

FRANCE

EXAMEN DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION ET DE LA RECOMMANDATION DE 1997

A. APPLICATION DE LA CONVENTION

Questions formelles

La Convention a été signée le 17 décembre 1997. La loi n°99-424 en date du 27 mai 1999 autorise la ratification de la Convention. Le Gouvernement français a déposé son instrument de ratification auprès du Secrétariat de l'OCDE le 31 juillet 2000. La Convention est entrée en vigueur en France le 29 septembre 2000.

Auparavant, le droit français incriminait la seule corruption active et passive de personnes françaises dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif (articles 433-1 et 432-11 du code pénal), mais ne sanctionnait pas la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales. C'est désormais fait avec la loi n°2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption (ci-après "loi du 30 juin 2000"). La plupart de ses dispositions sont entrées en vigueur le 29 septembre 2000. Cette loi, qui transpose également la Convention de l'Union européenne¹, modifie les dispositions du code pénal dans son livre IV (Des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique), titre III (Des atteintes à l'autorité de l'État) en insérant un nouveau chapitre comprenant l'ensemble des dispositions relatives à la corruption internationale, et modifie également certaines dispositions du code de procédure pénale.

La Convention et le système juridique français

L'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Si les conventions internationales en droit français priment le droit interne, elles n'ont pas d'effet direct sur l'ordre juridique interne et une loi d'adaptation est nécessaire. Les Commentaires relatifs à la Convention de l'OCDE n'ont quant à eux qu'une valeur interprétative.

1. ARTICLE 1 – L'INFRACTION DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS

Afin de satisfaire les exigences de l'article 1 de la Convention, la France a créé dans le titre III du code pénal un chapitre V intitulé : « Des atteintes à l'administration publique des Communautés européennes, des Etats membres de l'Union européenne, des autres Etats étrangers et des organisations internationales publiques » qui comprend trois sections : De la corruption passive, De la corruption active, et Peines complémentaires et responsabilité des personnes morales.

Dans un souci de clarté, le Gouvernement a estimé souhaitable que chaque nouvel article du code pénal fasse référence explicitement à la convention dont il tend à permettre l'application et entre en vigueur en

1 Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, *Journal officiel des Communautés européennes* n° C 195 du 25 juin 1997, pages 1ss., mais aussi quatre autres conventions ou protocoles.

même temps que la Convention de référence, les conventions ayant un champ d'application différent. Il existe ainsi - comme le montre le tableau récapitulatif ci-dessous - une disposition prise en application de la Convention de l'OCDE (sous-section 2), et une autre disposition, prise en application de la Convention de l'Union européenne (sous-section 1).

Sous-section 1 : « De la corruption active des fonctionnaires des Communautés européennes, des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, des membres des institutions des Communautés européennes »

Art. 435-2 « Pour l'application de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne faite à Bruxelles le 26 mai 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'un fonctionnaire communautaire ou d'un fonctionnaire national d'un autre État membre de l'Union européenne ou d'un membre de la Commission des Communautés européennes, du Parlement européen, de la Cour de justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat.

« Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa. »

Sous-section 2 : « De la corruption active des personnes relevant d'États étrangers autres que les États membres de l'Union européenne et d'organisations internationales publiques autres que les institutions des Communautés européennes »

Art. 435-3 alinéas 1 et 2 : « Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un État étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.

« Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa. »

Art. 435-4 alinéas 1 et 2 « Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'un magistrat, d'un juré ou de toute autre personne siégeant dans une fonction juridictionnelle, d'un arbitre ou d'un expert nommé soit par une juridiction, soit par les parties, ou d'une personne chargée par l'autorité judiciaire d'une mission de conciliation ou de médiation, dans un État étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.

« Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa. »

Les autorités françaises ont opéré cette distinction afin de "transposer les traités strictement, sans aller plus loin, afin de ne pas exposer [leurs] ressortissants à des risques juridiques supérieurs à ceux auxquels sont soumis [leurs] partenaires". Or seul le texte d'application de la Convention de l'OCDE est entré en vigueur.

Selon les autorités françaises, les dispositions des articles 435-3 et 435-4 nouveaux doivent être regardées comme des dispositions générales, applicables à tout agent public étranger, que ce dernier ait ou non la qualité de fonctionnaire communautaire ou relevant d'un Etat membre de l'Union Européenne. Dès lors, les articles 435-3 et 435-4 nouveaux s'appliquent aux fonctionnaires communautaires ou relevant d'Etats membres de l'Union Européenne, tant que les dispositions spéciales de l'article 435-2 ne leurs sont pas applicables. Lorsque l'article 435-2 sera entré en vigueur, la corruption active de fonctionnaire communautaire ou relevant d'Etats membres de l'Union Européenne sera incriminée par cette norme spéciale, dérogeant à la norme générale des articles 435-3 et 435-4.

En d'autres termes, bien que le texte d'application de la Convention de l'Union européenne ne soit pas entré en vigueur, cette situation, selon les autorités françaises, ne pose pas problème dans la mesure où le traité OCDE a une vocation universelle. Il s'applique donc également dans l'Union, mais limité au commerce international.

Les autorités françaises ont également précisé que les intitulés des sous-sections n'avaient pas valeur juridique particulière, et n'ont qu'un but pédagogique, visant à distinguer les différents traités. Par ailleurs, les références aux traités dont ces dispositions constituent l'adaptation en droit interne viseraient à faciliter, le moment venu, l'interprétation de ces dispositions par le juge national.

1.1 Éléments de l'infraction

Les éléments spécifiques de l'infraction prévue à l'article 1 de la Convention sont couverts de la manière suivante :

1.1.1 Toute personne

En application des dispositions de la loi du 30 juin 2000, toutes les personnes, tant physiques que morales, sont susceptibles d'être poursuivies pour corruption d'agent public étranger.

1.1.2 Le fait intentionnel

Si la loi ne fait pas référence à l'intention dans les définitions de la corruption active, le fait est toujours intentionnel car l'article 121-3 du code pénal précise qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». La faute intentionnelle est définie par la jurisprudence comme la volonté de commettre un acte en ayant conscience de violer la loi pénale. Par contre le dol éventuel, existant en droit français en cas de mise en danger délibérée de la personne, n'est pas possible dans les cas de corruption.

1.1.3 D'offrir, de promettre ou de donner

Selon les articles 435-2, 435-3 et 435-4 nouveaux du code pénal, le fait de « proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques » constitue l'infraction de corruption. Bien que le texte ne prévoit explicitement que l'action de proposer, les actes de dons, sans proposition préalable, sont couverts par les articles 435-3 et 435-4. En effet, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, relative à la corruption d'une personne exerçant une fonction publique en France (art. 433-1 du code pénal) "la corruption résulte des offres ou promesses, dons ou présents, faits dans l'intention de corrompre, sans qu'il soit besoin que les personnes sollicitées aient été, en outre, l'objet de propositions verbales ou écrites"².

2 Cass. Crim. 28 janvier 1897, DP 1897 I p. 240

La jurisprudence et la doctrine françaises font référence à la notion de pacte de corruption, rencontre de volonté entre corrupteur et corrompu. Les autorités françaises précisent que ce pacte n'est pas un « contrat » prévoyant toutes les modalités de « l'achat » de la décision, et qu'il suffit que le corrupteur sache que son offre a pour but d'acheter une décision ou une abstention, et que le corrompu, de son côté, agisse en ayant conscience que sa décision ou son abstention a eu une contrepartie illicite.

Jusqu'à présent, la Cour de cassation considérait que le délit de corruption n'était constitué que lorsque l'offre du corrupteur était antérieure à l'acte du corrompu. Or la preuve du pacte préalable est très difficile à obtenir, la corruption étant par définition occulte. Par l'insertion des mots "à tout moment", la preuve du pacte préalable ne sera plus une condition à la démonstration de la corruption³, et les rémunérations versées a posteriori pourront être poursuivies directement, et non plus de façon détournée sous les qualifications d'abus de biens sociaux, pour le corrupteur, et de recel d'abus de biens sociaux, pour le corrompu.

Cependant, si la loi nouvelle élimine la condition d'antériorité du pacte par rapport à l'acte de l'agent public, il semble que le pacte en tant qu'accord de volonté reste à démontrer par le juge. Conformément à l'article 427 du code de procédure pénale, ce «pacte de corruption» (ou plus exactement "toute proposition, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement") peut être établi par tout mode de preuve (écrit, témoignage, perquisitions, saisies, expertise, etc.). Le versement d'un pot-de-vin pourra ainsi être considéré comme indicateur de cet accord de volonté. Il convient de noter que selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, il n'est pas indispensable que le corrupteur ait réussi à faire agréer ses offres pour que le délit soit constitué⁴. Les autorités françaises ajoutent que, conformément à la doctrine, et bien que la jurisprudence n'ait pas tranché cette question, le délit est pleinement consommé par le simple fait que le corrupteur ait émis une proposition de corruption. Il importe peu qu'elle ait été suivie d'effet, ou que son destinataire n'en ait pas eu connaissance, de fait, pour des raisons échappant à la volonté de l'initiateur, comme une erreur dans l'acheminement du courrier ou la non-exécution par l'intermédiaire de ses engagements : l'intention suivie d'un commencement d'exécution suffisent.

