption active et passive dans le secteur privé.

3. DEGRÉS D'INCRIMINATION DU FAIT DE CORROMPRE.

Trois degrés d'incrimination du fait de corrompre sont concevables : au premier degré, le fait de proposer un avantage indu (3.1.), au deuxième degré, le fait de céder à la sollicitation d'un avantage indu (3.2.) et, au troisième degré, le fait d'octroyer un avantage indu (3.3). Par conséquent, les rapporteurs ont été invités à vérifier si le Droit positif concerné autorise à prendre en considération ces trois degrés de corruption active.

⁴² Cf. GRECO, *Rapport d'évaluation*, 4 déc. 2009, p. 18.

3.1. INCRIMINATION DU FAIT DE PROPOSER UN AVANTAGE INDU⁴³.

	Fait de proposer un avantage indu
Droit allemand	Fait d'offrir
Droit belge	Fait de proposer
Droit brésilien	Fait d'offrir
Droit chinois	Tenter de donner
Droit espagnol	Fait d'offrir
Droit français	Fait de proposer
Droit italien	Fait d'offrir
Droit monégasque	Fait de proposer
Droit japonais	Fait de proposer
Droit tunisien	Tenter de corrompre

3.2. INCRIMINATION DU FAIT DE CÉDER À LA SOLLICITATION D'UN AVANTAGE INDU⁴⁴.

	Fait de céder un avantage indu
Droit allemand	Fait d'accorder
Droit belge	Implicitelement incriminé
Droit brésilien	Implicitelement incriminé
Droit chinois	Non renseigné
Droit espagnol	Implicitelement incriminé
Droit français	Fait de céder
Droit italien	Implicitelement incriminé
Droit japonais	Fait de proposer
Droit monégasque	Fait d'accorder
Droit tunisien	Corrompre

⁴³ Théoriquement, le fait de proposer un avantage indu est le fait de l'agent corrupteur et constitue, à ce titre, un fait de corruption active.

⁴⁴ Théoriquement, le fait de céder à la sollicitation d'un avantage indu est le fait de l'agent corrupteur et constitue, à ce titre, un fait de corruption active.

3.3. INCRIMINATION DU FAIT D'OCTROYER UN AVANTAGE INDU⁴⁵.

	Fait d'octroyer un avantage indu
Droit allemand	Implicitement incriminé
Droit belge	Fait d'octroyer ⁴⁶
Droit brésilien	Implicitement incriminé Fait de donner (hypothèse de corruption publique étrangère)
Droit chinois	Fait de donner
Droit espagnol	Fait d'octroyer
Droit français	Implicitement incriminé – admission jurisprudentielle
Droit italien	Implicitement incriminé
Droit japonais	Fait de proposer
Droit monégasque	Fait d'octroyer
Droit tunisien	Corrompre

Tous les systèmes juridiques, à l'exception du Droit monégasque, semblent souffrir d'un défaut rédactionnel identique, l'un des trois degrés d'incrimination de la corruption active étant trop fréquemment implicitement incriminé, la jurisprudence doit alors préciser (à l'exemple du Droit français) ce que le législateur n'a pas été capable d'édicter expressément. C'est une lacune que les différents systèmes juridiques peuvent aisément corriger à la faveur de la transposition des différents instruments internationaux (à l'exemple du Droit belge).

4. DEGRÉS D'INCRIMINATION DU FAIT D'ÊTRE CORROMPU.

Trois degrés d'incrimination du fait d'être corrompu sont concevables : au premier degré, le fait de solliciter un avantage indu (4.1.), au deuxième degré, le fait d'agréer la proposition d'un avantage indu (4.2.) et, au troisième degré, le fait de recevoir un avantage indu (4.3).

⁴⁵ Théoriquement, le fait d'octroyer un avantage indu est le fait de l'agent corrupteur et constituée, à ce titre, un fait de corruption active.

⁴⁶ Résulte de l'interprétation donnée par l'article 3 de la loi du 11 mai 2007 à propos de l'article 246 § 2 du code pénal belge.

4.1. INCRIMINATION DU FAIT DE SOLLICITER UN AVANTAGE INDU⁴⁷.

	Fait de solliciter un avantage indu
Droit allemand	Fait de demander
Droit belge	Fait de solliciter
Droit brésilien	Fait de solliciter
Droit chinois	Fait de demander
Droit espagnol	Fait de solliciter
Droit français	Fait de solliciter
Droit italien	Fait de solliciter
Droit japonais	Fait de solliciter
Droit monégasque	Fait de solliciter
Droit tunisien	Fait de provoquer la corruption

4.2. INCRIMINATION DU FAIT D'AGRÉER LA PROPOSITION D'UN AVANTAGE INDU⁴⁸.

	Fait d'agréer un avantage indu
Droit allemand	Fait d'accepter
Droit belge	Fait d'accepter
Droit brésilien	Fait d'accepter
Droit chinois	Fait d'accepter
Droit espagnol	Implicitement incriminé
Droit français	Fait d'agréer
Droit italien	Implicitement incriminé
Droit japonais	Fait d'agréer
Droit monégasque	Fait d'accepter
Droit tunisien	Fait d'agréer

4.3. INCRIMINATION DU FAIT DE RECEVOIR UN AVANTAGE INDU.

	Fait de recevoir un avantage indu
Droit allemand	Implicitement incriminé
Droit belge	Implicitement incriminé
Droit brésilien	Fait de recevoir
Droit chinois	Implicitement incriminé
Droit espagnol	Fait de recevoir
Droit français	Fait d'agréer... un don
Droit italien	Fait de recevoir
Droit japonais	Fait de recevoir
Droit monégasque	Fait de recevoir
Droit tunisien	Fait d'agréer... un don

⁴⁷ Théoriquement, le fait de solliciter un avantage indu est le fait de l'agent corrompu et constitue, à ce titre, un fait de corruption passive.

⁴⁸ Théoriquement, le fait de recevoir un avantage indu est le fait de l'agent corrompu et constitue, à ce titre, un fait de corruption passive.

Ici encore, il est aisé de constater que l'incrimination des différents degrés de la corruption passive souffre de référence implicite. *Une fois encore, il faut constater que les progrès enregistrés en ce domaine sont liés à la transposition des Conventions internationales, notamment à l'exemple du Droit monégasque.*

5. DEGRÉS D'INCRIMINATION DES MODES OPÉRATOIRES DU FAIT DE CORROMPRE ET DU FAIT D'ÊTRE CORROMPU : CORRUPTION DIRECTE ET INDIRECTE ?

De lege ferenda, le fait de corrompre ou le fait d'être corrompu peuvent, en effet, être perpétrés directement ou indirectement (autrement dit, par l'intermédiaire d'une tierce personne – physique ou morale –). En conséquence, les rapporteurs ont été invités à vérifier si le Droit positif autorisait à prendre en considération la corruption directe et la corruption indirecte.

Des systèmes juridiques rapportés, il résulte que la théorie de la complicité ou le délit de recel permet d'appréhender le tiers intermédiaire, l'intermédiation étant fréquemment évoquée par le texte d'incrimination lui-même (Droits belge, français ou encore espagnol) ou relevée par la jurisprudence⁴⁹. Les rapporteurs n'ont pas fait état de difficultés majeures en ce domaine. Apparemment, seul le Droit chinois se distingue, sous réserve de meilleure analyse, par l'absence d'incrimination de la corruption privée indirecte.

6. DEGRÉS D'INCRIMINATION SELON L'ANTÉRIORITÉ OU LA POSTÉRIORITÉ DES FAITS DE CORRUPTION À L'ÉGARD DE L'ACTE DE LA FONCTION.

Le fait de corrompre – fait de proposer un avantage indu, fait de céder à une sollicitation d'un avantage indu, fait d'octroyer un avantage indu – et le fait d'être corrompu – fait de solliciter un avantage indu, fait d'agréer un avantage indu, fait de recevoir un avantage indu – peuvent se situer antérieurement ou postérieurement à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un acte de la fonction.

Par conséquent, les rapporteurs ont été invités à vérifier si le Droit positif autorise à prendre en considération les faits de corruption antérieurs à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un acte de la fonction et

⁴⁹ A titre d'illustration, selon la Cour fédérale de justice allemande « l'octroi d'un avantage n'exige pas que l'auteur des faits contacte directement l'agent public; il peut le faire par le biais d'un intermédiaire ». Cf. GRECO, *Rapport d'évaluation sur l'Allemagne*, 4 déc. 2009, p. 8.

les faits de corruption postérieurs à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un acte de la fonction. A cette fin, seront envisagées dans le tableau ci-après la corruption préalable, d'une part, et la corruption successive (subséquente), d'autre part.

	Corruption préalable	Corruption successive
Droit allemand	Incriminée	Non renseigné
Droit belge	Incriminée	Non incriminée
Droit brésilien	Incriminée	Non incriminée
Droit chinois	Incriminée	Non renseigné
Droit espagnol	Incriminée	Incriminée
Droit français	Incriminée	Incriminée
Droit italien	Incriminée	Incriminée (hypothèse de la corruption propre)
Droit japonais	Incriminée	Incriminée
Droit monégasque	Incriminée	Incriminée
Droit tunisien	Incriminée	Non renseigné

Les systèmes juridiques rapportés adoptent des solutions très différentes à propos de la corruption successive ou subséquente. L'on observera que les juridictions nationales ont adopté des positions parfois diamétralement opposées, la jurisprudence française se refusant à l'admettre et contraignant le législateur à intervenir (L. 17 mai 2011), la jurisprudence tunisienne, à l'inverse, la consacrant⁵⁰.

7. DEGRÉS D'INCRIMINATION DE L'AVANTAGE INDU.

La mesure des degrés d'incrimination de l'avantage indu a impliqué d'analyser, d'une part, la nature de l'avantage indu (7.1.) et, d'autre part, le bénéficiaire de l'avantage indu (7.2.) pris en considération par le Droit positif.

7.1. MESURE DU DEGRÉ D'INCRIMINATION DE L'AVANTAGE INDU PAR L'ANALYSE DE LA NATURE DE L'AVANTAGE INDU : MATÉRIALISATION OU DÉMATÉRIALISATION DE L'AVANTAGE INDU ?

L'avantage indu peut varier dans sa nature selon que ce dernier peut faire ou non l'objet d'une évaluation pécuniaire. A cette fin, les rapporteurs ont été invités à vérifier si le Droit positif autorisait à prendre en considération, outre les avantages patrimoniaux, les avantages extrapatrimoniaux. Le tableau ci-après permet de constater que la conception dématérialisée l'emporte très majoritairement en Droit positif.

⁵⁰ Cf. Cass., arrêt pénal n° 15973 du 22 janvier 2002.

En effet, l'ensemble des systèmes juridiques rapportés – à l'exclusion de la Chine – admet en principe la dématérialisation de l'avantage indu, parfois de façon récente pour certains d'entre eux comme la France (en matière de corruption privée, uniquement à compter de la loi du 4 juillet 2005) et l'Espagne (2010) (V° Tableau ci-après).

	Corruption de nature patrimoniale	Corruption de nature extrapatrimoniale
Droit allemand : « avantage ».	Incriminée	Incriminée
Droit belge : « offre, promesse ou un avantage de toute nature ».	Incriminée	Incriminée
Droit brésilien : « avantage »	Incriminée	Incriminée
Droit chinois : « argent » ou « bien »	Incriminée	Non incriminée
Droit espagnol : « don, faveur, récompense de toute nature »	Incriminée	Incriminée
Droit français : « offres, promesses, dons, présents, ou avantages quelconques »	Incriminée	Incriminée
Droit italien : « argent ou autre profit »	Incriminée	Incriminée
Droit japonais : « objet matériel ou immatériel » ⁵¹	Incriminée	Incriminée
Droit monégasque : « avantage indu »	Incriminée	Incriminée
Droit tunisien : « dons, promesses, présents ou des avantages de quelque nature que ce soit ».	Incriminée	Incriminée

7.1.1. DEGRÉS D'INCRIMINATION DES AVANTAGES PATRIMONIAUX.

La mesure des degrés d'incrimination des avantages patrimoniaux a impliqué de vérifier si les avantages patrimoniaux sont définis par le Droit positif (7.1.1.1.) et/ou si les avantages patrimoniaux font l'objet d'une énumération limitative (7.1.1.2.) ou non limitative (7.1.1.3). Les rapporteurs ont été également invités à faire état des permissions légales, jurisprudentielles ou coutumières éventuellement existantes (7.1.1.4.).

⁵¹ Solution jurisprudentielle: *Cour suprême*, 24 avr. 1975.

7.1.1.1. EXISTENCE EN DROIT POSITIF D'UNE DÉFINITION DES AVANTAGES PATRIMONIAUX : L'EXCEPTION ALLEMANDE.

A l'exception du Droit allemand, aucun des systèmes juridiques rapportés ne fournit de définition de la notion d'avantages patrimoniaux. La définition allemande est une définition jurisprudentielle fournie par la Cour fédérale de justice selon laquelle « un avantage [...] doit être compris comme tout bénéfice auquel l'agent public n'a pas droit et qui améliore objectivement sa situation économique, légale ou même personnelle [...], une amélioration immatérielle de la situation étant suffisante »⁵². Cette définition est à rapprocher de celle retenue par le Rapport explicatif lié à la Convention pénale sur la corruption en son §37 selon lequel « l'important, c'est que le corrupteur voit sa position s'améliorer par rapport à celle qu'il connaissait avant l'infraction ; et ce qui importe également, c'est qu'il s'agisse d'une amélioration qui ne lui était pas due ». L'exemple allemand démontre qu'une définition de l'avantage indu peut parfaitement être proposée et, ainsi, permettre de pallier le déficit de légalité dont souffre l'ensemble des textes d'incriminations rapportés en ce domaine.

L'analyse des différents rapports autorise également à considérer, sous réserve de meilleure analyse, que tombe sous le coup de l'incrimination de la corruption tant l'avantage qui augmente l'actif patrimonial de l'agent bénéficiaire et/ou qui réduit le passif patrimonial de l'agent bénéficiaire⁵³.

7.1.1.2. EXISTENCE EN DROIT POSITIF D'UNE ÉNUMÉRATION LIMITATIVE DES AVANTAGES PATRIMONIAUX.

De l'analyse des systèmes juridiques rapportés, il résulte également qu'aucun d'entre eux ne fournit une énumération limitative des avantages patrimoniaux.

7.1.1.3. EXISTENCE EN DROIT POSITIF D'UNE ÉNUMÉRATION NON-LIMITATIVE DES AVANTAGES PATRIMONIAUX.

De l'analyse des systèmes juridiques rapportés, il résulte que les définitions énumératives (Droits belge, chinois, espagnol, français, italien, japonais, monégasque et tunisien) sont toutes ouvertes.

⁵² Cf. *Cour fédérale de justice*, 23 mai 2002, BGH 1 StR 372/01, wistra 2002, 344-350. Solution à rapprocher de la solution jurisprudentielle japonaise selon laquelle tout objet corporel ou incorporel peut constituer un avantage indu dès lors qu'il présente l'intérêt de satisfaire son destinataire. Cf. *Grand Tribunal*, 19 déc. 1910.

⁵³ A l'exemple des jurisprudences allemande et française: *Cour fédérale de justice*, BGH 3 StR 503/00, NJW2001, 2558 – *Cass. crim.*, 20 mai 2009, n° 08-86.385.

A titre d'illustrations communes aux systèmes juridiques rapportés, l'on retiendra que l'avantage patrimonial peut notamment être associé à la remise d'espèces (Droits brésilien, espagnol, français⁵⁴) à un prêt d'argent (Droits allemand⁵⁵, brésilien, espagnol, français⁵⁶), à l'octroi d'un emploi ou la promesse d'un emploi (Droits allemand⁵⁷ et français⁵⁸), à de meilleures perspectives de carrière (Droits espagnol et français⁵⁹), l'octroi d'un voyage (Droits espagnol et français⁶⁰) ou encore d'une invitation (Droit allemand et Droit français⁶¹).