La question a été soulevée lors des débats parlementaires de savoir si les actes de corruption commis après l'entrée en vigueur de la loi en relation avec des contrat conclus avant l'entrée en vigueur de la loi seraient poursuivis. De même la question s'est posée de savoir si des faits débutés avant l'entrée en vigueur (comme le pacte de corruption ou un paiement partiel) et continués après (l'exécution d'un acte par l'agent public étranger ou un paiement) seraient poursuivis. Le législateur a préféré laissé à la jurisprudence le soin de trancher cette question au regard de la nature particulière de l'infraction de corruption et de la règle de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, plutôt que d'inclure une disposition dans la loi.

Ainsi pour la Cour de cassation, le délit de corruption, consommé dès la conclusion du pacte de corruption entre le corrupteur et le corrompu, se renouvelle à chaque acte d'exécution du dit pacte⁵. Les autorités françaises expliquent que si cette jurisprudence est intervenue en matière de prescription, et non en matière d'appréciation de la rétroactivité d'une loi, les différents principes en présence, que la jurisprudence devra prendre en compte, sont clairs, et il appartiendra aux juges du fond qui seront saisis de cette question d'apprécier souverainement, sous le contrôle de la Cour de cassation, la portée des principes constitutionnels du droit français, principes communs à l'ensemble des pays démocratiques, dans les cas où des faits de corruption d'agents publics étrangers ont été commis avant la promulgation de la loi du 30 juin 2000 mais continuent à produire leurs effets postérieurement.

3 Discussion des articles du projet de loi *in*: « Assemblée nationale. Compte-rendu intégral. Séance du 14 décembre 1999 », *Journal Officiel de la République française*, décembre 1999, p. 10919 et 10920.

4 "Le délit est consommé dès que le prévenu a usé de moyens énoncés par la loi, en vue du but qu'elle définit; ainsi l'offre d'une somme d'argent constitue, non une tentative qui ne serait pas punissable, mais le délit même de corruption active". *Crim.* 10 juin 1948 : *Bull. Crim. n°154*; *D.* 1949. 15, *note Carteret*; *S.* 1948. 1. 111, *note Rousselet et Patin*; *Gaz. Pal.* 1948. 2. 35.

5. Cf notamment *Cass. Crim.*, 27 octobre 1997, *Arrêt Carignon*

Proposer mais aussi céder à une sollicitation

Les articles 435-2, 435-3 et 435-4 nouveaux du code pénal visent non seulement le fait de « proposer » (alinéa 1), mais également « le fait de céder à [un agent public étranger] qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des [pots-de-vin] » (alinéa 2). En procédant de cette manière, le législateur français a souhaité sanctionner d'une part le corrupteur "initiateur", qui propose le pot-de-vin, mais aussi le corrupteur "soumis", qui ne fait qu'accepter la requête de l'agent public⁶. Selon les autorités françaises, cette requête peut prendre la forme d'une simple demande (ou sollicitation), même non réitérée ni exercée avec insistance. Le corrupteur ne pourra invoquer le caractère prétendument "irrésistible" de cette demande ni la pression illégale exercée par l'agent public pour dédouaner ses actes, et sera donc sanctionné comme l'exige la Convention de l'OCDE⁷. Il faut par contre distinguer cette hypothèse des cas de chantage, menaces physiques, violences, etc. et tenir compte des causes légales d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité, communes à toutes les infractions (notamment l'état de nécessité, la contrainte, la force majeure, etc.). Malgré cette séparation en deux alinéas il suffit, sur le plan des poursuites, de viser l'article lui-même, sans viser les alinéas.

1.1.4 Un avantage indu pécuniaire ou autre

Les articles 435-2, 435-3 et 435-4 nouveaux du code pénal disposent qu'est constitutif de corruption active le fait de proposer « sans droit (...) des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques ».

Avantages pécuniaires ou autres

La loi française couvre les offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques⁸ versés à un agent public étranger. Par ailleurs les autorités françaises précisent que le délit est constitué quel que soit le montant du paiement ; il n'existe pas de tolérance pour les paiements dits de facilitation.

Avantages indus

L'expression « sans droit » signifie, selon le Garde des Sceaux⁹, que l'avantage n'est ni fondé ni justifié par aucun texte ni aucune jurisprudence en vigueur. Certaines législations étrangères autorisent en effet la perception d'avantages par un fonctionnaire et considèrent en conséquence que l'infraction de corruption n'est pas constituée lorsque l'avantage est permis par la loi ou par la jurisprudence. La législation française fait ainsi application du commentaire 8 relatif à la Convention de l'OCDE¹⁰.

6 T. enfants Sarreguemines, 11 mai 1967 : *JCP 1968. II. 15359, note Sigalas.*

7 Commentaire 7 à la Convention OCDE : "Il y a également infraction indépendamment, entre autres (...) de la nécessité alléguée du paiement pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu."

8 Ces avantages peuvent porter par exemple sur une rémunération ou une somme d'argent (Crim. 17 nov. 1955), un travail gratuit (Crim. 4 juill. 1974, Crim. 1er oct. 1984), la promesse de relations sexuelles (T. enfants Sarreguemines, 11 mai 1967), l'acquittement de dette de la personne corrompue (Cass. Crim 7 sept. 1935) ; des facilités d'approvisionnement consenties à des prix très inférieurs aux cours normaux (Cass. Crim. 6 fév. 1968).

9 « Assemblée nationale. Compte-rendu intégral. Séance du 14 décembre 1999 », *Journal Officiel de la République française*, déc. 1999, p. 10920.

10 Commentaire 8 : "En revanche, 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."

1.1.5 Directement ou par des intermédiaires

Selon les articles 435-2, 435-3 et 435-4 nouveaux du code pénal, constitue un acte de corruption le fait de « proposer directement ou indirectement ».

Selon les autorités françaises, pour que l'acte de corruption soit constitué, il n'est pas nécessaire que l'agent public ait connaissance du rôle de l'intermédiaire. Ainsi le délit de corruption sera constitué dans l'hypothèse où une entreprise verserait une commission à un parti politique national pour acheter la décision d'un agent public appartenant à ce parti, alors même que ce dernier ignorerait l'existence de cette commission, du moment que l'agent ait agi en ayant conscience que sa décision ou son abstention a eu une contrepartie illicite.

De même, bien que la jurisprudence n'ait pas tranché cette question, les autorités françaises estiment que le délit de corruption serait constitué alors même que le corrupteur ignorerait le rôle d'un intermédiaire, bénéficiaire de la commission, à la condition néanmoins que le corrupteur sache que cette commission a pour objet d'acheter la décision de l'agent public. Ont ainsi donné lieu à des condamnations pénales pour prise illégale d'intérêts (article 432-12 du code pénal), des situations dans lesquelles il y a eu interposition de personnes dans la consommation de l'infraction, soit qu'il s'agisse de l'intervention de tiers, soit que l'interposition se traduise par la présence d'une société dont l'auteur est en réalité le maître, derrière un président ou un gérant de façade¹¹.

L'intermédiaire peut être poursuivi des chefs de recel ou complicité de corruption active et encourt les mêmes peines que s'il était poursuivi pour corruption proprement dite¹².

1.1.6 A un agent public étranger

La loi française de transposition, aux fins de détermination de la qualité d'une personne exerçant une fonction publique à l'étranger, opère une distinction selon que l'agent public relève ou non d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'une institution de l'Union européenne. Selon les autorités françaises, par Etat étranger, il faut entendre tous les niveaux et subdivisions d'administration, du niveau national au niveau local.

Agents publics étrangers "pour l'application de la convention de l'OCDE"

Les catégories juridiques visées aux articles 435-3 et 435-4 nouveaux du code pénal recouvrent largement la catégorie "d'agent public étranger" au sens de la Convention de l'OCDE. Sont en effet couverts par les dits articles : les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique et les personnes détenant un mandat judiciaire.

- Par "personne dépositaire de l'autorité publique" il faut entendre les personnes qui exercent une fonction d'autorité, que cette autorité soit de nature administrative, juridictionnelle ou militaire : le statut de la personne, qu'il soit privé ou qu'il soit public est indifférent¹³.
- Par "personne chargée d'une mission de service publique", il faut entendre les personnes privées ou publiques, qui sans être dépositaires d'une parcelle de l'autorité publique,

11 Cass. crim., 2 nov. 1961 ; Cass. crim. 16 déc. 1975 ; Cass. crim. 20 fév. 1995

12 Le recel sera caractérisé si l'intermédiaire a bénéficié en connaissance de cause de la commission versée en vue d'acheter la décision de l'agent public. La complicité pourra être caractérisée soit par l'aide ou l'assistance destinée à faciliter la préparation ou la consommation du délit, soit par la provocation au délit ou la fourniture d'instructions pour le commettre.

13 circulaire du 14 mai 1993, "Commentaire des dispositions de la partie Législative du nouveau Code pénal et des dispositions de la loi du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur – n° 290".

accomplissent, à titre temporaire ou permanent, volontairement ou sur réquisition des autorités, un service public quelconque¹⁴. Cette catégorie peut couvrir les personnes responsables d'entreprises publiques ou contrôlées par l'Etat. Cependant le simple contrôle ne sera pas toujours suffisant, notamment si l'entreprise agit sur une base commerciale normale dans le secteur concurrentiel. Il conviendra alors d'analyser au cas par cas si la personne considérée exerce ou non un service public. Les autorités françaises ont notamment donné l'exemple d'une ONG chargée d'une mission d'aide au développement à l'étranger.