7.1.1.4. EXISTENCE DE PERMISSIONS LÉGALES, JURISPRUDENTIELLES OU COUTUMIÈRES.

Dans l'ensemble, les systèmes juridiques rapportés négligent les avantages de très faible importance liés notamment à des événements particuliers (fêtes de fin d'année, historiques, culturelles, étrennes) dès lors qu'ils ne présentent pas de caractère déterminant ou ne sont point liés à la fonction exercée par l'agent (V° Supra n° 9.). Cependant, les modalités juridiques de ces tolérances se révèlent très différentes selon les systèmes juridiques concernés, empruntant tantôt la voie de la permission pénale (7.1.1.4.1.), tantôt la voie de la permission extra-pénale (7.1.1.4.2.).

7.1.1.4.1. EXISTENCE D'UNE PERMISSION PÉNALE : LE SYSTÈME JURIDIQUE ALLEMAND GÉNÉRAL ET LE SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS CATÉGORIEL.

Le Code pénal allemand, dans l'hypothèse de l'octroi d'un avantage indu et de l'acceptation d'un avantage indu, assure l'agent de l'impunité si l'autorité publique compétente autorise préalablement l'acceptation ou si le corrupteur rapporte rapidement à cette autorité le fait de corruption et obtient de ladite

⁵⁴ Cf. Cass. crim., 18 juill. 1985: Bull. crim. n° 269.

⁵⁵ Cf. Cour fédérale de justice, 5 fév. 2005, BGH 5 StR 168/04.

⁵⁶ Cf. Cass. crim., 20 mai 2009, n° 08-86385.

⁵⁷ Cf. Cour fédérale de justice, jugement du 21 juin 2007 – 4 StR 66/85.

⁵⁸ Cf. Cass. crim., 20 janv. 1982: Bull. crim. n° 22.

⁵⁹ Cf. Cass. crim., 15 janv. 1986, n° 85-90.710.

⁶⁰ Cf. Cass. crim., 19 mai 2010, n° 09-83685.

⁶¹ Cf. CA Paris, 25 mars 2008: Juris-Data n° 1998-021008 – Cass. crim., 30 juin 2010, n° 09-83689.

autorité une autorisation⁶². Cette exception ne trouve pas à s'appliquer dans l'hypothèse où l'agent public sollicite l'avantage. Cette même exception est exclue en présence d'un juge ou d'un arbitre.

Le Droit pénal français offre l'exemple des dispositions les plus catégorielles et, partant, les plus dispersées et invite à s'interroger, non seulement, sur le manque de cohérence de la législation française mais, également, sur l'inégalité qu'elle recèle. Le Droit pénal français n'a jamais connu de permission légale pénale applicable à la corruption publique. En revanche, jusqu'à la loi du 4 juillet 2005, le délit de corruption de directeur ou de salarié⁶³ n'était constitué qu'à la condition que ledit directeur ou salarié ait sollicité ou accepté l'avantage litigieux « à l'insu et sans l'autorisation de son employeur », ce qui impliquait que l'avantage considéré ait eu un caractère occulte, ou en terme équivalent, un caractère secret⁶⁴. Cette condition, édictée afin de ne point condamner l'usage des pourboires, n'appartient plus au Droit positif, totalement ignorée qu'elle est désormais par les articles 445-1 et suivants du Code pénal. En revanche, on notera que cette condition appartient encore au Droit positif belge : conformément à l'article 37 § 1 de la Convention de Strasbourg, la Belgique a déclaré qu'elle maintenait le caractère occulte des délits de corruption privée.

De façon spécifique au Droit français, alors que les membres des professions médicales se voient interdire de recevoir des avantages en nature ou en espèces procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale⁶⁵, cette interdiction ne s'applique pas à l'hospitalité offerte lors de manifestations de promotion ou lors de manifestations à caractère exclusivement professionnel de santé et soumise pour avis au conseil départemental de l'ordre compétent. Trois conditions

⁶² A noter que le Droit pénal français ne contient qu'une disposition que l'on pourrait rapprocher de l'exemple allemand, en ce que le Code des douanes dispose en son article 59 2. – sans que cette disposition n'ait jamais reçu la moindre application jurisprudentielle – que « le coupable qui dénonce la corruption est absous des peines, amendes et confiscations ». On citera également l'article 93 du Code pénal tunisien selon lequel « Est absous le corrupteur ou l'intermédiaire qui, avant toute poursuite, révèle volontairement le fait de corruption et, en même temps, en rapporte la preuve ». *Adde art. 426 C. pén. Espagnol.*

⁶³ *Cf. anc. art. L. 152-6 C. trav.*

⁶⁴ *Cf. Cass. crim., 2 avr. 1974: Bull. crim. n° 139.*

⁶⁵ *Cf. art. L. 4113-6 al. 1^{er} C. santé publique.*

sont associées à cette forme d' « hospitalité » : elle doit, tout d'abord, être d'un niveau raisonnable (sic); ensuite, elle doit être limitée à l'objectif professionnel et scientifique principal de la manifestation; enfin, elle ne doit pas être étendue à des personnes autres que les professionnels directement concernés⁶⁶. De façon davantage spécifique encore, le Droit français réprime l'octroi, l'offre ou la promesse à des personnes habilitées à prescrire ou à délivrer des médicaments d'une prime, d'un avantage pécuniaire ou en nature pour promouvoir des médicaments... « à moins que ceux-ci ne soient de valeur négligeable »⁶⁷. La jurisprudence n'offre aucune illustration de la mise en œuvre de cette dernière disposition.

On soulignera, en outre, que le Droit pénal français a édicté des règles particulièrement sévères – mais nécessaires – à destination de certains professionnels tels les agents des douanes afin d'exclure purement et simplement l'acceptation ou la sollicitation de simples cadeaux. Ainsi l'article 59 1. du Code des douanes dispose qu'« il est interdit aux agents des douanes, sous les peines prévues par le code pénal contre les fonctionnaires publics qui se laissent corrompre, de recevoir directement ou indirectement quelque gratification, récompense ou présent ».

7.1.1.4.2. EXISTENCE D'UNE PERMISSION LÉGALE EXTRA-PÉNALE : LES SYSTÈMES JURIDIQUES BRÉSILIEN, ESPAGNOL, JAPONAIS ET MONÉGASQUE.

Le Code de conduite de la haute administration fédérale brésilien permet d'écarter la qualification d'avantage indu lorsque les avantages considérés « n'ont aucune valeur commerciale et sont distribués par une entité de toute nature en vertu de courtoisie, de publicité, de promotion ou lors d'événements réguliers ou des anniversaires historiques ou culturels » à la condition « qu'ils ne dépassent pas la valeur unitaire de [39 euros] ». De même, le Code pénal espagnol n'atteint pas « les cadeaux socialement acceptables ou de faible valeur », autrement dit, « les avantages conformes aux usages sociaux ou de politesse et ce, en vertu des normes administratives ». Le « geste de courtoisie » est pris en considération par la Cour suprême espagnole qui s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond. Également, le Droit japonais autorise la perception des avantages de très faible valeur (« pourboire ») et les remerciements de fins d'année.

⁶⁶ Cf. art. L. 4113-6 C. santé publique.

⁶⁷ Cf. art. L. 5422-9 C. santé publique.

Le Droit monégasque interdit à ses fonctionnaires de solliciter des cadeaux dans l'exercice ou l'occasion de l'exercice de leurs fonctions⁶⁸. Est également interdite l'acceptation de cadeaux susceptibles d'influer sur l'impartialité avec laquelle ils doivent s'acquitter de leur mission de service public ou susceptible de constituer une récompense ou une contrepartie de prestations accomplies dans le cadre de ladite mission⁶⁹. Par exception, à l'occasion d'évènements traditionnels telles que notamment les fêtes de fin d'année, les fonctionnaires peuvent, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, recevoir des cadeaux d'usage relevant de la courtoisie ou de l'hospitalité⁷⁰. Afin de tenir compte de l'hypothèse particulière du cadeau inacceptable mais ne pouvant être refusé pour des raisons de service, a été créée l'obligation pour le fonctionnaire concerné d'informer l'autorité hiérarchiquement supérieure dès réception du cadeau⁷¹. Une autre hypothèse est régie par le Droit monégasque : celle de cadeaux adressés à une pluralité de fonctionnaires qui doivent, alors, faire faire l'objet, à l'initiative des intéressés, d'un enregistrement dans un livre d'inventaire coté et prévu à cet effet⁷².

Au final, l'analyse des systèmes juridiques rapportés permet de constater la trop grande hétérogénéité des permissions légales, jurisprudentielles ou coutumières composant le Droit positif. Il est à noter que seul le Droit monégasque contient des dispositions suffisamment précises pour régler concrètement les difficultés liées à l'existence de cadeaux.

⁶⁸ Cf. Arrêté ministériel n. 2011-468 du 29/08/2011 portant application de l'ordonnance souveraine n° 3.413 du 29 août 2011 portant diverses mesures relatives à la relation entre l'Administration et l'administré, art. 3 alinéa 1^{er}.

⁶⁹ Cf. Arrêté ministériel n. 2011-468 du 29/08/2011 portant application de l'ordonnance souveraine n° 3.413 du 29 août 2011 portant diverses mesures relatives à la relation entre l'Administration et l'administré, art. 3 alinéa 2.

⁷⁰ Cf. Arrêté ministériel n. 2011-468 du 29/08/2011 portant application de l'ordonnance souveraine n° 3.413 du 29 août 2011 portant diverses mesures relatives à la relation entre l'Administration et l'administré, art. 3 alinéa 3.

⁷¹ Cf. Arrêté ministériel n. 2011-468 du 29/08/2011 portant application de l'ordonnance souveraine n° 3.413 du 29 août 2011 portant diverses mesures relatives à la relation entre l'Administration et l'administré, art. 4.

⁷² Cf. Arrêté ministériel n. 2011-468 du 29/08/2011 portant application de l'ordonnance souveraine n° 3.413 du 29 août 2011 portant diverses mesures relatives à la relation entre l'Administration et l'administré, art. 5.

7.1.2. DEGRÉS D'INCRIMINATION DES AVANTAGES EXTRAPATRIMONIAUX.

La mesure des degrés d'incrimination des avantages extrapatrimoniaux a impliqué de vérifier si les avantages extrapatrimoniaux étaient définis par le Droit positif et/ou si les avantages extrapatrimoniaux faisaient l'objet d'une énumération limitative ou non limitative.

A l'analyse, aucun des systèmes juridiques rapportés ne fournit une définition des avantages extrapatrimoniaux et encore moins une quelconque énumération de ces derniers. On retiendra cependant les indications fournies par la jurisprudence allemande selon laquelle « un avantage au sens [...] du Code pénal désigne non seulement les avantages économiques, mais également les avantages immatériels par nature si leur contenu est objectivement mesurable et placent l'agent public dans une meilleure position de quelque manière que ce soit »⁷³.

Comme illustrations communes aux systèmes juridiques rapportés, l'on retiendra que l'avantage extrapatrimonial peut notamment être associé à la promesse ou à l'établissement de rapports sexuels (Droits allemand⁷⁴, belge, brésilien, espagnol et français⁷⁵) ou à l'octroi d'un avantage honorifique sous la forme d'un titre ou d'une distinction (Droit belge, brésilien et français).

7.2. MESURE DU DEGRÉ D'INCRIMINATION DE L'AVANTAGE INDU PAR L'ANALYSE DU BÉNÉFICIAIRE DE L'AVANTAGE INDU : CORRUPTION POUR SOI-MÊME ET POUR AUTRUI ?

L'avantage indu peut être destiné à la satisfaction de la personne du corrompu ou à la satisfaction d'une tierce personne. A cette fin, les rapporteurs ont été invités à vérifier si le Droit positif n'autorise à prendre en considération que les avantages indus à destination de la personne du corrompu ou autorise à prendre également en considération les avantages indus à destination d'une tierce personne.

Il résulte de cette analyse que l'ensemble des systèmes juridiques rapportés incrimine non seulement la corruption pour soi-même mais, également, la corruption pour autrui, personne physique ou personne morale. Peu importe, par conséquent que l'agent corrompu soit ou non le destinataire exclusif de

⁷³ Cf. *Cour fédérale de justice*, 24 avr. 1985, StR 66/85.

⁷⁴ Cf. *Cour fédérale de justice*, 9 septembre 1988, StR 352/88.

⁷⁵ Cf. *T. enfants Sarreguemines*, 11 mai 1967: JCP 1968 II, note Sigalas.

la contrepartie corruptrice⁷⁶. Il faut en déduire que l'absence d'enrichissement personnel est indifférente aux qualifications de corruption active et passive.

8. DEGRÉS D'INCRIMINATION DE L'ACTE DE LA FONCTION.

La mesure des degrés d'incrimination de l'avantage indu implique d'analyser la prise en considération par le Droit positif de l'acte de la fonction *stricto sensu* (8.1.), de l'acte facilité par la fonction (8.2.) ou de l'abus d'influence (8.3.).

8.1. MESURE DU DEGRÉ D'INCRIMINATION DE L'ACTE DE LA FONCTION STRICTO SENSU.

L'acte de la fonction peut être appréhendé en tant qu'acte positif de la fonction et/ou en tant qu'acte négatif de la fonction. De la sorte, les rapporteurs ont été invités à vérifier si le Droit positif autorise à ne prendre en considération que l'accomplissement d'un acte de la fonction (8.1.1.) ou autorise également à prendre en considération le non-accomplissement d'un acte de la fonction (8.1.2.).

	Accomplissement d'un acte de la fonction	Non-accomplissement d'un acte de la fonction
Droit allemand	Incriminé	Incriminé
Droit belge	Incriminé	Incriminé
Droit brésilien	Incriminé	Incriminé
Droit chinois	Incriminé	Incriminé
Droit espagnol	Incriminé	Incriminé
Droit français	Incriminé	Incriminé
Droit italien	Incriminé	Incriminé
Droit japonais	Incriminé	Incriminé
Droit monégasque	Incriminé	Incriminé
Droit tunisien	Incriminé	Incriminé

Des (sous)distinctions subsistent tenant à la nature juste ou injuste de l'acte ou tenant à l'abstention pure et simple opposée au simple retard. Certaines législations les ont abandonnées et, notamment, la législation française. Elles doivent et peuvent l'être car de telles distinctions ne sont point reprises dans les conventions internationales.

⁷⁶ Solution nettement affirmée par les jurisprudences allemande et française, cf. *Cour fédérale de justice*, 11 mai 2006, 3 StR 389/05 - Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 02-82.676 et 07-82.110: Bull. crim. 2008, n° 44Cass. crim., 20 mai 2009: RPDP, 2009, p. 867.

8.2. MESURE DU DEGRÉ D'INCRIMINATION DE L'ACTE FACILITÉ PAR LA FONCTION : L'ACTE DE LA FONCTION LATO SENSU.

L'acte facilité par la fonction ne figure pas parmi les attributions fonctionnelles de l'agent corrompu ou susceptible de l'être, « mais il est rendu possible par elles, en raison du lien étroit unissant les attributions et l'acte »⁷⁷.

	Acte facilité par la fonction
Droit allemand	Incriminé
Droit belge	Acte facilité (corruption privée) A l'occasion de l'exercice de la fonction (corruption publique)
Droit brésilien	Non incriminé (solution jurisprudentielle)
Droit chinois	Incriminé (solution jurisprudentielle)
Droit espagnol	Incriminé (solution jurisprudentielle)
Droit français	Incriminé
Droit italien	Non incriminé (solution jurisprudentielle)
Droit japonais	Incriminé (solution jurisprudentielle)
Droit monégasque	Incriminé
Droit tunisien	Incriminé

Les systèmes juridiques rapportés illustrent le véritable problème d'interprétation – assimiler ou ne pas assimiler judiciairement la para-corruption à la corruption – lorsque l'acte facilité par la fonction ne fait pas l'objet d'une incrimination légale explicite. Faire le choix de ne pas incriminer expressément la para-corruption présente le risque de donner naissance à des solutions jurisprudentielles diamétralement opposées (V° Tableau ci-dessus).

8.3. MESURE DU DEGRÉ D'INCRIMINATION DE L'ABUS D'INFLUENCE.

Le trafic d'influence diffère nettement de la corruption et de la para-corruption en ce que l'avantage indu a pour contrepartie non point l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction ou d'un acte facilité par la fonction mais l'abus d'une influence réelle ou supposée afin d'obtenir une décision favorable d'une autorité tierce. La mesure des degrés d'incrimination du trafic d'influence implique de distinguer selon que l'auteur de l'abus possède la qualité d'agent public (8.3.1.) ou la qualité d'agent privé (8.3.2.).

⁷⁷ Cf. A. Vitu, *Droit pénal spécial: Cujas*, 1982, p. 293, n° 372.

8.3.1. DEGRÉS D'INCRIMINATION DU TRAFIC D'INFLUENCE COMMIS PAR UN AGENT PUBLIC.

La mesure des degrés d'incrimination du trafic d'influence commis par un agent public implique de vérifier si le Droit positif autorise à prendre en considération l'abus d'une influence réelle ou supposée⁷⁸ à destination d'une autorité publique et/ou à destination d'une autorité privée.

	Trafic d'influence commis par un agent public	
	A destination d'une autorité publique	A destination d'une autorité privée
Droit allemand	Non incriminé spécifiquement	Non incriminé spécifiquement
Droit belge	Incriminé	Non incriminé
Droit brésilien	Incriminé	Non incriminé
Droit chinois	Incriminé	Non incriminé
Droit espagnol	Incriminé	Non incriminé
Droit français	Incriminé	Non incriminée
Droit italien	Non incriminé	Non incriminé
Droit japonais	Incriminé	Non incriminé
Droit monégasque	Incriminé	Non incriminé
Droit tunisien	Incriminé	Non incriminé

⁷⁸ La jurisprudence espagnole semblait disposée à sanctionner l'abus d'influence supposée sous la qualification d'escroquerie. Cf. STS 8900/1992, 4 déc. 1992. Le Tribunal suprême semble désormais disposer à en faire une hypothèse de trafic d'influence. Cf. STS 24 mars 2006.

8.3.2. DEGRÉS D'INCRIMINATION DU TRAFIC D'INFLUENCE COMMIS PAR UN AGENT PRIVÉ.

	Trafic d'influence commis par un agent privé	
	A destination d'une autorité publique	A destination d'une autorité privée
Droit belge	Non incriminé (projet de loi)	Non incriminé
Droit brésilien	Incriminé	Non incriminé
Droit chinois	Incriminé (parent proche ou connaissance)	Non incriminé
Droit espagnol	Incriminée	Non Incriminée
Droit français	Incriminé	Non incriminé
Droit italien	Non incriminé	Non incriminé
Droit japonais	Incriminé	Non incriminé
Droit monégasque	Incriminé	Non incriminé
Droit tunisien	Incriminé	Non incriminé

S'agissant du trafic d'influence commis par un agent privé à destination d'une autorité privée, les systèmes rapportés pourraient inviter à conclure à l'universalité de l'impunité de ce type d'agissement. En réalité, il n'en est rien et de se reporter, pour s'en convaincre, à la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption dont l'article 4 (f) assimile à un fait de corruption le fait d'« influencer irrégulièrement la décision d'une personne exerçant des fonctions dans le secteur public ou dans le secteur privé ».

9. DEGRÉS D'INCRIMINATION DU LIEN DE CAUSALITÉ UNISSANT L'AVANTAGE INDU À L'ACTE DE LA FONCTION.

Les rapporteurs ont été invités à vérifier si l'avantage indu doit, selon le Droit positif, avoir été déterminant de l'accomplissement ou du non-accomplissement de l'acte de la fonction, ce caractère déterminant pouvant être apprécié à l'égard du corrupteur et à l'égard du corrompu.

	Lien de causalité	
	Corruption active	Corruption passive
Droit allemand	« en échange de » « en contrepartie de »	« en échange de » « en contrepartie de »
Droit belge	« afin »	« pour »
Droit brésilien	« pour le déterminer »	« pour le déterminer »
Droit chinois	Exigence jurisprudentielle	Exigence jurisprudentielle
Droit français	« afin »	« pour »
Droit espagnol	« en vue de » Lien de causalité entre l'avantage et la qualité de l'agent Lien de causalité entre l'avantage et l'acte de la fonction	« en vue de » Lien de causalité entre l'avantage et la qualité de l'agent Lien de causalité entre l'avantage et l'acte de la fonction
Droit italien	« pour »	« pour »
Droit japonais	Lien de causalité non nécessaire (principe) « but »/requête (exception)	Lien de causalité non nécessaire (principe) « conséquemment » (circonstance aggravante)
Droit monégasque	« pour »	« pour »
Droit tunisien	« pour »	« pour »

Degrés d'incrimination de l'élément moral lié au fait de corrompre ou Si l'on excepte la solution particulière retenue par le Droit japonais, le lien de causalité existant entre l'avantage indu et l'acte de la fonction est une constante des systèmes juridiques rapportés. A l'exemple du Droit espagnol, ce dernier est le plus exigeant puisqu'il implique d'établir l'existence d'un lien de causalité non seulement entre l'avantage et l'acte de la fonction mais également entre l'avantage et la qualité de l'agent.

De toutes les expressions employées, celle mise en œuvre par le Droit brésilien est la plus explicite. En l'associant aux expressions employées par les Droits belge et français, il pourrait être préconisé, afin d'améliorer la rédaction des textes existants, de faire état de l'exigence du lien de causalité, à propos de la corruption active, au moyen de l'expression « afin de déterminer à », et à propos de la corruption passive, au moyen de l'expression « pour déterminer à ».

10. DEGRÉS D'INCRIMINATION DE L'ÉLÉMENT MORAL LIÉ AU FAIT DE CORROMPRE OU D'ÊTRE CORROMPU.

Les rapporteurs ont été invités à fournir la définition de l'élément moral du fait de corrompre et du fait d'être corrompu.

A minima, il résulte de l'ensemble des systèmes juridiques rapportés que les délits de corruption active et passive constituent des délits intentionnels⁷⁹. Ce faisant, les systèmes juridiques rapportés se conforment aux conventions internationales relatives à l'incrimination de la corruption qui, toutes sans exception, exigent la preuve d'une intention coupable. Le mobile, à l'exemple notamment des Droits belge⁸⁰ et français⁸¹, est indifférent.

Certains systèmes juridiques – Droits allemand⁸², espagnol et japonais – réduisent l'élément intentionnel au *dolus eventualis*⁸³, de sorte que le délit est moralement constitué lorsque l'agent a la connaissance de la survenance possible de l'infraction et adopte néanmoins le comportement incriminé.

Les Droits chinois, français et italien associent au dol général un dol spécial – dont l'existence peut apparaître parfois une simple question d'interprétation – en ce que l'agent corrompueur doit avoir eu pour objectif l'obtention d'un bénéfice illégitime tandis que le corrompu doit avoir eu pour objectif l'obtention illégale d'un avantage à raison de sa qualité (Droit chinois) ou en ce que le corrompueur doit être animé de la volonté d'obtenir l'accomplissement ou l'abstention de l'accomplissement d'un acte de sa fonction par un agent public ou privé et, pour l'agent passif, la volonté d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction (Droits français, monégasque et italien). Proche de ce dernier principe de solution, le Droit allemand exige que le corrompueur ait agi dans le but d'influer sur l'activité future de l'agent public ou de récompenser les activités passées de l'agent public.

N.B. : la preuve de l'intention semble pouvoir être déduite des circonstances de la cause, à l'exemple notamment des Droits allemand, tunisien,

⁷⁹ La jurisprudence tunisienne apporte la précision selon laquelle l'agent public doit être conscient d'avoir accepté un avantage indu en contrepartie de l'acte qu'il est censé accomplir ou ne pas accomplir. Cf. Cass., arrêt pénal n° 311, 8 janv. 2003.

⁸⁰ Cf. Cass. 23 déc. 1998, Pas., 1998, p. 1256, Rev. dr. pén., 199, p. 393, J.L.M.B., 1999, p. 61, R.W., 1998-1999, p. 1309, www.cass.be.

⁸¹ Le mobile associé au financement des partis politiques est tenu pour indifférent par la jurisprudence française. Cf. Cass. crim., 30 juin 1999: Bull. crim. n° 168; D. 2000, Somm. 123, obs. M. Segonds – 20 fév. 2008: Bull. crim. n° 44.

⁸² Cf. GRECO, Rapport d'évaluation de l'Allemagne, 4 décembre 2009, p. 10.

⁸³ Cf. Cour suprême du Japon, 16 mars 1948.

français⁸⁴. Comme élément possible d'uniformisation des systèmes juridiques rapportés, tous liés à la Convention de Mérida (ONU), l'article 28 de ladite convention stipule que « la connaissance, l'intention ou la motivation nécessaires en tant qu'éléments d'une infraction [de corruption] peuvent être déduites de circonstances factuelles objectives ». Pareille disposition peut cependant faire craindre une dénaturation de l'élément intentionnel, de sorte que l'on ne peut que regretter qu'aucun instrument international n'établisse en des termes équilibrés des présomptions de culpabilité déduites en particulier des modes opératoires. L'analyse des systèmes rapportés révèle également qu'aucun d'entre eux n'édicte des présomptions légales de culpabilité alors que ces dernières sont parfaitement concevables : la duplicité des personnes (faux sous-traitant, faux fournisseur, faux facturier, fausse société⁸⁵, faux intermédiaire⁸⁶) et des actes juridiques (faux contrat, fausse facture) qui entourent et concourent à la commission des délits de corruption pourraient parfaitement être saisis par la loi et non point seulement par la jurisprudence⁸⁷ afin de faciliter la preuve de l'élément moral de l'infraction de corruption.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES.

1. Une parfaite convergence structurelle d'ensemble : les systèmes juridiques rapportés possèdent une économie d'incrimination commune. L'ensemble des systèmes juridiques rapportés consacre la dualité d'incrimination de la corruption, qui impose de distinguer corruption active et corruption passive. Cette technique d'incrimination est le gage de l'indépendance des poursuites susceptibles d'être diligentées à l'égard de l'agent corrupteur et de l'agent corrompu et des déclarations de culpabilité.

2. Un rapport à la théorie de la tentative divergent : hormis la Chine et, à un degré moindre, la Tunisie, les systèmes juridiques rapportés sont parvenus à définir les délits de corruption active et passive indépendamment de la théorie de la tentative. L'abandon de la référence

⁸⁴ La chambre criminelle de la cour de cassation s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond pour déduire des faits et des circonstances de la cause la nature corruptrice des agissements considérés. Cf. *Cass. crim.*, 11 fév. 2004: *Bull. crim.* n° 39.

⁸⁵ Sociétés écran ou taxi.

⁸⁶ Société offshore.

⁸⁷ A l'exemple de la jurisprudence française: *Cass. crim.*, 19 mars 2008: *Bull. crim.* n° 71; *R.P.D.P.* 2009, note M. Segonds.

légale à la théorie de la tentative est la condition *sine qua non* de l'harmonisation complète des systèmes juridiques en présence. Dans l'attente de cette modification, le degré de sévérité de l'incrimination de la corruption présente une différence notable. L'unilatéralité de l'incrimination de la corruption reste encore à être affirmée universellement.

3. Une différence d'approche essentielle quant à la définition légale de la qualité d'agent public. La qualité d'agent public, au cœur de la définition de la corruption publique nationale, souffre d'une différence d'approche radicale selon que le système pénal considéré est doté d'une définition hétéronome de la qualité d'agent public, ou selon que le système pénal est doté d'une définition autonome de la qualité d'agent public. Les systèmes consacrant une définition hétéronome de la qualité d'agent public (Droit allemand, Droit belge, Droit espagnol, Droit français, Droit monégasque, Droit tunisien) usent principalement du critère fonctionnel. La mise en œuvre de ce dernier dépend essentiellement de la jurisprudence, ce qui en réduit la prévisibilité.

4. La qualité d'agent public étranger et international possède des contours pour le moins incertains. La cause en est rapidement identifiée si l'on a présente à l'esprit la différence d'approche juridique de la qualité d'agent public étranger et international selon les instruments internationaux considérés. Ainsi, tandis que les Conventions de Mérida et de Paris consacrent une définition autonome supranationale, les Conventions de Bruxelles et de Strasbourg opèrent des renvois nuancés au droit interne des Etats concernés. *Une telle différence d'approche, aussi fondamentale, ne peut, à cet égard, que nourrir une extrême perplexité sur l'efficacité de l'internationalisation de l'incrimination de la corruption.*

5. La Convention de Paris (OCDE) n'impose que l'incrimination de la corruption active relative à un agent public étranger ou international... à la différence de la Convention de Bruxelles (UE) et de la Convention de Strasbourg (CE). Ce sont là également des différences d'approche qui ont créé des clivages juridiques excessifs. En retenant l'exemple français, la transposition des Conventions de Paris, de Bruxelles et de Strasbourg (sans négliger la Décision-cadre du 22 juillet 2003) a été réalisée au moyen de trois lois successives (L. 30 juin 2000, L. 4 juill 2005, L. 13 nov. 2007) qui ont profondément modifié l'économie des incriminations existantes dont il résulte d'inévitables – et bien inutiles – conflits de lois dans le temps⁸⁸.

⁸⁸ A titre d'illustration, Cf. Cass. crim., 19 mai 2010 09-83685.

6. Les rapports nationaux confirment les observations formulées par l'OCDE et le GRECO : il n'existe quasiment point d'illustrations jurisprudentielles de la qualité d'agent public international ou étranger. Encore à ce jour, il demeure très difficile de connaître le nombre de condamnations relatives à la corruption internationale ou étrangère... faute pour les statistiques publiques officielles de faire clairement la distinction entre les différentes formes de corruption.

7. Des systèmes rapportés, il résulte que la notion d'agent privée est appréhendée de façon encore très disparate. Alors que l'attention des observateurs internationaux se porte fréquemment sur le devenir de la corruption publique, le devenir de la corruption privée est par trop négligé... alors que les différences d'incrimination apparaissent les plus notables. Ainsi, à la différence de la qualité d'agent public dont l'approche fonctionnelle est un facteur d'unification prometteur, *la qualité d'agent privé se révèle obéir à des définitions dont l'élément unificateur reste à définir.* A noter que le Droit français et le Droit monégasque ont fait le choix de définir la qualité d'agent privé « par défaut », de sorte que tout agent qui ne possède pas la qualité d'agent public, doit être envisagé comme agent privé. Il s'agit là d'un principe de solution qui mériterait d'être généralisé car il présente l'avantage non négligeable de réduire considérablement les hypothèses d'impunité.

8. L'incrimination de la corruption privée doit-elle se limiter aux transactions commerciales ? Réponse positive, si l'on se fie à la Convention de Strasbourg. Réponse négative si l'on se fie à la Décision-cadre du 22 juillet 2003 qui autorise à prendre en considération le secteur non marchand... à moins que l'Etat concerné n'en décide autrement. L'harmonisation européenne en apparaît d'autant plus aléatoire.