- Par "personne investie d'un mandat électif public", il faut entendre toute personne élue au sein d'une assemblée publique ou d'un organisme public¹⁵. Selon les autorités françaises, les personnes détenant un mandat législatif sans avoir été élues n'entrent pas dans cette catégorie, mais dans celle des "personnes dépositaires de l'autorité publique", que cette autorité soit de nature administrative, juridictionnelle ou militaire.
- Les "personnes détenant un mandat judiciaire" sont quant à elles couvertes, selon les termes de la loi du 30 juin 2000, par les termes de magistrats, jurés, ou toute autre personne siégeant dans une fonction juridictionnelle, arbitres ou experts nommés soit par une juridiction, soit par les parties, ou toute personne chargée par l'autorité judiciaire d'une mission de conciliation ou de médiation, dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique.

Bien qu'il semblerait que l'emploi des notions de "personne détenant un mandat judiciaire" et de "personne dépositaire de l'autorité publique" puisse donner lieu à des problèmes d'interprétation quant à la définition des autorités judiciaires, les autorités françaises estiment que les termes utilisés sont suffisamment larges pour couvrir toutes les situations de mandat judiciaire.

Les autorités françaises précisent par ailleurs que les personnes n'exerçant pas officiellement de fonction publique, comme les responsables d'un parti politique dans les pays à parti unique, sont couvertes dès lors qu'elles exercent effectivement un pouvoir de décision ou de contrainte par délégation de la puissance publique. Par contre les avantages promis ou accordés à une personne en anticipation de sa nomination comme agent public ne constituent pas le délit de corruption, mais pourront être poursuivis sous le chef d'abus de biens sociaux ou d'infraction à la législation sur le financement des partis politiques et les campagnes électorales.

Fonctionnaires des Communautés européennes, fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, et membres des institutions des Communautés européennes "pour application de la Convention de l'Union européenne"

L'article 435-2 nouveau du code pénal définit les actes de corruption active commis envers « un fonctionnaire communautaire ou un fonctionnaire national d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou un membre de la Commission des Communautés européennes, du Parlement européen, de la Cour de justice et de la Cour des comptes des Communautés européennes ». La loi française n'offre pas de définition de ces catégories d'agents publics, laissant à la Convention de l'Union européenne le soin de le faire. Celle-ci, contrairement à la Convention de l'OCDE, n'offre pas de définition autonome de l'agent public étranger, mais une définition dérivée des définitions de fonctionnaire communautaire et de fonctionnaire national de l'Etat¹⁶. Toutefois, selon les autorités françaises, au cas où au sein de l'Union

14 Idem

15 Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, cette expression désigne non seulement les membres des grands corps nationaux (Sénat, Assemblée nationale) mais aussi les personnes qui font partie des assemblées locales (régionales, départementales et communales), et les membres élus des établissements publics administratifs, tels que les chambres de commerce et d'industrie, chambres d'agriculture, chambres des métiers (Cass crim, 8 mars 1965).

16 La convention de l'Union européenne consacre son article premier aux définitions suivantes :

européenne les dispositions spécifiques de l'article 435-2 ne s'appliqueraient pas à tel agent public au motif qu'il n'aurait pas le statut de "fonctionnaire", les articles 435-3 et 435-4 pourraient s'appliquer.

Selon les autorités françaises, le renvoi au droit interne de l'Etat n'est pas un problème dans la mesure où les concepts utilisés pour la transposition de la Convention recouvrent l'ensemble des catégories de personnes ou d'agents visés par la Convention, ce qui est le cas des termes employés par les articles 435-3 et 435-4 du code pénal et des définitions très larges qui en sont données en droit français.

1.1.7 A son profit ou au profit d'un tiers

Les articles 435-2, 435-3 et 435-4 du code pénal ne mentionnent pas la qualité de la personne qui reçoit l'avantage. Selon les autorités françaises, bien que la jurisprudence n'ait pas tranché cette question, la loi est sans ambiguïté : dès lors qu'elle ne prévoit pas à qui l'avantage doit être remis, il importe peu qu'il soit destiné à l'agent ou à un tiers, ni qu'il ait été remis directement à ce dernier ou par l'intermédiaire du corrompu.

1.1.8 Pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles

Aux termes des articles 435-2, 435-3 et 435-4 nouveaux du code pénal, pour que l'infraction soit constituée, les manœuvres constitutives de corruption active doivent avoir pour but que l'agent public étranger "accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat".

Acte de la fonction

L'acte de la fonction, de la mission ou du mandat est, selon les autorités françaises, l'acte dont l'accomplissement, ou l'abstention, est imposé par les attributions légales ou réglementaires de la personne titulaire de cette fonction, de cette mission ou de ce mandat. Cette définition englobe non seulement les actes qu'il appartient au titulaire de la fonction, de la mission ou du mandat d'accomplir, seul ou en concours avec d'autres, mais encore ceux à la préparation desquels il participe, sans pouvoir les accomplir lui-même, ou ceux dont les devoirs de sa charge lui font une obligation de s'abstenir. De même le texte ne distinguant pas les actes pour lesquels l'agent dispose soit d'une compétence discrétionnaire, soit d'une compétence liée, les deux hypothèses sont donc couvertes.

« a) l'expression «fonctionnaire» désigne tout fonctionnaire tant communautaire que national, y compris tout fonctionnaire national d'un autre État membre ;

b) l'expression «fonctionnaire communautaire» désigne :

- toute personne qui a la qualité de fonctionnaire ou d'agent engagé par contrat au sens du statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou du régime applicable aux autres agents des Communautés européennes,

- toute personne mise à la disposition des Communautés européennes par les États membres ou par tout organisme public ou privé, qui exerce des fonctions équivalentes à celles qu'exercent les fonctionnaires ou autres agents des Communautés européennes.

Les membres des organismes créés en application des traités instituant les Communautés européennes et le personnel de ces organismes sont assimilés aux fonctionnaires communautaires lorsque le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou le régime applicable aux autres agents des Communautés européennes ne leur sont pas applicables ;

c) l'expression «fonctionnaire national» est interprétée par référence à la définition de «fonctionnaire» ou d'«officier public» dans le droit national de l'État membre où la personne en question présente cette qualité aux fins de l'application du droit pénal de cet État membre.

Néanmoins, si des poursuites impliquant un fonctionnaire d'un État membre sont engagées par un autre État membre, ce dernier n'est tenu d'appliquer la définition de «fonctionnaire national» que dans la mesure où celle-ci est compatible avec son droit national ».

Acte facilité par la fonction

L'acte facilité par la fonction, la mission ou le mandat est, selon les autorités françaises, l'acte qui, bien que ne ressortissant pas aux attributions expressément concédées à l'intéressé par la loi ou les règlements, a cependant été rendu possible par elles en raison du lien étroit unissant les attributions et l'acte.

Les autorités françaises précisent que d'une manière générale, il sera important pour le juge d'établir que l'acte relève de la fonction ou a été facilité par elle puisqu'il s'agit d'un élément constitutif de l'infraction. Toutefois cette exigence ne sera pas une entrave à l'exercice des poursuites pénales, dans la mesure où, en vertu du principe de liberté de la preuve en droit pénal, le juge apprécie souverainement les éléments qui lui sont présentés pour déterminer si les conditions de l'infraction sont réunies. Il appréciera donc, au vu des éléments de l'espèce, si l'acte est un acte de la fonction ou facilité par elle, cette conviction n'exigeant pas qu'il se réfère précisément aux lois et aux règlements prévoyant les attributions de l'agent public étranger.

Trafic d'influence

Le trafic d'influence, en ce qui concerne les agents publics nationaux, est prévu dans la même disposition du code pénal que la corruption active (article 433-1 du code pénal), les deux infractions étant très proches l'une de l'autre. Il y a un trafic d'influence lorsque le pot-de-vin vise à ce que l'agent public français "abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable". Le trafic d'influence à l'égard d'un agent public étranger n'est pas sanctionné par la nouvelle loi. Cependant les autorités françaises ont affirmé que le cas prévu au commentaire 19 de la Convention de l'OCDE quant à l'étendue de la définition de l'article 1 paragraphe 4 lettre c¹⁷ serait couvert par l'infraction de corruption, sans qu'il soit nécessaire d'incriminer le trafic d'influence envers un agent public étranger.

1.1.9 En vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international

Les articles 435-2, 435-3 et 435-4 nouveaux du code pénal couvrent les cas où la promesse ou la sollicitation à laquelle cède le délinquant existe « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international »¹⁸. Selon les autorités françaises, il peut y avoir corruption même si le corrupteur était le mieux disant.

1.2 Complicité

L'article 1.2 de la Convention oblige les Parties à prendre les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation.

Les règles relatives à la complicité, énoncées aux articles 121-6 et 121-7 du nouveau code pénal, sont de portée générale et s'appliquent à tous les délits¹⁹. Le premier alinéa de l'article 121-7 définit ainsi le complice comme « la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, a facilité la préparation ou la

17 Commentaire 19: "Suivant la définition du paragraphe 4.c, un cas de corruption qui a été envisagé est celui où un responsable d'une entreprise corrompt un haut fonctionnaire d'un gouvernement afin que celui-ci use de sa fonction -- même en outrepassant sa compétence -- pour qu'un autre agent public attribue un marché à cette entreprise".