9. La définition du fait de corrompre (proposer, céder, octroyer) et du fait d'être corrompu (solliciter, agréer, octroyer) souffre encore d'être insuffisamment explicite. Les progrès enregistrés dans les différents systèmes rapportés sont très souvent liés à la transposition des Conventions internationales.

10. La notion d'avantage indu compte parmi les notions les mieux harmonisées, tout avantage patrimonial ainsi que tout avantage extrapatrimonial étant pris en considération par les systèmes rapportés (à l'exception de la Chine cependant). En particulier, l'on retiendra la définition proposée par la jurisprudence allemande, seule définition relative à l'avantage indu dégagée à ce jour.

11. Les Conventions internationales relatives à la corruption ne permettent pas à l'heure actuelle d'unifier les permissions légales, jurisprudentielles ou coutumières existantes puisqu'elles se contentent, lorsqu'elles y font référence, d'en prendre acte. Deux d'entre elles méritent spécialement d'être évoquées : la Convention de Paris (OCDE) et la Convention de Strasbourg (Conseil de l'Europe).

D'une part, à propos de la première convention, il est à rappeler qu'il résulte des « Commentaires relatifs à la Convention de lutte contre la corruption » (OCDE) que « l'infraction n'est pas constituée lorsque l'avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l'agent public étranger, y compris la jurisprudence ». L'admission conventionnelle desdits paiements, admission pour le moins équivoque puisque non évoquée dans le corps même de la Convention (dont sont signataires, parmi les pays rapportés, l'Allemagne, la Belgique, La France, l'Italie et le Japon) ne saurait dispenser de se livrer à une réflexion d'ensemble afin d'unifier les systèmes juridiques existants, gage d'une lutte efficace contre le phénomène de la corruption⁸⁹. Alors que le Droit belge a fait le choix de ne pas exempter les paiements de facilitation, on soulignera la situation particulièrement ambiguë des Droits français et japonais à cet égard.

En ce qui concerne le Droit français, sans consacrer expressément les paiements de facilitation, ce dernier les aurait consacrés implicitement au travers de l'emploi de l'expression « sans droit » au sein des articles 435-1 et suivants du Code pénal dans leur rédaction issue de la loi du 30 juin 2000⁹⁰. Depuis la loi du 13 novembre 2007, il est permis de considérer que la notion de paiement de facilitation, totalement absente en tant que telle des Conventions de Strasbourg et de Mérida, est, à la faveur de la transposition de ces dernières par la loi précitée, frappée de caducité en Droit français.

En ce qui concerne le Droit japonais, il faut admettre à la suite du rapport présenté que les paiements de facilitation ne peuvent être regardés comme une cause d'exclusion de la responsabilité pénale. Cependant, à la suite du

⁸⁹ Désormais, l'OCDE semble disposée à adopter en la matière une politique de définition qui vise à réduire autant que faire se peut la référence au paiement de facilitation. A ce propos, cf. OCDE, *Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, Bilan à mi-parcours des rapports au titre la phase 2*, 22 mai 2006.

⁹⁰ En ce sens, cf. J. Balarelo, *Rapport sur le projet de loi modifiant le Code pénal et le code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption*, Sénat, n° 42.

Groupe de travail constitué par l'OCDE, l'on notera que les Directives du METI « véhiculent des informations [...] pouvant être propres à induire en erreur » à propos des paiements de facilitation. Ainsi, « il a été recommandé au METI de reconsidérer la définition à laquelle répondent les paiements de facilitation »⁹¹.

D'autre part, à propos de la seconde convention, il faut souligner que le Rapport explicatif la concernant mentionne que « pour les auteurs de la Convention, l'adjectif "indu" vise à exclure les avantages qui sont admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables ». Aucun critère de définition n'est associé à cette exclusion, absence qui contribue à renforcer le flou juridique qui entoure actuellement les permissions légales, jurisprudentielles ou coutumières.

12. Tous les systèmes juridiques rapportés incriminent indifféremment la corruption pour soi-même ou pour autrui. L'enrichissement personnel n'est donc point un élément constitutif de l'infraction. C'est là une convergence majeure.

13. L'incrimination de la corruption et l'incrimination de la paracorruption sont encore fréquemment distinguées pour accorder l'impunité à la seconde. Le trafic d'influence, quant à lui, reste appréhendé de façon très différente d'un système juridique à l'autre mais ne constitue en aucune façon, comme cela est parfois soutenu devant les instances internationales, une exception « française » puisque on le retrouve au sein du Droit belge, brésilien, chinois, espagnol, japonais monégasque et tunisien.

14. En dépit des efforts internationaux réalisés, l'incrimination de la corruption reste une incrimination particulièrement complexe. A l'échelle internationale, cette complexité, déjà présente dans les ordres internes, s'est nettement accrue. Elle possède une cause : l'harmonisation internationale, indispensable à l'efficacité de la lutte contre la corruption, s'est en effet réalisée en ordre dispersé. Il reste à s'interroger sur la cohérence externe des conventions internationales qui soumettent les systèmes nationaux à des exigences dissemblables. Aussi bien, l'harmonisation du Droit substantiel de la corruption se révèle modeste dans ses résultats. Le Droit processuel

⁹¹ Cf. OCDE, *Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, Bilan à mi-parcours des rapports au titre la phase 2, 22 mai 2006, p. 24.*

de la corruption et, en particulier, la voie de la compétence universelle, bien que refusée par l'article 4 de la Convention de Mérida, reste certainement la voie pertinente à explorer à l'exemple de la voie suivie par les Conventions destinées à protéger les intérêts européens communautaires⁹².

⁹² Cf. Art. 689-8 du Code de procédure pénale français.

ANNEXE

Etude comparative des systèmes d'incrimination de la corruption.

Questionnaire

La corruption, au sens du présent questionnaire, se définit comme l'accomplissement d'un acte de la fonction en lien avec l'obtention d'un avantage indu. Le questionnaire a pour finalité de vérifier l'existence et la portée de l'incrimination de la corruption dans les différents Etats pour lesquels un rapporteur national a été désigné. Afin de mener à bien cette vérification, chaque rapporteur national est invité à examiner le Droit positif – Droit légal, Droit coutumier et Droit jurisprudentiel ¹– des Etats considérés afin de déterminer les degrés d'incrimination de la corruption et les condamnations auxquelles la corruption donne effectivement lieu selon la grille de lecture proposée immédiatement ci-après.

N.B. : les rapporteurs sont également invités à indiquer, au préalable, les incriminations « satellites » à l'incrimination de la corruption (délits obstacles ou délits de conséquences).

1. Degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption : l'examen des degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption implique de la part des rapporteurs de se livrer à une double vérification relative à l'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la complicité (1.1.) et à l'égard de la théorie de la tentative (1.2.).

1.1. Degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la complicité. La première vérification à mener consiste à déterminer les degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la complicité. A cette fin, les rapporteurs sont invités à vérifier, plus précisément, si l'incrimination de la corruption repose, en Droit positif, sur le système de l'incrimination simple (1.1.1.) ou sur le système de l'incrimination double (1.1.2.).

1.1.1. Système de l'incrimination simple (définition) : ce système d'incrimination de la corruption intègre la théorie de la complicité. Seul est incriminé, à titre d'infraction

¹ L'examen du Droit positif doit intégrer l'analyse de toutes les règles de droit effectivement en vigueur.

principale, le fait du corrompu², le fait du corrupteur³ étant uniquement incriminé sur le fondement de la théorie de la complicité. Autrement dit, l'agent corrupteur est appréhendé en qualité de complice de l'agent corrompu, appréhendé quant à lui en qualité d'auteur de l'infraction principale de corruption : le fait du corrupteur est un fait accessoire au fait principal du corrompu.

1.1.2. Système de l'incrimination double (définition) : ce système d'incrimination de la corruption n'intègre pas la théorie de la complicité. Le fait du corrupteur et le fait du corrompu font chacun l'objet d'une incrimination autonome l'une à l'égard de l'autre. Autrement dit, le corrupteur est l'auteur du fait de corrompre (fait dénommé corruption active⁴) le corrompu est l'auteur du fait d'être corrompu (fait dénommé corruption passive⁵).

1.1.3. Autre système : dans l'hypothèse où l'analyse de l'incrimination de la corruption démontre que le système consacré par le Droit positif ne correspond pas au système de l'incrimination simple (1.1.1.) ou au système de l'incrimination double (1.1.2.), les rapporteurs sont invités à décrire le système consacré par le Droit positif.

1.2. Degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la tentative. La deuxième vérification à réaliser consiste à déterminer les degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la tentative. La tentative de corruption se définit comme le fait pour le corrupteur de proposer un avantage indu ou le fait pour le corrompu de solliciter un avantage indu. A cette fin, les rapporteurs sont invités à vérifier si l'incrimination de la corruption repose, en Droit positif, sur un système associé à la théorie de la tentative (1.2.1.) ou sur un système indépendant de la théorie de la tentative (1.2.2.)

1.2.1. Système d'incrimination de la corruption associé à la théorie de la tentative (définition) : ce système d'incrimination de la corruption n'autorise à incriminer la tentative de corruption que sur le fondement de la théorie de la tentative. L'incrimination de la tentative de corruption est donc dépendante des limites assignées à la théorie de la tentative. De la sorte, la définition de l'incrimination de la corruption n'intègre pas le fait pour le corrupteur de proposer un avantage indu ou le

² Le corrompu désigne l'agent « réalisateur » de l'acte de la fonction ou, plus précisément, celui qui accomplit l'acte de la fonction en lien avec l'obtention d'un avantage indu.

³ Le corrupteur désigne l'agent « fournisseur » de l'avantage indu en lien avec l'accomplissement d'un acte de la fonction de l'agent corrompu.

⁴ La corruption est qualifiée d'active en ce sens qu'elle désigne le fait de corrompre – le verbe corrompre se conjuguant alors à la voix active, la corruption active qualifie le fait du corrupteur –.

⁵ La corruption est qualifiée de passive en ce sens qu'elle désigne le fait d'être corrompu – le verbe corrompre se conjuguant ici à la voix passive, la corruption passive qualifie le fait du corrompu –.

fait pour le corrompu de solliciter un avantage indu. La tentative du fait de corruption n'est donc point incriminée de manière autonome en tant que telle.

1.2.2. Système d'incrimination de la corruption indépendant de la théorie de la tentative (définition) : ce système d'incrimination de la corruption permet d'appréhender la tentative de corruption de façon autonome, autrement dit de façon indépendante à l'égard de la théorie de la tentative. L'incrimination de la tentative de corruption est donc indépendante des limites assignées à la théorie de la tentative. Pour ce faire, l'incrimination de la corruption intègre le fait pour le corrupteur de proposer un avantage indu ou le fait pour le corrompu de solliciter un avantage indu. La tentative du fait de corruption est donc incriminée de manière autonome en tant que telle.

1.2.3. Autre système :: dans l'hypothèse où l'analyse de l'incrimination de la corruption démontre que le système consacré par le Droit positif ne correspond pas aux systèmes décrits précédemment (1.2.1.) (1.2.2.), les rapporteurs sont invités à décrire le système consacré par le Droit positif.

2. Degrés d'incrimination de la corruption selon la qualité de l'agent corrompu⁶ : les rapporteurs sont invités à vérifier les degrés d'incrimination de la corruption selon la qualité possédée par l'agent corrompu – ou susceptible de l'être – en distinguant les degrés d'incrimination de la corruption publique (2.1.) et de la corruption privée (2.2.).

N.B. : les rapporteurs sont invités à indiquer l'intérêt protégé par le texte d'incrimination ainsi que la place du texte d'incrimination au sein du Code pénal.

2.1. Degrés d'incrimination de la corruption publique : la mesure des degrés d'incrimination de la corruption publique doit être menée par les rapporteurs en vérifiant les degrés d'incrimination de la corruption publique nationale (2.1.1.), de la corruption publique étrangère (2.1.2.) et de la corruption publique internationale (2.1.3.).

2.1.1. Degrés d'incrimination de la corruption publique nationale : les rapporteurs sont invités à fournir le sens et la portée conférés à la notion d'agent public national par le Droit positif de l'Etat concerné (fournir les dispositions de Droit positif + les pénalités édictées et prononcées en indiquant les types d'agents publics effectivement condamnés). En particulier, les rapporteurs sont invités à vérifier l'autonomie de la notion d'agent public entendue au sens du Droit pénal et la notion d'agent public entendue au sens du Droit de la fonction publique de l'Etat concerné.

2.1.2. Degrés d'incrimination de la corruption publique internationale : les rapporteurs sont invités à fournir le sens et la portée conférés à la notion d'agent public international par le Droit positif de l'Etat concerné (fournir les dispositions de Droit

⁶ Au sens du présent questionnaire, la corruption reçoit sa qualification (publique nationale, publique étrangère, publique internationale, privée nationale ou privée étrangère) à raison de la qualité possédée par l'agent corrompu (respectivement agent public national, agent public étranger, agent public international, agent privé national ou agent privé étranger).

positif + les pénalités édictées et prononcées en indiquant les types d'agents publics internationaux effectivement condamnés). En particulier, les rapporteurs sont invités à vérifier selon quelles normes – nationales ou internationales – la qualité d'agent public international est définie.

2.1.3. Degrés d'incrimination de la corruption publique étrangère : les rapporteurs sont invités à fournir le sens et la portée conférés à la notion d'agent public étranger par le Droit positif de l'Etat concerné (fournir les dispositions de Droit positif + les pénalités édictées et prononcées en indiquant les types d'agents publics étrangers effectivement condamnés). En particulier, les rapporteurs sont invités à vérifier selon quelles normes – nationales ou étrangères – la qualité d'agent public étranger est définie.

2.2. Degrés d'incrimination de la corruption privée : la mesure des degrés d'incrimination de la corruption privée sera menée par les rapporteurs en vérifiant les degrés d'incrimination de la corruption privée nationale (2.2.1.) et de la corruption privée étrangère (2.2.2.).

2.2.1. Degrés d'incrimination de la corruption privée nationale : les rapporteurs sont invités à fournir le sens et la portée conférés à la notion d'agent privé national par le Droit positif de l'Etat concerné (fournir les dispositions de Droit positif + les pénalités édictées et prononcées en indiquant les types d'agents privés effectivement condamnés). En particulier, les rapporteurs sont invités à décrire l'articulation de la définition d'agent public national et de la définition d'agent privé national.

2.2.2. Degrés d'incrimination de la corruption privée étrangère : les rapporteurs sont invités à fournir le sens et la portée conférés à la notion d'agent privé étranger par le Droit positif de l'Etat concerné (fournir les dispositions de Droit positif + les pénalités édictées et prononcées en indiquant les types d'agents privés étrangers effectivement condamnés).

3. Degrés d'incrimination du fait de corrompre. Trois degrés d'incrimination du fait de corrompre sont concevables : au premier degré, le fait de proposer un avantage indu (3.1.), au deuxième degré, le fait de céder à la sollicitation d'un avantage indu (3.2.) et, au troisième degré, le fait d'octroyer un avantage indu (3.3). Par conséquent, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif concerné autorise à prendre en considération ces trois degrés de corruption active et à indiquer, le cas échéant, l'identité ou la différence des degrés d'incrimination du fait de corrompre selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)⁷ ou privée (nationale, étrangère)⁸.

⁷ Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

⁸ Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

3.1. Incrimination du fait de proposer un avantage indu⁹ :: réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

3.2. Incrimination du fait de céder à la sollicitation d'un avantage indu¹⁰ : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

3.3. Incrimination du fait d'octroyer un avantage indu¹¹ : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

4. Degrés d'incrimination du fait d'être corrompu. Trois degrés d'incrimination du fait d'être corrompu sont concevables : au premier degré, le fait de solliciter un avantage indu (4.1.), au deuxième degré, le fait d'agréer la proposition d'un avantage indu (4.2.) et, au troisième degré, le fait de recevoir un avantage indu (4.3). Par conséquent, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à prendre en considération ces trois degrés de corruption passive et à indiquer, le cas échéant, l'identité ou la différence des degrés d'incrimination du fait d'être corrompu selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)¹² ou privée (nationale, étrangère)¹³.

4.1. Incrimination du fait de solliciter un avantage indu¹⁴ :: réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

4.2. Incrimination du fait d'agréer la proposition d'un avantage indu¹⁵ : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

4.3. Incrimination du fait de recevoir un avantage indu : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

5. Degrés d'incrimination des modes opératoires du fait de corrompre et du fait d'être corrompu Deux modes opératoires du fait de corrompre et du fait d'être corrompu

⁹ Théoriquement, le fait de proposer un avantage indu est le fait de l'agent corrupteur et constitue, à ce titre, un fait de corruption active.

¹⁰ Théoriquement, le fait de céder à la sollicitation d'un avantage indu est le fait de l'agent corrupteur et constitue, à ce titre, un fait de corruption active.

¹¹ Théoriquement, le fait d'octroyer un avantage indu est le fait de l'agent corrupteur et constitue, à ce titre, un fait de corruption active.

¹² Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

¹³ Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

¹⁴ Théoriquement, le fait de solliciter un avantage indu est le fait de l'agent corrompu et constitue, à ce titre, un fait de corruption passive.

¹⁵ Théoriquement, le fait de recevoir un avantage indu est le fait de l'agent corrompu et constitue, à ce titre, un fait de corruption passive.

sont concevables : le fait de corrompre ou le fait d'être corrompu peuvent, en effet, être perpétrés directement ou indirectement (autrement dit, par l'intermédiaire d'une tierce personne – physique ou morale –). Par conséquent, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à prendre en considération la corruption directe (5.1.) et/ou la corruption indirecte (5.2.) et à indiquer, le cas échéant, l'identité ou la différence des modes opératoires définis selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)¹⁶ ou privée (nationale, étrangère)¹⁷.

5.1. Incrimination de la corruption directe : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

5.2. Incrimination de la corruption indirecte : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées en indiquant les incriminations propres applicables à la personne physique ou à la personne morale qui fait figure d'intermédiaire) – réponse négative.

6. Degrés d'incrimination selon l'antériorité ou la postériorité des faits de corruption
Le fait de corrompre – fait de proposer un avantage indu, fait de céder à une sollicitation d'un avantage indu, fait d'octroyer un avantage indu – et le fait d'être corrompu – fait de solliciter un avantage indu, fait d'agréer un avantage indu, fait de recevoir un avantage indu – peuvent se situer antérieurement ou postérieurement à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un acte de la fonction. Par conséquent, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à prendre en considération les faits de corruption antérieurs à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un acte de la fonction (6.1.) et/ou les faits de corruption postérieurs à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un acte de la fonction (6.2). Les rapporteurs sont invités à indiquer à ce propos l'identité ou la différence des règles issues du Droit positif selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)¹⁸ ou privée (nationale, étrangère)¹⁹.

6.1. Incrimination des faits de corruption antérieurs à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un acte de la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

6.2. Incrimination des faits de corruption postérieurs à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un acte de la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

7. Degrés d'incrimination de l'avantage indu. La mesure des degrés d'incrimination de l'avantage indu implique d'analyser, d'une part, la nature de l'avantage indu (7.1.) et, d'autre part, le bénéficiaire de l'avantage indu (7.2.) pris en considération par le Droit positif. Les rapporteurs sont invités à indiquer à ce propos l'identité ou la

¹⁶ Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

¹⁷ Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

¹⁸ Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

¹⁹ Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

différence des règles issues du Droit positif selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)²⁰ ou privée (nationale, étrangère)²¹.

7.1. Mesure du degré d'incrimination de l'avantage indu par l'analyse de la nature de l'avantage indu. L'avantage indu varie dans sa nature selon que ce dernier peut faire ou non l'objet d'une évaluation pécuniaire. A cette fin, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à ne prendre en considération que les avantages patrimoniaux (7.1.1.) ou autorise également à prendre en considération les avantages extrapatrimoniaux (7.1.2.).

7.1.1. Degrés d'incrimination des avantages patrimoniaux. La mesure des degrés d'incrimination des avantages patrimoniaux implique de vérifier si les avantages patrimoniaux sont définis par le Droit positif et/ou si les avantages patrimoniaux font l'objet d'une énumération limitative ou non limitative. Autrement dit, cette vérification a pour objet de déterminer si le Droit positif assimile à des avantages indus tous les avantages patrimoniaux ou seulement certains avantages patrimoniaux. Si nécessaire, les rapporteurs sont invités à faire état des permissions légales, jurisprudentielles ou coutumières.

7.1.1.1. Existence en Droit positif d'une définition des avantages patrimoniaux : réponse positive (fournir la définition et vérifier si le Droit positif permet d'appréhender l'avantage qui augmente l'actif patrimonial de l'agent bénéficiaire et/ou qui réduit le passif patrimonial de l'agent bénéficiaire + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

7.1.1.2. Existence en Droit positif d'une énumération limitative des avantages patrimoniaux : réponse positive (fournir l'énumération et vérifier si le Droit positif permet d'appréhender l'avantage qui augmente l'actif patrimonial de l'agent bénéficiaire et/ou qui réduit le passif patrimonial de l'agent bénéficiaire + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

7.1.1.3. Existence en Droit positif d'une énumération non-limitative des avantages patrimoniaux : réponse positive (fournir l'énumération + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

7.1.2. Degrés d'incrimination des avantages extrapatrimoniaux. La mesure des degrés d'incrimination des avantages extrapatrimoniaux implique de vérifier si les avantages extrapatrimoniaux sont définis par le Droit positif et/ou si les avantages extrapatrimoniaux font l'objet d'une énumération limitative ou non limitative. Autrement dit, cette vérification a pour objet de déterminer si le Droit positif assimile à des avantages indus tous les avantages extrapatrimoniaux ou seulement certains avantages extrapatrimoniaux.

7.1.2.1. Existence en Droit positif d'une définition des avantages extrapatrimoniaux : réponse positive (fournir la définition + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

²⁰ Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

²¹ Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

7.1.2.2. Existence en Droit positif d'une énumération limitative des avantages extrapatrimoniaux : réponse positive (fournir l'énumération + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

7.1.2.3. Existence en Droit positif d'une énumération non-limitative des avantages extrapatrimoniaux : réponse positive (fournir l'énumération + applications jurisprudentielles + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

7.2. *Mesure du degré d'incrimination de l'avantage indu par l'analyse du bénéficiaire de l'avantage indu. L'avantage indu peut être destiné à la satisfaction de la personne du corrompu ou à la satisfaction d'une tierce personne. A cette fin, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif n'autorise à prendre en considération que les avantages indus à destination de la personne du corrompu (7.2.1.) et/ou autorise à prendre également en considération les avantages indus à destination d'une tierce personne (7.2.2.).*

7.2.1. Incrimination exclusive de l'avantage indu à destination de la personne du corrompu : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées) – réponse négative.

7.2.2. Incrimination de l'avantage indu à destination de la personne du corrompu et d'une tierce personne : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + applications jurisprudentielles) – réponse négative. Les rapporteurs sont invités à préciser, le cas échéant, la qualification pénale susceptible d'être retenue à l'encontre de la tierce personne bénéficiaire de l'avantage indu prise en qualité de personne physique ou en qualité de personne morale.

8. Degrés d'incrimination de l'acte de la fonction. La mesure des degrés d'incrimination de l'avantage indu implique d'analyser la prise en considération par le Droit positif de l'acte de la fonction *stricto sensu* (8.1.), de l'acte facilité par la fonction (8.2.) ou de l'abus d'influence (8.3.). Les rapporteurs sont invités à indiquer à ce propos l'identité ou la différence des règles issues du Droit positif selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)²² ou privée (nationale, étrangère)²³.

8.1. Mesure du degré d'incrimination de l'acte de la fonction *stricto sensu*. L'acte de la fonction peut être appréhendé en tant qu'acte positif de la fonction et/ou en tant qu'acte négatif de la fonction. De la sorte, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à ne prendre en considération que l'accomplissement d'un acte de la fonction (8.1.1.) ou autorise également à prendre en considération le non-accomplissement d'un acte de la fonction (8.1.2.).

8.1.1. Degrés d'incrimination de l'accomplissement d'un acte de la fonction. L'accomplissement d'un acte de la fonction peut être appréhendé en distinguant deux hypothèses. Première hypothèse : l'accomplissement de l'acte de la fonction

²² Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

²³ Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

consiste en l'accomplissement d'un acte de la fonction en lui-même illicite. Seconde hypothèse : l'accomplissement de l'acte de la fonction consiste en l'accomplissement d'un acte de la fonction qui n'est pas en lui-même illicite. De la sorte, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à ne prendre en considération que l'accomplissement d'un acte illicite de la fonction (8.1.1.1.) ou autorise également à prendre en considération l'accomplissement d'un acte licite de la fonction (8.1.1.2.).

8.1.1.1. Incrimination exclusive de l'accomplissement d'un acte illicite de la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.1.1.2. Incrimination de l'accomplissement d'un acte licite de la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées+ applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.1.2. Degrés d'incrimination du non-accomplissement d'un acte de la fonction. Le non-accomplissement d'un acte de la fonction peut être appréhendé en distinguant deux hypothèses. Première hypothèse : le non-accomplissement de l'acte de la fonction est par lui-même illicite parce que l'agent avait l'obligation d'accomplir l'acte de la fonction. Seconde hypothèse : le non-accomplissement d'un acte de la fonction n'est pas en lui-même illicite parce que l'agent avait la faculté d'accomplir l'acte de la fonction. De la sorte, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à ne prendre en considération que le non-accomplissement illicite d'un acte de la fonction (8.1.2.1.) ou autorise également à prendre en considération le non-accomplissement licite d'un acte de la fonction (8.1.2.2.).

8.1.2.1. Incrimination du non-accomplissement illicite d'un acte de la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.1.2.2. Incrimination du non-accomplissement licite d'un acte de la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.2. Mesure du degré d'incrimination de l'acte facilité par la fonction. L'acte facilité par la fonction ne figure pas parmi les attributions fonctionnelles de l'agent corrompu ou susceptible de l'être, « mais il est rendu possible par elles, en raison du lien étroit unissant les attributions et l'acte »²⁴. L'acte facilité par la fonction peut être appréhendé en tant qu'acte positif facilité par la fonction et/ou en tant qu'acte négatif facilité par la fonction. De la sorte, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à ne prendre en considération que l'accomplissement d'un acte facilité par la fonction (8.2.1.) ou autorise également à prendre en considération le non-accomplissement d'un acte facilité par la fonction (8.2.2.).

8.2.1. Degrés d'incrimination de l'accomplissement d'un acte facilité par la fonction. L'accomplissement d'un acte facilité par la fonction peut être appréhendé en distinguant deux hypothèses. Première hypothèse : l'accomplissement de l'acte

²⁴ Cf. A. Vitu, *Droit pénal spécial: Cujas*, 1982, p. 293, n° 372.

facilité par la fonction consiste en l'accomplissement d'un acte facilité par la fonction en lui-même illicite. Seconde hypothèse : l'accomplissement de l'acte de la fonction consiste en l'accomplissement d'un acte facilité par la fonction qui n'est pas en lui-même illicite. De la sorte, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à ne prendre en considération que l'accomplissement d'un acte illicite facilité par la fonction (8.2.1.1.) ou autorise également à prendre en considération l'accomplissement d'un acte licite facilité par la fonction (8.2.1.2.).

8.2.1.1. Incrimination exclusive de l'accomplissement d'un acte illicite facilité par la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.2.1.2. Incrimination de l'accomplissement d'un acte licite facilité par la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.2.2. Degrés d'incrimination du non-accomplissement d'un acte facilité par la fonction. Le non-accomplissement d'un acte de la fonction peut être appréhendé en distinguant deux hypothèses. Première hypothèse : le non-accomplissement de l'acte facilité par la fonction est par lui-même illicite parce que l'agent avait l'obligation d'accomplir l'acte facilité par la fonction. Seconde hypothèse : le non-accomplissement d'un acte de la fonction n'est pas en lui-même illicite parce que l'agent avait la faculté d'accomplir l'acte facilité par la fonction. De la sorte, les rapporteurs sont invités à vérifier si le Droit positif autorise à ne prendre en considération que le non-accomplissement illicite d'un acte facilité par la fonction (8.2.2.1.) ou autorise également à prendre en considération le non-accomplissement licite d'un acte facilité par la fonction (8.2.2.2.).

8.2.2.1. Incrimination du non-accomplissement illicite d'un acte de la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.2.2.2. Incrimination du non-accomplissement licite d'un acte de la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif) – réponse négative.

8.2.3. Mesure du degré d'incrimination de l'abus d'influence. Le trafic d'influence diffère nettement de la corruption et de la para-corruption en ce que l'avantage indu a pour contrepartie non point l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction ou d'un acte facilité par la fonction mais l'abus d'une influence réelle ou supposée afin d'obtenir une décision favorable d'une autorité tierce²⁵. La mesure des degrés d'incrimination du trafic d'influence implique de distinguer selon que l'auteur de l'abus possède la qualité d'agent public (8.2.3.1.) ou la qualité d'agent privé (8.2.3.2.).

²⁵ V° les schémas relatifs au trafic d'influence présentés *infra*, p.178-179.

8.2.3.1. Degrés d'incrimination du trafic d'influence commis par un agent public²⁶. La mesure des degrés d'incrimination du trafic d'influence commis par un agent public implique de vérifier si le Droit positif autorise à prendre en considération l'abus d'une influence réelle ou supposée à destination d'une autorité publique (8.3.2.1.1.) et/ou à destination d'une autorité privée (8.3.2.1.2.)

8.2.3.1.1. Incrimination de l'abus d'une influence réelle ou supposée commis par un agent public à destination d'une autorité publique : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.2.3.1.2. Incrimination de l'abus d'une influence réelle ou supposée commis par un agent public à destination d'une autorité privée : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.2.3.2. Degrés d'incrimination du trafic d'influence commis par un agent privé. La mesure des degrés d'incrimination du trafic d'influence commis par un agent privé implique de vérifier si le Droit positif autorise à prendre en considération l'abus d'une influence réelle à destination d'une autorité publique (8.2.3.2.1.) et/ou d'une autorité privée (8.2.3.2.2.)

8.2.3.2.1. Incrimination de l'abus d'une influence réelle ou supposée commis par un agent privé à destination d'une autorité publique : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

8.2.3.2.2. Incrimination de l'abus d'une influence réelle ou supposée commis par un agent privé à destination d'une autorité privée : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

9. Degrés d'incrimination du lien de causalité unissant l'avantage indu à l'acte de la fonction. Les rapporteurs sont invités à vérifier si l'avantage indu doit, selon le Droit positif, avoir été déterminant de l'accomplissement ou du non-accomplissement de l'acte de la fonction, ce caractère déterminant pouvant être apprécié à l'égard du corrupteur (9.1.) et à l'égard du corrompu (9.2.). Les rapporteurs sont invités à indiquer à ce propos l'identité ou la différence des règles issues du Droit positif selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)²⁷ ou privée (nationale, étrangère)²⁸.

9.1. Incrimination de l'avantage indu ayant pour cause finale l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction : réponse positive (fournir la

²⁶ V° p. 192, schéma n° 2.