18 Si les articles 435-3 et 435-4 CP prévoient explicitement que l'infraction est constituée dès lors que son but est « d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international », l'article 435-2 relatif à la corruption de fonctionnaires du cadre de l'Union européenne a une portée plus large, l'infraction étant constituée quelque soit l'objectif poursuivi et la sphère d'activité.

19 Cass. Crim. 21 juin 1895.

consommation d'un crime ou d'un délit » (complicité par aide ou assistance). Le second alinéa définit quant à lui le complice comme « la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre » (complicité par instigation). Les complices sont punis comme les auteurs (article 121-6 du code pénal).

1.3 Tentative et complot

L'article 1.2 de la Convention demande à chaque Partie de prendre les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public étranger dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public dans cette Partie constitue une telle infraction.

Tentative

La tentative de corrompre un agent public national n'est pas incriminée spécifiquement en France dans la mesure où aux termes de l'article 433-1 du code pénal, le délit de corruption active d'un agent public national est pleinement et immédiatement consommé au moment où une offre est faite, qu'elle ait été acceptée ou non. Pour des raisons identiques, la loi du 30 juin 2000 de la Convention de l'OCDE ne prévoit pas d'incriminer spécifiquement la tentative de corruption active d'un agent public étranger. L'incrimination même de la corruption active d'agents publics étrangers permet de réprimer la tentative. (voir *supra*, 1.1.3)

Complot

Le complot, au sens du droit anglo-saxon (*conspiracy*) n'est pas punissable en droit français²⁰.

2. RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES

En vertu de l'article 2 de la Convention, chaque Partie prend les mesures nécessaires pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger. La section 3 de la loi du 30 juin 2000 créé un article 435-6 disposant que : « Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies aux articles 435-2, 435-3 et 435-4 ».

Entités juridiques sujettes à la responsabilité pénale

Le champ de la responsabilité pénale des personnes morales tel que défini par l'article 121-1 du code pénal inclut toutes les personnes morales, tant de droit public que de droit privé, à but lucratif ou non lucratif, françaises ou étrangères, à l'exception de l'État²¹.

Les collectivités locales²² ont quant à elles une responsabilité pénale limitée aux infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public²³, ce quelle

20 En droit français, constitue un complot la résolution arrêtée entre plusieurs personnes de commettre un attentat lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels. (article 412-2 CP).

21 Les autorités françaises jugent inconcevable que l'Etat, qui détient le monopole du droit de punir, puisse se sanctionner lui-même. Le terme Etat est entendu de façon stricte, et ne couvre ni les collectivités territoriales, ni les entreprises publiques. Par ailleurs l'irresponsabilité pénale de l'Etat est sans incidence sur sa responsabilité civile.

22 Les collectivités locales sont les communes, départements, régions, et leurs groupements, tels les syndicats de communes.

23 La notion de délégation de service public recouvre toutes les activités de service public pouvant être assurées non seulement en régie par la collectivité publique qui les assume, mais également par une autre personne, qui peut être de droit privé.

que soit la forme d'une telle délégation (concession, régie intéressée, affermage, gérance, voire marché d'entreprises, encore que cette dernière catégorie fasse l'objet de discussions en droit français).

Les autres personnes morales, y compris les autres personnes de droit public (établissements publics, groupements d'intérêt public, entreprises nationalisées, sociétés d'économie mixte, ordres professionnels) sont pénalement responsables pour l'ensemble de leurs activités. Les personnes morales de droit privé sont les groupements, qu'ils soient volontaires ou d'origine légale, les sociétés civiles ou commerciales, les associations régulièrement déclarées, y compris les congrégations religieuses, les fondations, les syndicats, les partis ou groupements politiques, les groupements d'intérêt économique, les institutions représentatives des salariés, les syndicats de copropriété.

Signification de la responsabilité pénale

Aux termes de l'article 121-2 du code pénal, la responsabilité pénale des personnes morales présente deux caractéristiques. Il s'agit, d'une part, d'une responsabilité indirecte, ou dérivée, dans la mesure où les infractions imputables à des personnes morales doivent avoir été commises par des personnes physiques. Il s'agit, d'autre part, d'une responsabilité de représentation et non de substitution : le fait que la responsabilité pénale des personnes morales découle de faits commis par des personnes physiques ne peut servir d'écran aux personnes physiques auteurs ou complices elles aussi de l'infraction. Ainsi l'alinéa 3 de l'article 121-2 dispose que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits »²⁴.

Mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales

Il existe deux conditions à l'existence de la responsabilité pénale des personnes morales en droit français :

1. Il faut *d'abord* que l'infraction ait été commise par une ou plusieurs personnes physiques qui sont soit un organe soit un représentant de la personne morale²⁵. Cette disposition exclut les cas où l'infraction a été commise par un préposé ou un subalterne, et exige que la personne physique ait été régulièrement investie du pouvoir d'agir au nom de la personne morale. Par contre l'organe ou le représentant engage la responsabilité de la personne morale même s'il dépasse ses attributions ou n'a pas été régulièrement investi soit dans cette fonction, soit quant à l'acte spécifique. Il n'est cependant pas nécessaire que l'organe ou le représentant ait

24 A l'inverse, par cette disposition, le législateur n'a nullement entendu que les dirigeants soient systématiquement poursuivis comme complices (TGI Béthune, 12 novembre 1996).

25 Toutes les personnes morales possèdent au moins un organe délibérant prenant les décisions pour la personne morale, et composé par une ou plusieurs personnes physiques auxquelles la loi ou les statuts confèrent une fonction particulière dans l'organisation de la personne morale, en les chargeant de son administration ou de sa direction.

Les représentants sont les personnes physiques habilitées par la loi ou par les statuts de la personne morale à agir en son nom. Cette notion se confond donc, pour partie, avec celle d'organe, dans la mesure où la plupart des organes d'une personne morale sont des représentants légaux de la personne morale. Toutefois, il existe des hypothèses dans lesquelles les représentants d'une personne morale ne sont pas les organes. Il s'agit notamment de l'administrateur provisoire, le liquidateur d'une société ou d'une association, les personnes titulaires d'une délégation de pouvoir au sein d'une entreprise, et de façon générale toute personne à laquelle les organes ont donné pour mission générale – pour mandat – de gérer et représenter la personne morale. Les notions d'organe et de représentant sont interprétées largement par les tribunaux. Par exemple, l'expression organe ou représentant peut s'appliquer aux salariés exerçant les pouvoirs du directeur général par voie de délégation (TGI Grenoble, 15 mai 1997). De même pour les personnes physiques qui ne sont pas membres des organes sociaux de la personne morale également poursuivie, dès lors que l'appréciation concrète des circonstances de fait conduit à retenir que ce sont bien eux qui ont normalement exercé le pouvoir de décision de la personne morale dans le cadre du contrat en question (Grenoble, 25 février 1998).

été personnellement déclaré coupable des faits reprochés à la personne morale²⁶. Par contre la personne physique, organe ou représentant de la personne morale, auteur du délit de corruption, délit intentionnel, doit en principe être identifiée. Elle peut l'être par tout moyen, y compris sur la base de présomptions de fait.

Néanmoins les autorités françaises précisent qu'en l'absence de jurisprudence, la doctrine considère que la responsabilité pénale de la personne morale peut être engagée même en l'absence d'identification de la personne physique, dès lors que d'une part l'élément intentionnel du délit résulte de la nature même des faits poursuivis, et d'autre part l'on est certain que l'infraction a été commise par un organe ou un représentant, quel qu'il soit, par exemple lorsqu'il apparaît que toute la stratégie commerciale de la société est fondée sur des pratiques de corruption²⁷.

2. Il faut *ensuite* que l'infraction ait été commise pour le compte de la personne morale. L'exigence d'un lien de causalité entre la personne morale et le fait infractionnel vise à ne pas rendre la personne morale responsable de faits commis par des personnes ayant un lien avec elle quand celles-ci n'auraient fait que profiter du cadre juridique ou matériel de la personne morale pour commettre des infractions dans leur propre intérêt ou contre l'intérêt de la personne morale.

Doit être considéré comme agissant pour le compte de la personne morale, selon les autorités françaises, le dirigeant qui agit au nom et dans l'intérêt de celle-ci. Les actes répréhensibles du représentant engagent également la responsabilité pénale de la personne morale dès lors qu'ils ont été commis pour son compte au sens large du terme, c'est-à-dire dans l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation, le fonctionnement ou les objectifs du groupement doté de la personnalité morale, même si elle n'y a trouvé aucun intérêt, s'il n'en résulte pour elle aucun profit. La faute peut être un acte positif ou un manquement, notamment lorsque l'infraction commise par un subalterne a été rendue possible par l'omission de contrôles normalement requis de la part de l'organe ou du représentant²⁸.

3. SANCTIONS

La Convention exige des Parties qu'elles établissent des « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables aux sanctions applicables à la corruption de leurs propres agents publics. La Convention exige également que, pour les personnes physiques, les sanctions pénales incluent des « mesures privatives de liberté suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition ».

Dans tous les cas, la Convention exige que chaque Partie prenne les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits pourront faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires « d'un effet comparable » soient prévues. Finalement, la Convention demande à chaque Partie d'envisager l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

26 Ainsi un non-lieu pour insuffisance des charges dont a bénéficié un maire en exercice ne fait pas obstacle à la mise en cause de la responsabilité pénale de la ville, à la condition qu'une faute en lien direct avec l'accident soit établie à l'encontre d'organes ou de représentants de la municipalité. Grenoble, 12 juin 1998; *Gaz. Pal.* 1998. 2. 460.