²⁷ Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

²⁸ Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

9.2. Incrimination de l'avantage indu ayant pour cause efficiente l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction : réponse positive (fournir la disposition de Droit positif + pénalités édictées et prononcées + applications jurisprudentielles) – réponse négative.

10. Degrés d'incrimination de l'élément moral lié au fait de corrompre ou d'être corrompu. Les rapporteurs sont invités à fournir la définition de l'élément moral du fait de corrompre (10.1.) et du fait d'être corrompu (10.2). Les rapporteurs sont invités à indiquer à ce propos l'identité ou la différence des règles issues du Droit positif selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)²⁹ ou privée (nationale, étrangère)³⁰.

10.1. Définition de l'élément moral du fait de corrompre (corruption active) : les rapporteurs sont invités à préciser la nature de l'élément moral ainsi que les règles qui en régissent la preuve (existence ou non de présomption légale ou judiciaire).

10.2. Définition de l'élément moral du fait d'être corrompu (corruption passive) : les rapporteurs sont invités à préciser la nature de l'élément moral ainsi que les règles qui en régissent la preuve (existence ou non de présomption légale ou judiciaire).

11. Degrés des règles de prescription de l'action publique relative aux faits de corruption. Les rapporteurs sont invités à indiquer, le cas échéant, l'identité ou la différence des règles relatives à la prescription de l'action publique issues du Droit positif selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)³¹ ou privée (nationale, étrangère)³².

12. Degrés des pénalités attachées aux faits de corruption. Les rapporteurs sont invités à indiquer, le cas échéant, l'identité ou la différence des pénalités issues du Droit positif selon que la corruption considérée est publique (nationale, internationale, étrangère)³³ ou privée (nationale, étrangère)³⁴. A cette fin, les rapporteurs sont invités à réaliser un tableau permettant de distinguer les peines encourues et les peines prononcées selon la nature de la corruption considérée.

²⁹ Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

³⁰ Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

³¹ Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

³² Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

³³ Sur la définition de la corruption publique, v° supra p.178 et note 97.

³⁴ Sur la définition de la corruption privée, v° supra p.178 et note 97.

PLAN DU QUESTIONNAIRE

1. Degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption.

1.1. Degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la complicité.

1.1.1. Système de l'incrimination simple.

1.1.2. Système de l'incrimination double.

1.1.3. Autre système.

1.2. Degrés d'autonomie de l'incrimination de la corruption à l'égard de la théorie de la tentative.

1.2.1. Système d'incrimination de la corruption associé à la théorie de la tentative.

1.2.2. Système d'incrimination de la corruption indépendant de la théorie de la tentative.

1.2.3. Autre système.

2. Degrés d'incrimination de la corruption selon la qualité de l'agent corrompu.

2.1. Degrés d'incrimination de la corruption publique.

2.1.1. Degrés d'incrimination de la corruption publique nationale.

2.1.2. Degrés d'incrimination de la corruption publique internationale.

2.1.3. Degrés d'incrimination de la corruption publique étrangère.

2.2. Degrés d'incrimination de la corruption privée.

2.2.1. Degrés d'incrimination de la corruption privée nationale.

2.2.2. Degrés d'incrimination de la corruption privée étrangère.

3. Degrés d'incrimination du fait de corrompre.

3.1. Incrimination du fait de proposer un avantage indu.

3.2. Incrimination du fait de céder à la sollicitation d'un avantage indu.

3.3. Incrimination du fait d'octroyer un avantage indu.

4. Degrés d'incrimination du fait d'être corrompu.

4.1. Incrimination du fait de solliciter un avantage indu.

4.2. Incrimination du fait d'agréer la proposition d'un avantage indu.

4.3. Incrimination du fait de recevoir un avantage indu.

5. Degrés d'incrimination des modes opératoires du fait de corrompre et du fait d'être corrompu.

5.1. Incrimination de la corruption directe.

5.2. Incrimination de la corruption indirecte.

6. Degrés d'incrimination selon l'antériorité ou la postériorité des faits de corruption.

6.1. Incrimination des faits de corruption antérieurs à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un acte de la fonction.

6.2. Incrimination des faits de corruption postérieurs à l'accomplissement ou non-accomplissement d'un acte de la fonction.

7. Degrés d'incrimination de l'avantage indu.

7.1. Mesure du degré d'incrimination de l'avantage indu par l'analyse de la nature de l'avantage indu.

7.1.1. Degrés d'incrimination des avantages patrimoniaux.

7.1.1.1. Existence en Droit positif d'une définition des avantages patrimoniaux.

7.1.1.2. Existence en Droit positif d'une énumération limitative des avantages patrimoniaux.

7.1.1.3. Existence en Droit positif d'une énumération non-limitative des avantages patrimoniaux.

7.1.2. Degrés d'incrimination des avantages extrapatrimoniaux.

7.1.2.1. Existence en Droit positif d'une définition des avantages extrapatrimoniaux.

7.1.2.2. Existence en Droit positif d'une énumération limitative des avantages extrapatrimoniaux.

7.1.2.3. Existence en Droit positif d'une énumération non-limitative des avantages extrapatrimoniaux.

7.2. Mesure du degré d'incrimination de l'avantage indu par l'analyse du bénéficiaire de l'avantage indu.

7.2.1. Incrimination exclusive de l'avantage indu à destination de la personne du corrompu.

7.2.2. Incrimination de l'avantage indu à destination de la personne du corrompu et d'une tierce personne.

8. Degrés d'incrimination de l'acte de la fonction.

8.1. Mesure du degré d'incrimination de l'acte de la fonction stricto sensu.

8.1.1. Degrés d'incrimination de l'accomplissement d'un acte de la fonction.

8.1.1.1. Incrimination exclusive de l'accomplissement d'un acte illicite de la fonction.

8.1.1.2. Incrimination de l'accomplissement d'un acte licite de la fonction.

8.1.2. Degrés d'incrimination du non-accomplissement d'un acte de la fonction.

8.1.2.1. Incrimination du non-accomplissement illicite d'un acte de la fonction.

8.1.2.2. Incrimination du non-accomplissement licite d'un acte de la fonction.

8.2. Mesure du degré d'incrimination de l'acte facilité par la fonction.

8.2.1. Degrés d'incrimination de l'accomplissement d'un acte facilité par la fonction.

8.2.1.1. Incrimination exclusive de l'accomplissement d'un acte illicite facilité par la fonction.

8.2.1.2. Incrimination de l'accomplissement d'un acte licite facilité par la fonction.

8.2.2. Degrés d'incrimination du non-accomplissement d'un acte facilité par la fonction.

8.2.2.1. Incrimination du non-accomplissement illicite d'un acte de la fonction.

8.2.2.2. Incrimination du non-accomplissement licite d'un acte de la fonction.

8.2.3. Mesure du degré d'incrimination de l'abus d'influence.

8.2.3.1. Degrés d'incrimination du trafic d'influence commis par un agent public.

8.2.3.1.1. Incrimination de l'abus d'une influence réelle ou supposée commis par un agent public à destination d'une autorité publique.

8.2.3.1.2. Incrimination de l'abus d'une influence réelle ou supposée commis par un agent public à destination d'une autorité privée.

8.2.3.2. Degrés d'incrimination du trafic d'influence commis par un agent privé.

8.2.3.2.1. Incrimination de l'abus d'une influence réelle ou supposée commis par un agent privé à destination d'une autorité publique.

8.2.3.2.2. Incrimination de l'abus d'une influence réelle ou supposée commis par un agent privé à destination d'une autorité privée.

9. Degrés d'incrimination du lien de causalité unissant l'avantage indu à l'acte de la fonction.

9.1. Incrimination de l'avantage indu ayant pour cause finale l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction.

9.2. Incrimination de l'avantage indu ayant pour cause efficiente l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction.

10. Degrés d'incrimination de l'élément moral lié au fait de corrompre ou d'être corrompu.

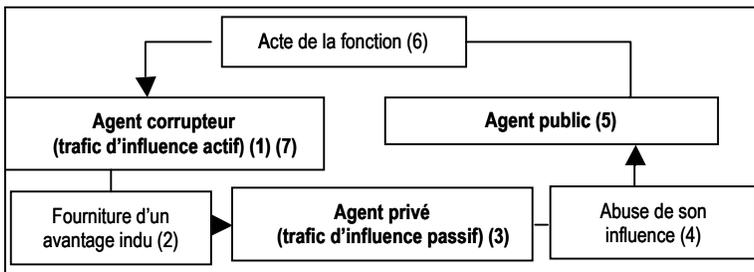
10.1. Définition de l'élément moral du fait de corrompre (corruption active).

10.2. Définition de l'élément moral du fait d'être corrompu (corruption passive).

11. Degrés des règles de prescription de l'action publique relative aux faits de corruption.

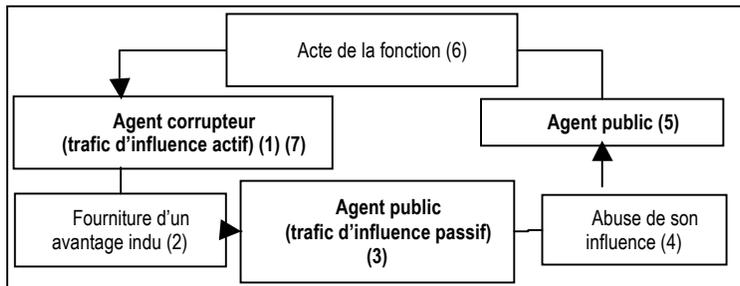
12. Degrés des pénalités attachées aux faits de corruption.

Schéma n°1 : trafic passif d'influence publique commis par un agent privé.



Légende : l'agent corrupteur (1) fournit un avantage indu (2) à un agent privé (3) afin que celui-ci abuse de son influence (4) à l'égard d'un agent public (5) pour que ce dernier réalise un acte de sa fonction (6) au bénéfice de l'agent corrupteur (7).

Schéma n° 2 : trafic passif d'influence publique commis par un agent public.



Légende : l'agent corrupteur (1) fournit un avantage indu (2) à un agent public (3) afin que de celui-ci abuse de son influence (4) à l'égard d'un autre agent public (5) pour que ce dernier réalise un acte de sa fonction (6) au bénéfice de l'agent corrupteur (7).

* * * * *

Comparative Study of the Bribery's Incrimination Systems. Questioner

Within this questioner, bribery can be defined as the fulfilment of a function's act in connection with obtaining an undue benefit. The questioner is aimed to check the existence and the scope of bribery's incrimination in the different States where a national reporter has been designated. In order to achieve this check, each national reporter is invited to analyse the Law in force (legislation, uses and customs, case-law) in the studied States. The purpose is to determine the bribery's incrimination degrees and the actual sentences resulting of incrimination, according to the chart and criteria provided below.

N.B.: the national reporters are invited to indicate the accessory incriminations to the bribery incrimination (offences-obstacles or offences-consequences).

1. Autonomy degrees of bribery's incrimination: the examination of the autonomy degrees of bribery's incrimination implies that each national reporter makes a double check relating to the autonomy of bribery's incrimination: in the light the complicity theory (1.1) and in the light of the attempt theory (1.2).

1.1. Autonomy degrees of bribery's incrimination in the light of the complicity theory. The first check consists in determining the autonomy degrees of the bribery's incrimination in the light of the complicity theory. More precisely, the national reporters are invited to verify whether bribery's incrimination is grounded in Law in force on a single (1.1.1.) or double (1.1.2.) incrimination system.

1.1.1. Single incrimination system (definition): this bribery's incrimination system integrates the complicity theory. Only the corrupt person's fact³⁵ is incriminated as main offence; the corruptor's fact³⁶ is incriminated only on the ground of the complicity theory. The corrupt person's behaviour is the only one incriminated, as the corruptor's behaviour is solely sanctioned by the complicity theory. In other words, the corruptor agent is considered as the corrupt person's complice, the latest being treated as the main offence's author: the corruptor's behaviour is accessory to the corrupt person's one.

1.1.2. Double incrimination system (definition): this bribery's incrimination system does not integrate the complicity theory. The corruptor's fact of the corrupt person's fact are incriminated separately. In other words, the corruptor is the author of the fact

³⁵ The corrupt person designates the agent who « realizes » the function's act, or more precisely the one who accomplishes the function's act in connection with obtaining an unjustified benefit.

³⁶ The corruptor designates the agent who « provides » with the undue benefit in connection with the achievement of the act of the corrupt person's function.

of corrupting (active bribery)³⁷; the corrupt person is the author of the fact of being corrupted (passive bribery)³⁸.

1.1.3. Other system: if the analysis of bribery's incrimination shows that the legal system does not correspond to a signal (1.1.1.) or double (1.1.2.) system, the national reporters are invited to describe the system consecrated by the Law in force.

1.2. Autonomy degrees of bribery's incrimination in the light of the attempt theory. The second check consists in determining the autonomy degrees of bribery's incrimination in the light of the attempt theory. Bribery attempt is defined as the proposal by the corruptor of an undue benefit, or the fact for the corrupt person to claim for an undue benefit.

In order to do so, the national reporters are invited to check whether bribery's incrimination is legally grounded on a system associated on the attempt theory (1.2.1.) or on a system which would be independent for the attempt theory (1.2.2.).

1.2.1. System of bribery's incrimination associated with the attempt theory (definition): this system of bribery's incrimination allows incriminating bribery attempt only on the ground of the attempt theory. The incrimination of bribery's attempt thus depends on the limits ascribed to the attempt theory. Therefore, the definition of bribery's incrimination does not intergrate the fact by the corruptor to propose an undue benefit or the fact for the corrupt person to claim for an undue benefit. Thus the bribery's attempt is not incriminated as itself, in an autonomous way.

1.2.2. System of bribery's incrimination independent from the attempt theory (definition): this system of bribery's incrimination considers bribery attempt in an autonomous way, i.e. independently from the attempt theory.

The incrimination of bribery attempt is therefore independent from the limits ascribed to the attempt theory. In order to do so, bribery's incrimination integrates the proposal of an undue benefit by the corruptor or the claiming of an unfair benefit by the corrupt person. The bribery attempt is thus incriminated as itself, in an autonomous way.

1.2.3. Other system: if the analysis of the bribery's incrimination shows that the legal system does not correspond to the systems described above (1.2.1.) (1.2.2.), the national reporters are invited to describe the legal system.

2. Bribery's incrimination degrees depending on the corrupt agent's quality³⁹: the national reporters are invited to check the bribery's incrimination degrees depending

³⁷ Bribery is qualified active as it designates the fact of corrupting – the verb 'to corrupt' is used in the active way, active bribery qualifies the corruptor's fact –.

³⁸ Bribery is qualified passive as it designates the fact of being corrupted – the verb 'to corrupt' is used in the passive way, passive bribery qualifies the fact of being corrupted –.

³⁹ Within this questioner, bribery is qualified (domestic public, foreign public, international public, domestic private or foreign private) according to the corrupt agent's quality (respectively domestic public agent, foreign public agent, international public agent, domestic private agent or foreign private agent).

on the quality of the (potentially) corrupt agent, distinguishing public (2.1.) and private (2.2.) bribery's incrimination degrees.

N.B.: the national reporters are invited to indicate which interest is protected by the incriminated legal provision, as well as the legal provision's location within the Criminal Code.

2.1. Public bribery's incrimination degrees: the assessment of public bribery's incrimination degrees must be made by national reporters by verifying domestic (2.1.1.), foreign (2.1.2.) and international (2.1.3.).

2.1.1. Domestic public bribery's incrimination degrees: the national reporters are invited to provide with the meaning and the scope granted to the notion of domestic public agent by the Law in force in the considered State (provide with legal provisions in force + penalties enacted and pronounced, indicating the types of public agents actually convicted). Notably, national reporters are invited to check the autonomy of the public agent's notion in criminal law and in civil service law of the considered State.

2.1.2. International public bribery's incrimination degrees: the national reporters are invited to provide with the meaning and the scope granted to the notion of domestic public agent by the Law in force in the considered State (provide with legal provisions in force + penalties enacted and pronounced, indicating the types of international public agents actually convicted). Notably, the national reporters are invited to check the norms – domestic or international – according to which the international public agent's quality is defined.

2.1.3. Foreign public bribery's incrimination degrees: the national reporters are invited to provide with the meaning and the scope granted to the notion of foreign public agent by the Law in force in the considered State (provide with legal provisions in force + penalties enacted and pronounced, indicating the types of foreign public agents actually convicted). Notably, the national reporters are invited to check the norms – domestic or international – according to which the foreign public agent's quality is defined.

2.2. Private bribery's incrimination degrees: the assessment of private bribery's incrimination degrees will be made by national reporters by checking domestic (2.2.1.) and foreign (2.2.2.) private bribery's incrimination degrees.

2.2.1. Domestic private bribery's incrimination degrees: the national reporters are invited to provide with the meaning and the scope granted to the notion of domestic private agent by the Law in force in the considered State (provide with legal provisions in force + penalties enacted and pronounced, indicating the types of private agents actually convicted). Notably, the national reporters are invited to describe the articulation of the definitions of domestic public and domestic private agent.

2.2.2. Foreign private bribery's incrimination degrees: national reporters are invited to provide with the meaning and the scope of the notion of foreign private agent in their domestic legislation in force (to provide with current legal provisions + penalties enacted, indicating in the meantime the various types of actually convicted foreign private agents).

3. Corrupting behaviour's incrimination degrees. Three degrees are conceivable: at a first degree, the proposal of an undue benefit (3.1); at the second degree, the acceptance of an undue benefit (3.2) ; at a third degree, granting an unjustified benefit (3.3). Consequently, the national reporters are invited to verify whether their domestic legislation allows to take those three incrimination degrees into consideration, and to indicate potentially the similarity or the difference between the bribery's incrimination degrees, depending on bribery is public (domestic, international, foreign) or private (domestic, foreign)⁴⁰.

3.1.: incrimination of the proposal of an unjustified benefit⁴¹: positive answer (provide with the legal provision in force + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

3.2: incrimination to the acceptance of an undue benefit⁴²: positive answer (provide with the legal provision in force + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

3.3: incrimination of granting an undue benefit⁴³: positive answer (provide with the legal provision in force + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

4. Degrees in the incrimination of the fact of being corrupted: Three incrimination degrees of the fact of being corrupted are conceivable: at a first degree, asking an undue benefit (4.1) ; at a second degree, agreeing with the proposal of an undue benefit (4.2) ; at a third degree, the fact of receiving an undue benefit (4.3). Consequently, national reporters are invited to check whether the legislation in force allows to take those three incrimination degrees into consideration, and to indicate potentially the similarity or the differences between the incrimination degrees depending on the bribery is public (domestic, international, foreign) or private (domestic, foreign)⁴⁴.

⁴⁰ On the definition of private bribery, see page178 and footnote 97.

⁴¹ Theoretically, the proposal of an undue benefit is made by the corruptor and is therefore active bribery.

⁴² Theoretically, the acceptance of an undue benefit is made by the corruptor and is therefore active bribery.

⁴³ Theoretically, granting an undue benefit is made by the corruptor and is therefore active bribery.

⁴⁴ On the definition of private bribery, see page178 and footnote 97.

4.1. Incrimination of the proposal of an undue benefit⁴⁵: positive answer (provide with the legal provision in force + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

4.2. Incrimination of an undue benefit: positive answer (provide with the legal provision in force + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

4.3. Incrimination of the fact of receiving an undue benefit: positive answer (provide with the legal provision in force + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

5. Degrees of incrimination of ways of proceeding for active and passive bribery. Two ways of proceeding for active and passive bribery are conceivable: indeed, both bribes can be directly or indirectly perpetrated (in other words via a third individual or legal person). Consequently, national reporters are invited to verify whether the legislation in force allows to take direct (5.1) and indirect (5.2) bribery into consideration, and to indicate potentially the similarity or the differences between the incrimination degrees depending on the bribery is public (domestic, international, foreign) or private (domestic, foreign)⁴⁶.

5.1. Direct bribery's incrimination: positive answer (provide with legal provisions in force + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

5.2. Indirect bribery's incrimination: positive answer (provide with legal provisions in force + penalties enacted and pronounced in indicating the specific incriminations applicable to the individual or legal person acting as an intermediary) – negative answer.

6. Incrimination degrees depending the precedence or the subsequence of bribery behaviours. Active bribery (proposal of an undue benefit, agreeing on granting an undue benefit, granting an undue benefit) and passive bribery (claiming for an undue benefit, agreeing on an undue benefit, receiving an undue benefit) can be precedent or subsequent to the achievement or non-achievement of a function's act. Consequently, national reporters are invited to check whether the Law in force allows taking into consideration bribery behaviours which would be precedent to the achievement or non-achievement of a function's act (6.1.), and/or bribery behaviours which would be subsequent to the achievement or non-achievement of a function's act (6.2.).

National reporter are invited to indicate the similarity or the difference between legal provisions depending on the considered bribery is public (domestic, international, foreign) or private (domestic, foreign)⁴⁷.

⁴⁵ Theoretically, claiming an undue benefit results from the corrupt agent, and therefore is passive bribery.

⁴⁶ On the definition of private bribery, see page 178 and footnote 97.

⁴⁷ On the definition of private bribery, see page 178 and footnote 97.

6.1. Incrimination of bribery behaviours precedent to the achievement or non-achievement of a function's: positive answer (provide with the legal provision in force + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

6.2. Incrimination of bribery behaviours subsequent to the achievement or non-achievement of a function's: positive answer (provide with the legal provision in force + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

7. Undue benefit's incrimination degrees. The assessment of the undue benefit's incrimination degrees implies the analysis of the nature of the undue benefit (7.1.1) and the beneficiary of the undue benefit (7.2.). National reporters are invited to indicate the similarity of the difference between legal provisions in force depending on the considered bribery is public (domestic, international, foreign) or private (domestic, foreign)⁴⁸.

7.1. Assessment of the undue benefit's incrimination degree by analysing the undue benefit's nature. The undue benefit varies in its nature depending on the possibility or impossibility to make a financial assessment. In order to do so, national reporters are invited to check whether the Law in force allows taking into account only patrimonial benefits (7.1.1.), or also extra-patrimonial benefits (7.1.2.).

7.1.1. Patrimonial benefits' incrimination degrees. The assessment of patrimonial benefits' incrimination degrees implies to check whether patrimonial benefits are defined by the Law in force and/or whether patrimonial benefits are comprehensively listed or not. In other words, the purpose is to check whether the Law in force treats all patrimonial benefits as undue benefits, or only some patrimonial benefits as undue benefits. If necessary, national reporters are invited to expose customary, case-law or legislative permissions.

7.1.1.1. Existence of a legal definition of patrimonial benefits: positive answer (provide with the definition and check if the Law in force allows to consider the advantage which increases the beneficiary agent's assets and/or decreases the beneficiary agent's + case-law) – negative answer.

7.1.1.2. Existence of a legal comprehensive list of patrimonial benefits: positive answer (provide with the definition and check if the Law in force allows to consider the advantage which increases the beneficiary agent's assets and/or decreases the beneficiary agent's + case-law examples) – negative answer.

7.1.1.3. Existence of a non-comprehensive list of patrimonial benefits: positive answer (provide with the list + case-law examples) – negative answer.

7.1.2. Extra-patrimonial benefits' incrimination degrees. The assessment of extra-patrimonial benefits' incrimination degrees implies to verify whether extra-patrimonial benefits are listed by Law and/or whether extra-patrimonial benefits are comprehensively or non-comprehensively listed. To say that differently, the purpose is to check if the Law in force treats all extra-patrimonial benefits or only some extra-patrimonial benefits as undue benefits.

⁴⁸ On the definition of private bribery, see page 178 and footnote 97.

7.1.2.1. Existence of a legal definition of extra-patrimonial benefits: positive answer (provide with the definition + case-law examples) – negative answer.

7.1.2.2. Existence of a comprehensive list of patrimonial benefits: positive answer (provide with the definition + case-law examples) – negative answer.

7.1.2.3. Existence of a non-comprehensive list of patrimonial benefits: positive answer (provide with the definition + case-law examples) – negative answer.

7.2. *Assessment of the undue benefit's incrimination degree by analysing the undue advantage's beneficiary. The undue benefit can be aimed to the satisfaction of the corrupt person or of a third person. In order to do so, national reporters are invited to check whether the Law in force allows to take into account only advantages towards the corrupt person (7.2.1.) or also the undue advantages towards a third person (7.1.2.).*

7.2.1. Incrimination of the only undue benefit towards the corrupt person: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced) – negative answer.

7.2.2. Incrimination of the undue advantage towards the corrupt person or of a third person: positive answer (provide with the legal provision + case-law examples) – negative answer. National reporters are invited to precise, if necessary, the criminal qualification which can be used upon the third person beneficiary (individual or legal person).

8. The incrimination degrees of the function's act. The assessment of the incrimination degrees of the undue benefit implies to analyse how Law takes into account the function's act *stricto sensu* (8.1.), the act eased by the function (8.2.), or the exercise of an undue influence (8.3.). National reporters are invited to indicate the similarity or the difference between legal provisions depending on the considered bribery is public (domestic, international, foreign)⁴⁹ or private (domestic, foreign)⁵⁰.

8.1. Assessment of the degree of incrimination of the function's act *stricto sensu*. The function's act can be examined as a positive function's act and/or as a negative function's act. Thus, national reporters are invited to check whether the Law in force allows taking into consideration only the fulfilment of a function's act (8.1.1.) or also the non-fulfilment of a function's act (8.1.2.).

8.1.1. Incrimination degree of the fulfilment of a function's act. The fulfilment of a function's act can be analysed by distinguishing 2 situations. First case: the fulfilment of a function's act consists in the fulfilment an illicit function's act. Second case: the fulfilment of a function's act consists in the fulfilment an licit function's act. Thus, national reporters are invited to check whether the Law in force allows taking into account only the fulfilment of an illicit act (8.1.1.1.), or also the fulfilment of a licit act (8.1.1.2.).

⁴⁹ On the definition of private bribery, see page 178 and footnote 97.

⁵⁰ On the definition of private bribery, see page 178 and footnote 97.

8.1.1.1. Incrimination of the only illicit function's act: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answer.

8.1.1.2. Incrimination of the licit function's act: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answer.

8.1.2. Incrimination degree of the non-fulfilment of a function's act. The non-fulfilment of a function's act covers 2 situations. First case: the non-fulfilment of a function's act is itself illicit, because the agent had the obligation to fulfil the function's act. Second case: the non-fulfilment of a function's act is not illicit by itself because the agent had the faculty to fulfil the function' act.

Thus the national reporters are invited to check whether the Law in force allows to take into account only the illicit non-fulfilment of a function's act (8.1.2.1.), or also allows to take into account the licit non-fulfilment of a function's act (8.1.2.2.).

8.1.2.1. Incrimination of the illicit non-fulfilment of a function's act: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answer.

8.1.2.2. Incrimination of the licit non-fulfilment of a function's act: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answer.

8.2. Assessment of the incrimination degree of the act eased by function. Such an act is not mentioned among the functional prerogatives of the (potentially) corrupt agent, 'but it is made possible by them, because of the close link connecting the prerogatives and the act'⁵¹.

The act eased by the function can be analysed as a positive and/or negative act eased by the function. Thus, national reporters are invited to check whether the Law in force allows taking into account only the fulfilment of an act eased by the function (8.2.1.), or also the non-fulfilment of an act eased by the function (8.2.2.).

8.2.1. Incrimination degrees of the fulfilment of an act eased by the function. The fulfilment of an act eased by the function can be analysed by distinguishing 2 situations. First case: the fulfilment of an act eased by the function consists in achieving an illicit act eased by the function. Second case: the fulfilment of an act eased by the function consists in achieving a licit act eased by the function.

Thus national reporters are invited to check whether the Law in force allows taking into account only the fulfilment of an illicit act eased by the function (8.2.1.1.) or also the fulfilment of a licit act eased by the function (8.2.1.2.).

8.2.1.1. Incrimination of an only illicit act eased by the function: positive answer (provide with the legal provision + case-law examples) – negative answer.

⁵¹ See. A. Vitu, *Droit pénal spécial: Cujas*, 1982, p. 293, n° 372.

8.2.1.2. of a licit act eased by the function: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answer.

8.2.2. Incrimination degrees of the non-fulfilment of an act eased by the function. The non-fulfilment of a function's act can be analysed by distinguishing 2 situations. First case: the non-fulfilment of an act eased by the function is illicit in itself because the agent had the obligation to achieve the act eased by the function. Second case: the non-fulfilment of an act eased by the function is not illicit in itself because the agent had the faculty to achieve the act eased by the function. Thus the national reporters are invited to check whether the Law in force allows taking into consideration only illicit the non-fulfilment of an act eased by the function (8.2.2.1.), or also the licit non-fulfilment of an act eased by the function (8.2.2.2.).

8.2.2.1. Incrimination of the illicit non-fulfilment of a function's act: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answer.

8.2.2.2. Incrimination of the licit non-fulfilment of a function's act: positive answer (provide with the legal provision) – negative answer.

8.3.2. Assessment of the incrimination degree of the exercise of an undue influence. The exercise of an undue influence is clearly different from bribery or para-bribery, because the undue advantage's counterpart is not the fulfilment or the non-fulfilment of a function's act, but the abuse of an actual or alleged influence, in order to obtain a favourable decision from a third authority. The assessment of the incrimination degrees of the exercise of an undue influence implies to make a distinction between a public agent author (8.3.2.1.) or a private agent author (8.3.2.2.).

8.3.2.1. Incrimination degrees of the exercise of an undue influence by a public agent⁵². The assessment of the incrimination degrees of the exercise of an undue influence by a public agent implies to check whether the Law in force allows to take into account only the abuse of a real or alleged influence towards a public authority (8.3.2.1.1.) and/or towards a private authority (8.3.2.1.2.).

8.3.2.1.1. Incrimination of the exercise of a real or alleged undue influence perpetrated by a public agent towards a public authority: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answers.

8.3.2.1.2. Incrimination of the exercise of a real or alleged undue influence perpetrated by a public agent towards a private authority: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answers.

8.3.2.2. Incrimination degrees of the exercise of an undue influence perpetrated by a private agent. The assessment of the incrimination degrees of the exercise of an undue influence perpetrated by a private agent implies to check whether the Law in

⁵² See p. 192, scheme n° 2.

force allows taking into account the exercise of a real undue influence towards a public (8.3.2.2.1.) and/or private authority (8.3.2.2.2.).

8.3.2.2.1. Incrimination of the exercise of a real or alleged influence perpetrated by a private agent towards a public authority: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answers.

8.3.2.2.2. Incrimination of the exercise of a real or alleged influence perpetrated by a private agent towards a private authority: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answers.

9. Incrimination degrees of the causality link connecting the undue benefit and the function's act. National reporters are invited to check whether the undue advantage has legally to be determining of the fulfilment or non-fulfilment of the function's act, this determining character being appreciable towards the corruptor (9.1.) or the corrupt person (9.2.). The reporters are invited to indicate the similarity or the difference between the legal provisions in force depending on the considered bribery is public (domestic, international, foreign) or private (domestic, foreign)⁵³.

9.1. Incrimination of the undue benefit finally caused by the fulfilment or non-fulfilment of a function's act: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answers.