27 Cf Francis Le Gunehec, *Le nouveau droit pénal*, éd. Economica.

28 La faute peut consister en des manquements imputables aux maires successifs de la ville, dont ils sont tout à la fois les organes et les représentants, à raison des négligences établies à leur encontre dans l'encadrement de leurs agents et le contrôle de leurs services, alors que leur fonction leur donne le pouvoir et les moyens nécessaires pour assurer le bon fonctionnement des services publics communaux dont ils ont la charge (Grenoble, 12 juin 1998).

Les nouvelles dispositions du code pénal relatives à la corruption d'agents publics étrangers prévoient des peines privatives de liberté et des amendes pour les personnes physiques reconnues coupables de corruption d'un agent public. Elles prévoient également des peines d'amende et des peines complémentaires pour les personnes morales.

3.1/3.2 Sanctions pénales pour la corruption d'agents publics nationaux ou étrangers

Peines principales : peines privatives de liberté et peines d'amende

Aux termes de la loi du 30 juin 2000, les peines privatives de liberté et d'amendes, pour les personnes physiques, sont identiques aux peines prévues en cas de corruption d'agents publics nationaux, soit un emprisonnement d'un maximum de 10 ans, et une amende d'un maximum d'un million de francs français²⁹. S'agissant des peines d'amende pour les personnes morales, elles sont également identiques, qu'il s'agisse de corruption d'agents publics nationaux ou étrangers, soit un maximum de cinq millions de francs français³⁰. Selon les autorités françaises, dans l'échelle des peines françaises, une amende de cinq millions de francs est une peine particulièrement élevée et peut donc être considérée comme efficace, proportionnée et dissuasive, d'autant que la confiscation du produit de l'infraction peut être prononcée au surplus par le juge à titre de peine complémentaire (cf *infra* 3.6). En ce qui concerne la détermination de la peine, elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction (article 132-24 du code pénal).

Sanctions pénales complémentaires applicables aux personnes physiques

La loi du 30 juin 2000 prévoit pour les personnes physiques quatre types de peines pénales complémentaires pour agir contre la corruption d'agents publics étrangers : les déchéances (interdiction des droits civiques, civils et de famille pour une durée de cinq ans au plus, interdiction éventuelle du territoire pour les étrangers), les interdictions professionnelles (interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise), la confiscation, et l'affichage ou la diffusion de la décision. Les mêmes peines complémentaires sont applicables en cas de corruption d'agents publics nationaux (article 433-22 du code pénal).

Sanctions pénales complémentaires applicables aux personnes morales

Les sanctions pénales complémentaires applicables aux personnes morales dans le cas de la corruption d'un agent public étranger sont semblables à celles prévues en cas de corruption d'un agent public national. Aux termes de l'article 433-25 nouveau du code pénal, en sus de l'amende, sont envisagées les sanctions complémentaires suivantes :

« 2° Pour une durée de cinq ans au plus : "l'interdiction d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle ou sociale dans laquelle ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ; le placement sous surveillance judiciaire ; la fermeture des établissements ou de l'un des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ; l'exclusion des marchés publics ; l'interdiction de faire appel public à l'épargne ; l'interdiction d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de

29 Le droit français ne prévoit que des maxima de peines. Le juge est libre, dans cette limite, du choix de la peine. Le taux de change à la date du 25 octobre 2000 était de 1 dollar américain pour 7,92 francs, soit 12,63 dollars américains (ou 15,24 euros) pour 100 FF. Ainsi 1 million de francs équivaut à 152.449 euros ou 126.297 dollars américains, et 5 millions de francs à 762.245 euros ou 631.483 dollars.

30 conformément à l'article 131-38 CP qui dispose que « le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction. »

fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement. »(article 435-6, alinéa 4 à 10)

3° La confiscation [voir *infra* 3.6]

4° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35. »

L'examen de la jurisprudence montre que les cent premières sanctions prononcées par les tribunaux à l'encontre de personnes morales, dans les cas de corruption d'agents publics français, ont consisté essentiellement en peines d'amende, d'affichage, de publication et de confiscation ; il n'y a eu pour l'instant ni exclusion des marchés publics ni interdiction d'exercer.³¹

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

La loi du 10 mars 1927, qui régit l'entraide judiciaire en l'absence de convention applicable, ne subordonne pas l'entraide à l'existence de peines privatives de liberté d'un seuil minimal. L'entraide peut donc être accordée efficacement quel que soit le *quantum* des peines prévues.

3.4 Sanctions pénales et extradition

Deux cas de figure doivent être distingués suivant qu'existe ou non une convention d'extradition :

1. En l'absence de convention d'extradition applicable, multilatérale ou bilatérale, les conditions de l'extradition sont définies par la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers, et particulièrement l'article 4, alinéas 1 et 2. L'extradition peut être accordée ou demandée par la France lorsque l'infraction est sanctionnée par l'Etat requérant soit d'une peine criminelle (sans seuil minimum) soit d'une peine correctionnelle dont le seuil est de deux ans au moins.
2. Lorsqu'il existe une convention d'extradition applicable, les seuils permettant l'extradition sont fixés par celle-ci. Actuellement, aucune des conventions auxquelles la France est partie ne prévoit de seuil supérieur à deux ans.

3.6 Saisie et confiscation de l'instrument et des produits de la corruption

Saisie

Les perquisitions et saisies des seuls "objets et documents utiles à la manifestation de la vérité" sont possibles. Selon les autorités françaises, cette notion couvre à la fois l'instrument et les produits de l'infraction. Les perquisitions et saisies doivent être justifiées par la flagrante de l'infraction³² ou ordonnées par le magistrat instructeur, ce qui suppose qu'une information ait été ouverte (articles 94 et 97 du code de procédure pénale), à moins du consentement de l'intéressé. La saisie peut porter sur une somme d'argent (articles 54 et 97 du code de procédure pénale).

31 Compte-rendu intégral des débats, p. 10923, Assemblée nationale, 3ème séance du 14 décembre 1999.

32 Art. 54 CPP : "En cas de crime flagrant, l'officier de police judiciaire (...) veille à la conservation des indices susceptibles de disparaître et de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité. Il saisit les armes et instruments qui ont servi à commettre le crime ou qui étaient destinés à le commettre, ainsi que tout ce qui paraît avoir été le produit de ce crime." Art. 56 : "Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. (...)"

Confiscation

La loi du 30 juin 2000, dans sa section 3 sur les « Peines complémentaires et responsabilité des personnes morales », prévoit, tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales, la « confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21, de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des choses susceptibles de restitution ». Selon les autorités françaises, la jurisprudence interprète très largement la notion de produit de l'infraction qui peut, par exemple, couvrir le prix du contrat obtenu grâce à un acte de corruption.

Selon l'article 131-21 du code pénal, si la chose n'a pas été saisie ou ne peut être représentée, la confiscation est ordonnée en valeur. Pour le recouvrement de la somme représentative de la valeur de la chose confisquée, les dispositions relatives à la contrainte par corps sont applicables; par contre la saisie de sommes d'argent avant jugement au seul motif qu'elle permettrait de réaliser par la suite la confiscation des produits ou instruments non représentés n'est pas autorisée. La confiscation de l'instrument de la corruption peut être réalisée auprès des tiers³³. Les autorités françaises précisent que si la chose qui a servi à commettre l'infraction a été frauduleusement soustraite ou détournée au préjudice du véritable propriétaire, les juges en ordonnent restitution à la victime.

3.8 Sanctions complémentaires civiles et administratives

En France, la corruption est passible de sanctions pénales uniquement. En revanche, certaines lois spéciales prévoient des sanctions administratives ou civiles indirectes pouvant découler d'éventuelles condamnations pour corruption.

4. ART. 4 - COMPETENCE

4.1 Compétence territoriale

Champ d'application de la compétence territoriale

La Convention de l'OCDE prévoit, dans son article 4, que chaque État établit sa compétence lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire. Cette clause est satisfaite par l'article 113-2 du nouveau code pénal qui dispose que « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire. »³⁴

Le territoire de la France est composé de la métropole, des départements et territoires d'outre-mer et de collectivités territoriales. Si les départements d'outre-mer sont régis par les mêmes lois que la métropole, il n'en est pas de même des autres entités. L'article 5 de la loi du 30 juin 2000 indique que celle-ci est également applicable en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans la collectivité territoriale de Mayotte. Les autorités françaises précisent que les dispositions législatives sont également applicables de plein droit sur la collectivité territoriale de St Pierre et Miquelon, comme dans le cas des Départements d'Outre-mer. Par contre il n'est pas fait mention du Territoire d'Outre-mer des Terres Australes et Antarctiques françaises à l'article 5 de la loi, car les autorités françaises ont jugé cette mention inutile, estimant que ce territoire n'a pas d'activité dans le commerce international.

33 TGI Saint-Etienne, 10 août 1994

34 Par extension du principe de territorialité de la loi pénale par assimilation, la prise de possession en France d'objets de provenance frauduleuse, réalisée par l'intermédiaire de tiers agissant pour le compte d'un étranger résidant hors du territoire national, caractérise l'élément matériel constitutif du délit de recel reproché à ce dernier justifiant la compétence de la juridiction répressive française (Crim. 1er octobre 1986). De même dès lors que c'est en France que le prévenu a recruté ses hommes de main, un des éléments constitutifs de l'infraction a été accompli en France, et l'ensemble de l'infraction est réputée avoir été commise sur le territoire de la République (T. corr. Paris, 16 octobre 1991).

Extension du principe de territorialité

Par extension du principe de territorialité, la loi pénale française est applicable à des infractions totalement commises à l'étranger dès lors qu'elles présentent un lien de connexité³⁵ ou d'indivisibilité avec des infractions commises en France³⁶.

De même, en application de l'article 113-5 du code pénal, « la loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère ». Cette dernière disposition pourrait amener à des difficultés pratiques d'incrimination des complices français, notamment pour tous les cas dans lesquels l'auteur principal étranger n'est pas jugé à l'étranger. Par contre, la juridiction compétente pour juger le fait principal est compétente pour juger le complice, quelle que soit sa nationalité, et quel que soit le lieu où les actes de complicité se sont accomplis³⁷. En d'autres termes, les tribunaux français seront compétents pour juger le complice étranger de l'auteur principal français.

Enfin, dans le cas d'un étranger, employé par une entreprise française, qui commet un acte de corruption à l'étranger, la loi pénale française peut trouver à s'appliquer s'il est établi que l'étranger a agi pour le compte de la personne morale française et non pour son propre compte. Dans cette hypothèse, dès lors qu'il est établi que l'origine des faits a eu lieu en France ou que l'un des éléments constitutifs aura été commis en France, les poursuites seront engagées, non seulement à l'encontre de la personne morale et des dirigeants impliqués mais également à l'encontre de l'auteur étranger ayant agi à l'étranger

4.2 Compétence extra-territoriale

4.2.1. Compétence fondée sur la nationalité

La Convention de l'OCDE prévoit que les parties ayant compétence pour poursuivre leurs ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger doivent établir leur compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger dans les mêmes conditions (compétence fondée sur la nationalité active).

La France établit sa compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions de corruption active d'un agent public étranger commises à l'étranger en application du principe général inscrit dans l'article 113-6 du code pénal selon lequel « la loi pénale française est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Les modalités d'exercice des poursuites sont précisées aux articles 113-9 (non bis in idem) et 113-8 du code pénal : « La poursuite ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droits ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis ». Ces conditions laissent entier le pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites par le parquet.

35 Aux termes de l'article 203 du code de procédure pénale, "Les infractions sont connexes soit lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les unes pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées". Selon la jurisprudence de la Cour de cassation ces dispositions ne sont pas limitatives : la connexité s'étend également aux cas dans lesquels il existe entre les faits des rapports étroits, analogues à ceux que la loi a spécialement prévus (Cass. Crim 18 août 1987, *D. 1988 somm.194*).

36 Il s'agira, par exemple, des faits de corruption commis à l'étranger en lien avec une association de malfaiteurs formée en France: Crim. 23 avril 1981, B n° 116.

37 Crim. 19 avril 1988.

La France établit également sa compétence à l'égard des crimes et délits punis d'emprisonnement commis par un Français ou un étranger hors du territoire national lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction (article 113-7 du code pénal). Il s'agit d'une compétence fondée sur la nationalité passive, non requise par la Convention.

Ces deux fondements de compétence font appel à la notion de victime, soit pour la mise en mouvement de l'action publique (113-6) soit pour la détermination même de la compétence (113-7). Or, jusque récemment la jurisprudence ne reconnaissait la qualité de victime d'actes de corruption qu'à l'Etat dont relevait l'agent public. Si cette jurisprudence était maintenue en ce qui concerne le délit de corruption d'agents publics étrangers, les ressortissants français ne seraient poursuivis des actes de corruption qu'ils commettent à l'étranger que si l'Etat de l'agent public corrompu ou l'Etat de commission de l'infraction interviennent. De même, la compétence fondée sur la nationalité passive ne pourrait donc pas être applicable aux cas de corruption d'agents publics étrangers, l'Etat ou l'organisation internationale de l'agent public ne pouvant être français, par définition. Aujourd'hui la jurisprudence semble ouvrir la catégorie de victimes à d'autres personnes³⁸, ce qui faciliterait l'exercice effectif de la compétence fondée sur la nationalité active, et permettrait d'exercer la compétence fondée sur la nationalité passive.

4.2.2. Compétence universelle

"Les juridictions françaises bénéficient dans certains cas d'une compétence universelle, dont le principe est posé par l'article 689-1 du code de procédure pénale, qui leur permet de juger l'auteur de l'infraction qui se trouve sur le territoire national, même temporairement, quelle que soit sa nationalité, celle de la victime ou le lieu de la commission de l'infraction"³⁹, en application de Conventions internationales visées aux articles 689-2 à 689-7 du code de procédure pénale⁴⁰. La loi du 30 juin 2000 ajoute un article 689-8 pour l'application du Protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes fait à Dublin le 27 septembre 1996 et de la Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne faite à Bruxelles le 26 mai 1997⁴¹. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux cas de corruption ne portant pas atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes.

38 Cependant pour justifier cette interprétation les autorités françaises n'ont présenté qu'un cas de jurisprudence, dans lequel une personne autre que l'Etat a été reconnue comme ayant subi un préjudice découlant d'actes de corruption : une association d'usagers du service public de distribution d'eau a été jugée recevable à agir pour des faits de corruption ayant affecté les conditions de dévolution du marché public correspondant, ces faits étant en lien avec des augmentations de tarif non justifiées. La Cour a reconnu que ces faits de corruption avaient entraîné un préjudice collectif des usagers (Cass. crim., 8 avril 1999).

39 Assemblée nationale, Rapport au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, adopté par le Sénat, modifiant le code pénal et le code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption, par M. Jacky Darne, député.

40 Ces articles visent certaines infractions relevant de : la convention européenne pour la répression du terrorisme, signée à Strasbourg le 27 janvier 1977, et l'accord entre les États membres des Communautés européennes concernant l'application de la convention européenne pour la répression du terrorisme, fait à Dublin le 4 décembre 1979 ; la convention sur la protection physique des matières nucléaires, ouverte à la signature à Vienne et New York le 3 mars 1980 ; le protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, faits à Rome le 10 mars 1988 ; la convention sur la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970, et la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971 ; et le protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, fait à Montréal le 24 février 1988.

41 L'article 689-8 prévoit en effet la poursuite de « tout Français ou toute personne appartenant à la fonction publique française coupable d'un des délits prévus [à l'article] 435-2 du code pénal ou d'une infraction portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes » et de « toute personne coupable du

4.3 Procédures de consultation

L'article 4 de la Convention précise que lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée de corruption d'agents publics étrangers, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites.

Il n'existe en droit français aucune procédure formelle de consultation pour résoudre la question de l'exercice des compétences concurrentes. Est simplement appliqué le principe "*non bis in idem*" inscrit à l'article 692 du code de procédure pénale.

Un transfert de procédure est possible en cas de refus d'extradition à raison de la nationalité : l'Etat requérant peut, en transmettant la procédure, demander à l'Etat requis de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes. Le transfert est également possible aux fins d'entraide judiciaire, sous la forme d'une "dénonciation officielle" aux fins de poursuites. Cette faculté couramment utilisée est prévue par la convention européenne d'entraide du 20 avril 1959 et la plupart des conventions bilatérales signées par la France.

4.4 Efficacité de la juridiction

Selon les autorités françaises, la jurisprudence démontrera seule l'efficacité de la juridiction.

5. ART. 5 – MISE EN ŒUVRE

L'article 5 de la Convention requiert des Parties que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger soient soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie. Elle exige aussi que chaque Partie garantisse que les enquêtes et poursuites « ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ».

5.1 Règles et principes qui s'appliquent aux enquêtes et poursuites

Les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger s'effectuent selon les règles du code de procédure pénale. La police judiciaire, sous la direction du procureur de la République, est chargée de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte. Lorsqu'une information est ouverte, le juge d'instruction procède à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité et la police judiciaire exécute ses délégations et défère à ses réquisitions.

La procédure pénale française est régie par le principe de l'opportunité des poursuites: liberté est reconnue aux magistrats du ministère public de ne pas déclencher des poursuites pour un fait offrant toutes les caractéristiques d'une infraction. L'appréciation du parquet est souveraine, d'autant que le Garde des Sceaux s'interdit toute intervention dans des affaires individuelles. Rien n'oblige donc le parquet à se conformer à des critères ou lignes directrices qui pourraient être définis par une circulaire de politique pénale de la Chancellerie. Cependant les autorités françaises précisent que la mise en œuvre du principe d'opportunité des poursuites implique nécessairement l'appréciation du trouble à l'ordre public occasionné par les faits, cette appréciation tenant compte de leur caractère de gravité, lequel peut être apprécié notamment en fonction du montant du pot-de-vin.

délit prévu à l'article 435-2 du code pénal ou d'une infraction portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, lorsque ces infractions sont commises à l'encontre d'un ressortissant français
» sans conditionner l'établissement de la compétence de la France à la double incrimination.

La loi du 30 juin 2000 introduit plusieurs dispositions qui créent un régime distinct en matière de mise en œuvre des poursuites et de juridiction compétente.