9.2. Incrimination of the undue benefit efficiently caused by the fulfilment or non-fulfilment of a function's act: positive answer (provide with the legal provision + penalties enacted and pronounced + case-law examples) – negative answers.

10. Incrimination degrees of the moral element linked to active or passive bribery. The national reporters are invited to provide with the definition of the moral element of active bribery (10.1.) and passive bribery (10.2.). The national reporters are invited to indicate the similarity of the difference between legal provisions in force depending on the considered bribery is public (domestic, international, foreign)⁵⁴ or private (domestic, foreign)⁵⁵.

10.1. Definition of the moral element of active bribery: the national reporters are invited to precise the moral element's nature, as well as evidence rules (existence or absence of legislative or judicial presumptions).

10.2. Definition of the moral element of passive bribery: the national reporters are invited to precise the moral element's nature, as well as evidence rules (existence or absence of legislative or judicial presumptions).

⁵³ On the definition of private bribery, see page 178 and footnote 97.

⁵⁴ On the definition of public bribery, see page 178 and footnote 97.

⁵⁵ On the definition of private bribery, see page 178 and footnote 97.

11. Degrees of public prosecution's prescription relating to bribery. The national reporters are invited to indicate the similarity or the difference between legal provisions in force relating to public prosecution's prescription depending the considered bribery is public (domestic, international, foreign)⁵⁶ or private (domestic, foreign)⁵⁷.

12. Degrees of bribery's penalties. The reporters are invited to indicate the similarity of the difference between legal penalties depending on the considered bribery is public (domestic, international, foreign)⁵⁸ or private (domestic, foreign)⁵⁹. In order to do so, the reporters are invited to realize a chart distinguishing the incurred and pronounced depending on the considered bribery's nature.

QUESTIONER'S PLAN

1. Autonomy degrees of bribery's incrimination.

1.1. Autonomy degrees of bribery's incrimination in the light of the complicity theory.

1.1.1. Single incrimination system (definition).

1.1.2. Double incrimination system (definition).

1.1.3. Other system.

1.2. Autonomy degrees of bribery's incrimination in the light of the attempt theory.

1.2.1. System of bribery's incrimination associated with the attempt theory (definition).

1.2.2. System of bribery's incrimination independent from the attempt theory (definition).

1.2.3. Other system.

2. Bribery's incrimination degrees depending on the corrupt agent's quality.

2.1. Public bribery's incrimination degrees.

2.1.1. Domestic public bribery's incrimination degrees.

2.1.2. International public bribery's incrimination degrees.

2.1.3. Foreign public bribery's incrimination degrees.

2.2. Private bribery's incrimination degrees.

2.2.1. Domestic private bribery's incrimination degrees.

2.2.2. Foreign private bribery's incrimination degrees.

3. Corrupting behaviour's incrimination degrees.

⁵⁶ On the definition of public bribery, see page178 and footnote 97.

⁵⁷ On the definition of private bribery, see page178 and footnote 97.

⁵⁸ On the definition of public bribery, see page178 and footnote 97.

⁵⁹ On the definition of private bribery, see page178 and footnote 97.

- 3.1. Incrimination of the proposal of an unjustified benefit.
- 3.2. Incrimination to the acceptance of an undue benefit.
- 3.3. Incrimination of granting an undue benefit.
4. *Degrees in the incrimination of the fact of being corrupted.*
 - 4.1. Incrimination of the proposal of an undue benefit.
 - 4.2. Incrimination of an undue benefit.
 - 4.3. Incrimination of the fact of receiving an undue benefit.
5. *Degrees of incrimination of ways of proceeding for active and passive bribery.*
 - 5.1. Direct bribery's incrimination.
 - 5.2. Indirect bribery's incrimination.
6. *Incrimination degrees depending the precedence or the subsequence of bribery behaviours.*
 - 6.1. Incrimination of bribery behaviours precedent to the achievement or non-achievement of a function's.
 - 6.2. Incrimination of bribery behaviours subsequent to the achievement or non-achievement of a function's.
7. *Undue benefit's incrimination degrees.*
 - 7.1. Assessment of the undue benefit's incrimination degree by analysing the undue benefit's nature.
 - 7.1.1. Patrimonial benefits' incrimination degrees.
 - 7.1.1.1. Existence of a legal definition of patrimonial benefits.
 - 7.1.1.2. Existence of a legal comprehensive list of patrimonial benefits.
 - 7.1.1.3. Existence of a non-comprehensive list of patrimonial benefits.
 - 7.1.2. Extra-patrimonial benefits' incrimination degrees.
 - 7.1.2.1. Existence of a legal definition of extra-patrimonial benefits.
 - 7.1.2.2. Existence of a comprehensive list of patrimonial benefits.
 - 7.1.2.3. Existence of a non-comprehensive list of patrimonial benefits.
 - 7.2. Assessment of the undue benefit's incrimination degree by analysing the undue advantage's beneficiary.
 - 7.2.1. Incrimination of the only undue benefit towards the corrupt person.
 - 7.2.2. Incrimination of the undue advantage towards the corrupt person or of a third person.
8. *The incrimination degrees of the function's act.*
 - 8.1. Assessment of the degree of incrimination of the function's act *stricto sensu*.
 - 8.1.1. Incrimination degree of the fulfilment of a function's act.
 - 8.1.1.1. Incrimination of the only illicit function's act.

- 8.1.1.2. Incrimination of the licit function's act.
- 8.1.2. Incrimination degree of the non-fulfilment of a function's act.
 - 8.1.2.1. Incrimination of the illicit non-fulfilment of a function's act.
 - 8.1.2.2. Incrimination of the licit non-fulfilment of a function's act.
- 8.2. Assessment of the incrimination degree of the act eased by function.
 - 8.2.1. Incrimination degrees of the fulfilment of an act eased by the function.
 - 8.2.1.1. Incrimination of an only illicit act eased by the function.
 - 8.2.1.2. Incrimination of a licit act eased by the function.
 - 8.2.2. Incrimination degrees of the non-fulfilment of an act eased by the function.
 - 8.2.2.1. Incrimination of the illicit non-fulfilment of a function's act.
 - 8.2.2.2. Incrimination of the licit non-fulfilment of a function's act.
 - 8.2.3. Assessment of the incrimination degree of the exercise of an undue influence.
 - 8.2.3.1. Incrimination degrees of the exercise of an undue influence by a public agent.
 - 8.2.3.1.1. Incrimination of the exercise of a real or alleged undue influence perpetrated by a public agent towards a public authority.
 - 8.2.3.1.2. Incrimination of the exercise of a real or alleged undue influence perpetrated by a public agent towards a private authority.
 - 8.2.3.2. Incrimination degrees of the exercise of an undue influence perpetrated by a private agent.
 - 8.2.3.2.1. Incrimination of the exercise of a real or alleged influence perpetrated by a private agent towards a public authority.
 - 8.2.3.2.2. Incrimination of the exercise of a real or alleged influence perpetrated by a private agent towards a private authority.
- 9. *Incrimination degrees of the causality link connecting the undue benefit and the function's act.*
 - 9.1. Incrimination of the undue benefit finally caused by the fulfilment or non-fulfilment of a function's act.
 - 9.2. Incrimination of the undue benefit efficiently caused by the fulfilment or non-fulfilment of a function's act.
- 10. *Incrimination degrees of the moral element linked to active or passive bribery.*
 - 10.1. Definition of the moral element of active bribery.
 - 10.2. Definition of the moral element of passive bribery.
- 11. *Degrees of public prosecution's prescription relating to bribery.*
- 12. *Degrees of bribery's penalties.*

AIDP

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL
INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PENAL LAW
ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

IAPL

INSTRUCTIONS POUR REMPLIR LE BULLETIN D'ADHESION

Renseignements d'identité

- ✓ Remplir lisiblement et en caractère d'imprimerie les données d'identité.
- ✓ Il est impératif de donner une adresse email, les informations de l'Association étant diffusées par courrier électronique.

Type d'adhésion

Membre bienfaiteur : Vous souhaitez soutenir financièrement l'association. Vous recevrez une carte de membre valant reçu fiscal.

Membre collectif : Universités, associations, instituts, etc.

Groupe national : Les adhérents de l'AIDP se sont regroupés dans de nombreux pays en groupes nationaux, qui ont leurs propres activités scientifiques. Chaque groupe national, en sus de la cotisation de ses membres, doit payer à l'AIDP une cotisation qui lui donne droit à participer au Conseil de Direction à recevoir deux exemplaires de la revue.

Jeune pénaliste : Les membres de l'AIDP âgés de moins de 35 ans peuvent se joindre au groupe des jeunes pénalistes, qui élisent leurs représentants au sein des organes de l'AIDP. Ils organisent des activités scientifiques propres.

Adhésion à l'Association française de droit pénal : Vous pouvez adhérer en même temps à l'AIDP et à l'AFDP, qui est le groupe national français de l'AIDP, pour un supplément de cotisation de 10 €. Renseignez-vous sur les activités de l'AFDP à l'adresse suivante : www.francepenal.org

Adhésion au groupe national de votre pays de résidence : si vous cochez la case, nous transmettrons vos coordonnées au groupe national de votre pays de résidence. Il vous tiendra informé de ses activités, et le cas échéant, vous réclamera une cotisation spécifique. Consultez la liste des groupes nationaux sur le site de l'AIDP et mettez-vous en rapport avec la personne contact.

Cotisation adaptée : Si vous résidez dans un pays figurant sur la liste des pays à « cotisation adaptée », vous pouvez bénéficier d'une cotisation adaptée à prix réduit, mais qui comprend l'ensemble des services d'une cotisation de membre individuel, y compris l'abonnement à la Revue Internationale de Droit Pénal. Voir la liste des pays concernés sur www.penal.org, rubrique Qui sommes nous ? > Adhésion.

Modalités de paiement

Paiement par chèque : Joignez votre chèque à votre bulletin d'adhésion et envoyez le à :
AIDP BP 60118 F- 33008 Bordeaux Cedex (France)

Paiement par virement bancaire : Les coordonnées de la banque et du compte figurent sur le bulletin. Une fois le virement effectué, envoyez votre bulletin de cotisation accompagné de une copie de l'ordre de virement par fax ou par email au secrétariat de l'Association. Nous ne recevons pas les coordonnées du donneur d'ordre d'un virement par le biais de notre banque et si vous n'envoyez pas ces pièces, nous ne pourrions pas vous enregistrer comme membre.

Paiement par carte bancaire : Le cryptogramme est le numéro à trois chiffres qui se trouve au dos de votre carte. Il est nécessaire au paiement. N'oubliez pas de signer votre bulletin. Renvoyez votre bulletin par fax ou email, ou par courrier.

Les informations recueillies sont nécessaires pour votre adhésion. Elles font l'objet d'un traitement informatique et sont destinées au seul secrétariat de l'association. En application des articles 39 et suivants de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, vous bénéficiez d'un droit d'accès et de rectification aux informations qui vous concernent. Si vous souhaitez exercer ce droit et obtenir communication des informations vous concernant, veuillez vous adresser au secrétariat de l'association. Vous pouvez, si vous le souhaitez, vous opposer à la publication de votre nom dans l'annuaire des membres figurant sur le site internet.

Secrétariat : AIDP, 12 Charles FOURIER, F-75013 PARIS (France)
Tél : (33) (0)1.45.88.72.42 - FAX : (33) (0)1.55.04.92.89 - Email : ridp@penal.org ou ridp-irpl@penal.org
BNP PARIBAS Bordeaux C Rouge N° IBAN : FR76 3000 4003 2000 0104 3882 870
www.penal.org

AIDP

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL
INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PENAL LAW
ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

IAPL

INSTRUCTIONS

Personal details

- ✓ Fill in legibly in capital letters your personal details.
- ✓ It is necessary to provide an email address, as information on the Association's activities are disseminated by electronic mail.

Membership Type

Benefactor Member: You wish to provide extra financial support to the Association. You will receive a Membership card which can be used as a certificate for tax purposes.

Collective Member: Universities, associations, institutes, etc.

National Group: AIDP/IAPL members have established in numerous countries a National Group, which carries out its own scientific activities. Each National Group, in addition to the fees for each individual members, have to pay to the AIDP/IAPL a membership fee which entitles the national group to participate in the Board of Directors and to receive two copies of each issue of the International Review of Penal Law.

Young Penalist: AIDP/IAPL members under the age of 35 may join the Young Penalist Group, which carries out its own activities and elect representatives to the organs of the AIDP/IAPL.

Joining the National Group of your country of residence: If you tick in this option, we will submit to the National Group of your country of residence your contact details. It will keep you informed of the scientific activities of the National Group, and may claim a specific membership fee (usually modest). Check online (www.penal.org) the existence of a National Group in your country and the contact details.

Reduced-fee countries: If you are residing in a country listed on the "reduced-fee" country list, you will be entitled to full membership, including subscription to the International Review of Penal Law, for a limited membership fee. You can check the list on the AIDP/IAPL website www.penal.org, then click on "about us" > "membership".

Payment instructions

By check: Join your check to your membership form and mail it to : AIDP secretariat BP 60118 F- 33008 Bordeaux Cedex (France)

Bank transfer: The bank and account details are on the membership application form. Once the bank transfer is done, send your membership application form **together with a copy of the bank transfer order** by fax or email, or by mail to the secretariat of the Association. The identity of the sender does not appear on the bank statement and if you don't send a copy of the bank transfer separately, we will not be able to credit the transfer to your membership.

Payment by credit card : The cryptogram is the three-digit number on the reverse side of your credit card. It is necessary for payment. Do not forget to sign your application. Please return the form by fax or email, or by mail.

Personal data is collected for the purpose of your membership application. They are subject to electronic data processing and are destined to the secretariat of the association. In accordance with Article 39 et seq. of the Law of 6 January 1978 (as amended), you are entitled to access to, and rectification of, your personal data. If you wish to exercise this right and get access to your personal data, please contact the secretariat of the association. You may also oppose the publication of your name in the directory of members which is posted on the website.

Secrétariat : AIDP, 12 Charles FOURIER, F-75013 PARIS (France)

Tél : (33) (0)1.45.88.72.42 - FAX : (33) (0)1.55.04.92.89 - Email : ridp@penal.org ou ridp-irpl@penal.org

BNP PARIBAS Bordeaux C Rouge N° IBAN : FR76 3000 4003 2000 0104 3882 870

www.penal.org

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL
INTERNATIONAL REVIEW OF PENAL LAW
REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

Bulletin d'abonnement / Subscription Form

Nom / Family Name:: _____

(en capitale)

Prénoms / First Name:: _____

(en capitale)

Adresse complète / Complete Address:: _____

(en capitale)

Désire souscrire ____ abonnement(s) à la **Revue internationale de droit pénal** pour l'année _____. / I would like to order ____subscriptions to the **Revue internationale de droit pénal** for the year_____.

Prix de l'abonnement pour 2014 (deux numéros doubles) 75 € (Frais d'envoi compris)

Subscription price for 2014 (including two double issues) 75 € (cost of delivery is included)

Règlement par chèque bancaire ou postal établi exclusivement au nom des Editions Erès, S.A.R.L.

Please pay with a cashier's check, postal or money order, exclusively to the order of: Editions Erès, S.A.R.L.

Références bancaires / Bank References:

BNP Ramonville St-Agne n° 30004/01816/00023071212/09

IBAN / FR76 3000 40118 1600 0230 7121 209

BIC / BNPAFRPPTLS

CCP 3439-24X Toulouse N° 20041/01016/0343924X037/67

PRIÈRE DE RETOURNER CE BULLETIN AUX
PLEASE RETURN THE SUBSCRIPTION FORM TO:

Editions Erès
33 Avenue Marcel Dassault, F-31500 TOULOUSE (France)
www.editions-eres.com