Régimes distincts de mise en œuvre des poursuites

Le droit commun français en matière de poursuites et d'enquêtes opère une distinction selon qu'une partie ou la totalité des faits a lieu sur le territoire national ou bien que la totalité des faits a lieu à l'étranger. Dans le premier cas, le droit commun permet à une victime de déclencher l'action publique, et ainsi de mettre en échec le principe d'opportunité des poursuites. Dans le second cas, l'article 113-8 du code pénal dispose que la poursuite ne peut être exercée que sur requête du ministère public. La loi du 30 juin 2000 déroge à ce droit commun.

Aux termes des articles 435-3 et 435-4 nouveaux du code pénal, "la poursuite des délits de corruption active d'agent public étranger [hors Union européenne] ne peut être exercée qu'à la seule requête du ministère public", même si tout ou partie des faits ont eu lieu sur le territoire français. En écartant la possibilité du déclenchement automatique de l'action publique par l'action d'une victime, le législateur a voulu assurer ce qu'il juge comme une équivalence dans les conditions de poursuite qui existent dans les États signataires de la Convention dont certains ne connaissent pas une telle possibilité, et éviter des constitutions de parties civiles injustifiées et abusives⁴², malgré les mécanismes existant visant à se prémunir contre de tels agissements abusifs. Enfin, les autorités françaises ajoutent que le législateur a en outre souhaité tenir compte de la forte probabilité que les faits de corruption active d'agents publics étrangers soient totalement commis à l'étranger. Cependant, ce régime distinct n'est pas applicable aux infractions relevant de l'article 435-2 : les autorités françaises expliquent cette différence de traitement par le caractère particulièrement intégré des législations des États membres de l'Union, qui ne se retrouve pas dans le cadre plus large de l'OCDE.

Bien que ce régime différencié semble ne pas être en conformité avec l'article 5 de la Convention qui dispose que les enquêtes et poursuites doivent être soumises aux règles et poursuites applicables de chaque Partie, les autorités françaises estiment au contraire que l'article 5 de la Convention n'exige pas une totale équivalence dans les modes d'engagement de l'action publique en matière de corruption d'agent public national et de corruption d'agent public étranger mais renvoie au droit national de chaque État partie le soin de les déterminer.

Bien que la victime ne puisse déclencher l'action publique, elle conserve malgré tout deux moyens d'agir. Une fois les poursuites engagées, les victimes pourront se constituer partie civile à titre accessoire. D'autre part toute personne qui se prétend victime peut toujours porter plainte, sans constitution de partie civile. Ce mode de plainte simple vise à informer le procureur de la République, la police ou la gendarmerie de la commission d'une infraction, ce qui permet l'ouverture d'une enquête pénale sans pour autant mettre en échec le principe d'opportunité des poursuites.

En application des règles générales relatives à l'action civile, une demande en réparation d'un dommage causé par une infraction appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage causé par l'infraction, le préjudice devant être certain, personnel et direct. Jusqu'à présent seul l'État était considéré comme victime de la corruption. Cependant les autorités françaises ont fait état d'une évolution récente de la jurisprudence, tendant à reconnaître la qualité de victime à d'autres personnes (cf. point 4.2.1.). Aucune jurisprudence n'est à ce jour, à la connaissance des autorités françaises, intervenue à propos de la situation

42 Présentation du projet de loi par Madame la Ministre de la Justice *in*: « Sénat. Compte-rendu intégral. Séance du mercredi 10 novembre 1999 », *Journal Officiel de la République française*, No. 81 s. (C.R.), Année 1999, jeudi 11 novembre 1999, p. 5866 ; « Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi modifiant le code pénal et le code de procédure pénal et relatif à la lutte contre la corruption », *Sénat*, 42 (1999-2000), p. 24 ; et Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi modifiant le code pénal et le code de procédure pénale et relatif à la lutte contre la corruption, 28 mars 2000, p. 21.

d'un concurrent évincé dans la dévolution d'un marché faussée par des faits de corruption, cependant les autorités françaises estiment qu'un tel cas ne peut en toute hypothèse être exclu.

En droit français, la charge de la preuve incombe au ministère public, partie poursuivante.

Régimes distincts de compétence juridictionnelle

La loi du 30 juin 2000 ne soumet pas plus les affaires de corruption active d'agents publics étrangers au droit commun en ce qui concerne la compétence juridictionnelle.

D'une part les cas de corruption d'agents de l'Union européenne, comme d'agents français, seront soumis aux pôles économiques et financiers régionaux⁴³, créés afin de s'adapter à la complexité de la délinquance économique et financière, et renforcer les moyens des services répressifs. Il s'agit d'instaurer de nouvelles méthodes de travail par la concentration de moyens logistiques modernes et la création d'équipes pluridisciplinaires mis à la dispositions des tribunaux spécialisés.

D'autre part la loi introduit une disposition spéciale en cas de corruption d'un agent public étranger hors Union européenne. Le nouvel article 706-1 du code de procédure pénale prévoit en effet que "pour la poursuite, l'instruction et le jugement des actes incriminés par les articles 435-3 et 435-4 du code pénal, le procureur de la République de Paris, le juge d'instruction et le tribunal correctionnel de Paris exercent une compétence concurrente à celle qui résulte [du droit commun]⁴⁴". Le législateur a justifié cette disposition, arguant que la centralisation à Paris des affaires de corruption internationale permettrait une homogénéité en matière d'action publique⁴⁵. Le Parlement a par contre estimé que la difficulté était moindre dans le cadre de l'Union européenne.

5.2 Considérations d'intérêt économique, politique ou autre

Le ministère public, en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, est seul compétent pour mettre en mouvement l'action publique et, donc, poursuivre les faits incriminés en application de la Convention. Selon les autorités françaises, les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger, comme pour toute autre enquête ou poursuite en cas d'infraction à la loi, ne peuvent être influencées par des considérations d'intérêt économique national, politique ou autre⁴⁶. Toutefois l'article 692-2 du code de procédure pénale dispose que "les autorités judiciaires saisies d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale internationale dont elles estiment que la mise à exécution pourrait être de nature à porter

43 Ces pôles sont prévus à l'article 704 du code de procédure pénale : "Dans le ressort de chaque cour d'appel, un ou plusieurs tribunaux de grande instance sont compétents dans les conditions prévues par le présent titre pour la poursuite, l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement des infractions suivantes dans les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité (...)."

44 Alinéa 2 : "Lorsqu'ils sont compétents pour la poursuite et l'instruction des infractions prévues aux articles 435-3 et 435-4 du code pénal, le procureur de la République et le juge d'instruction de Paris exercent leurs attributions sur toute l'étendue du territoire national."

45 Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire précité, 28 mars 2000, p. 23.

46 Afin de renforcer ce principe, le projet de loi n° 470 relatif à l'action publique en matière pénale et modifiant le code de procédure pénale, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 29 juin 1999 et par le Sénat le 26 octobre 1999, tend à clarifier les rapports entre le Ministre de la justice et l'organisation hiérarchique du ministère public, ainsi qu'à renforcer les garanties offertes aux citoyens en cas de classement sans suite. Ainsi, s'agissant des relations entre le Ministre de la justice et l'organisation hiérarchique du ministère public, le projet de loi tend à inscrire dans la loi le principe de la prohibition d'instruction dans les affaires individuelles. Au regard des garanties offertes aux citoyens en cas de classement sans suite, le projet de loi prévoit que de telles décisions devront désormais être motivées, et pourront faire l'objet de recours en premier ressort devant le procureur général et en dernier ressort devant une commission de recours composée de magistrats.

atteinte à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la Nation, prennent les dispositions nécessaires pour permettre aux autorités compétentes d'apprécier la suite à lui réserver".

Pour autant, il existe en France des règles particulières applicables à certaines personnes en raison de leurs fonctions ou de leur statut. Il en est ainsi des membres du Parlement, des membres du gouvernement, du chef de l'Etat et des personnes bénéficiant d'une immunité diplomatique ou consulaire. Toutefois il s'agit pour l'essentiel de dispositions procédurales qui ne permettent d'échapper ni aux poursuites ni aux sanctions.

6. ART. 6 - PRESCRIPTION

Le délai de prescription de l'action publique est de 3 ans pour les délits (article 8 du code de procédure pénale), que le délit soit commis par une personne physique ou par une personne morale. La corruption étant une infraction instantanée, le point de départ est fixé au jour où le délit a été commis. Cependant, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation⁴⁷, « le délit de corruption, consommé dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu, se renouvelle à chaque acte d'exécution dudit pacte ». Il en résulte que le point de départ du délai de prescription est reporté, au-delà du jour où a été scellé le pacte de corruption, au jour du dernier versement ou de la dernière réception des choses promises⁴⁸.

La prescription peut être interrompue ou suspendue selon les articles 7 et 8 du code de procédure pénale. La prescription de l'action publique est interrompue par les actes de poursuite ou d'instruction (l'interruption efface le temps écoulé avant sa survenance, et un nouveau délai de 3 ans commence à courir); elle est suspendue en cas d'obstacle de droit (examen d'une question préjudicielle, pourvoi en cassation, etc.) ou de fait (démence de la personne mise en examen, etc.) à l'exercice de l'action publique (dans ce cas, la suspension ne fait qu'arrêter le cours de la prescription, et le temps écoulé avant la suspension est pris en compte dans le calcul du délai) sans qu'existe de limite dans le temps à ces interruption ou suspension. Les autorités françaises estiment que du fait de ces possibilités d'interruption et de suspension, il devrait être extrêmement rare que des faits délictueux soient prescrits au bout de trois ans.

7. ART. 7 – BLANCHIMENT DES CAPITAUX

L'article 7 de la Convention exige que chaque Partie ayant fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment de capitaux prendra la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite.

7.1/7.2 Corruption d'agents publics français et étrangers

La France incrimine le blanchiment de tout crime ou délit à l'article 324-1 du code pénal⁴⁹. A ce titre, le blanchiment de capitaux provenant d'une infraction de corruption active d'un agent public étranger est punissable dans les mêmes conditions que le blanchiment de capitaux d'une infraction de corruption active d'un agent public national, puisque les deux faits constituent des délits selon la nouvelle loi. Ces dispositions s'appliquent indifféremment aux biens ou aux revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit lui

47 Arrêt Carignon, Crim. 27 octobre 1997, *Bull. Crim.* n°352

48 Crim 13 décembre 1972, *Bull n°391*, et Crim 9 nov. 1995, Crim. 12 mai 1998

49 "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 2 500 000 F d'amende."

ayant procuré un profit direct ou indirect. Le délit de blanchiment étant un délit distinct de l'infraction principale, il importe peu que l'infraction de corruption active ait été commise à l'étranger, ou qu'elle soit ou non de la compétence des juridictions pénales françaises. Il est à noter que, selon l'article 324-9 du code pénal, « les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies aux articles 324-1 et 324-2 ».

Un projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques est en cours d'examen devant le Parlement, et vise, dans sa première partie relative à la régulation financière, titre IV, à l'amélioration de la lutte contre le blanchiment d'argent.

8. ART. 8 - NORMES COMPTABLES

8.1 Tenue des livres et états comptables

Selon les autorités françaises, tous les actes proscrits par l'article 8 de la Convention (établissement de comptes hors livres, opérations hors livres ou insuffisamment identifiées, enregistrement de dépenses inexistantes, enregistrement d'éléments passifs dont l'objet n'est pas correctement identifié, utilisation de faux documents) sont interdits de façon générale, quel que soit le but poursuivi par leur auteur, par le droit comptable français. Il n'existe pas de disposition particulière visant le cas où ces pratiques seraient utilisées dans le but de corrompre un agent public, étranger ou français.

Les sources législatives et réglementaires du droit comptable français sont constituées d'une part par les articles 8 à 17 du code de commerce et les dispositions prises pour son application (articles 1 à 27 du décret du 29 novembre 1983 modifié) et, d'autre part, par le plan comptable général (PCG), tel qu'il résulte de l'arrêté ministériel du 27 avril 1982 modifié, l'ensemble formant un tout cohérent selon les autorités françaises. Par ailleurs, s'agissant des sociétés commerciales, la loi du 24 juillet 1966 et le décret pris pour son application du 23 mars 1967 comportent les règles applicables pour l'établissement des comptes consolidés, les dispositions relatives à la diffusion et aux contrôles des comptes annuels, aux documents qui doivent les accompagner et aux autres informations comptables qui doivent être établies.

8.2 Entreprises soumises à ces lois et règlements

Selon l'article 8 du code de commerce, sont soumises aux règles relatives à la tenue de la comptabilité tous les commerçants⁵⁰, personnes physiques ou morales, en vertu du code de commerce. La loi du 24 juillet 1966 s'applique quant à elle aux sociétés commerciales⁵¹. Enfin, selon les autorités françaises, le plan comptable général, dont les règles sont identiques à celles du code de commerce et à la loi du 24 juillet 1966, est applicable à toutes les entreprises industrielles et commerciales.

8.3 Sanctions en cas d'omissions ou falsifications

Les contrevenants aux dispositions du droit comptable français sont soumis à des sanctions pénales sévères prévues tant par le code pénal que par la loi de 1966 sur les sociétés et la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire.

50 "Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle", article 1er du code de commerce.

51 Article 1er de la loi de 1966: "Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions."

Infractions et sanctions prévues par le code pénal

- faux et usage de faux⁵², punis, pour les personnes physiques, d'une peine d'emprisonnement de 3 ans, d'une amende de 300 000 francs français (article 441-1, alinéa 2) et de peines complémentaires prévues à l'article 441-10 du code pénal (interdiction des droits civiques, interdictions professionnelles, exclusion des marchés publics, confiscation).
- faux et usage de faux, entraînant, pour les personnes morales, une peine d'amende de 1 500 000 francs français et des peines complémentaires visées à l'article 131-39 du code pénal (dissolution, interdiction d'activité, surveillance judiciaire, fermeture définitive ou temporaire de l'entreprise, exclusion des marchés publics, interdiction définitive ou temporaire de faire appel public à l'épargne, interdiction d'émettre certains chèques, confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, affichage ou diffusion de la décision prononcée).

Infractions et sanctions prévues par la loi de 1966

- Omission d'établissement des documents comptables, sanctionnée d'une peine de 60 000 francs français d'amende⁵³.
- Présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle, punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 2.500.000 francs français (ou de l'une de ces deux peines seulement en ce qui concerne les gérants de SARL)⁵⁴.
- Distribution de dividendes fictifs, punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 2.500.000 francs français (ou de l'une de ces deux peines seulement en ce qui concerne les gérants de SARL)⁵⁵.

Infractions et sanctions prévues par la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire

- Sanction patrimoniale de mise personnelle en redressement judiciaire⁵⁶

52 "Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques." Article 441-1, alinéa 1er.

53 Articles 426-1° pour les sociétés à responsabilité limitée (SARL), 464-1 pour les sociétés par actions simplifiées (SAS) et 439-1° pour les sociétés anonymes (SA) : "Seront punis d'une amende de 60.000 francs français : [Les gérants de SARL, le président ou les dirigeants de SAS, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une SA] qui n'auront pas, pour chaque exercice, dressé l'inventaire, établi les comptes annuels et un rapport de gestion."

54 Articles 425-3° pour les SARL, 437-2° pour les SA et 464-1 pour les SAS : "[Les gérants de SARL, le président ou les dirigeants de SAS, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une SA] qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, auront sciemment présenté aux associés des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société."

55 Articles 425-2° pour les SARL, 437-1° pour les SA et 464-1 pour les SAS : "[Les gérants de SARL, le président ou les dirigeants de SAS, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une SA] qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les associés la répartition de dividendes fictifs."

56 L'article 182 prévoit que "En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après : (...) 5° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales ; (...) 7° Avoir tenu une comptabilité

- Sanction pénale pour banqueroute⁵⁷
- Sanction personnelle : la faillite personnelle⁵⁸

En outre, selon l'article 233 alinéa 2 de la loi de 1966 les commissaires aux comptes "révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance", sous peine d'une sanction pénale de 5 ans d'emprisonnement et 120 000 francs d'amende.

9. ART. 9 - ENTRAIDE JUDICIAIRE

La Convention de l'OCDE exige de chaque Partie, «autant que le permettent ses lois et ses instruments internationaux pertinents », d'accorder une entraide judiciaire «prompte et efficace » aux autres Parties aux fins des enquêtes et des procédures pénales engagées par une Partie pour les infractions relevant de la Convention ainsi qu'aux fins des procédures non pénales relevant de la Convention, engagées par une Partie contre des personnes morales. La Convention établit également la double criminalité lorsque son existence est une condition pour le pays d'accorder l'entraide judiciaire. Finalement, la Convention exige des Parties qu'elles ne puissent refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale en invoquant le secret bancaire.

9.1 Lois, traités, accords permettant l'entraide judiciaire mutuelle

En France, l'entraide judiciaire repose sur divers types d'instruments juridiques :

- La Convention d'application des Accords de Schengen du 19 juin 1990⁵⁹;
- La Convention Européenne d'Entraide Judiciaire en Matière Pénale du 20 avril 1959. 39 États, dont la France, ont ratifié cette convention sous l'égide du Conseil de l'Europe ;

manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales. En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire prononcé en application du présent article, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la personne morale."

57 "En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article 196 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après : (...) 2. Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ; (...) 4. Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation; 5. Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales." La banqueroute est punie de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 FF, sept ans et 700 000 FF s'il s'agit d'un dirigeant d'une société de bourse. De plus, des peines complémentaires sont applicables aux personnes physiques (interdiction de droits civiques, civils et de famille, exclusion des marchés publics, interdiction d'émettre des chèques, affichage et diffusion de la décision) ainsi qu'aux personnes morales (peines mentionnées à l'articles 131-19 du code pénal).

58 Aux termes de l'article 186 de la loi du 25 janvier 1985, la faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement toute entreprise commerciale ou activité économique. Peuvent être frappés de faillite personnelle, outre les commerçants, artisans, agriculteurs, les personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait de personnes morales ayant une activité économique, et les personnes physiques, représentants permanents de personnes morales ayant une telle activité.

59. Les accords de Schengen du 14 juin 1985 et du 19 juin 1990 comprennent un volet relatif au renforcement de la coopération judiciaire par l'entraide judiciaire, l'extradition, et la transmission de l'exécution des jugements répressifs. Ils ont été signés par treize Etats européens : France, Allemagne, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Italie, Grèce, Espagne, Portugal, Danemark, Autriche, Suède et Finlande. Des négociations sont en cours avec la Norvège et l'Islande ; de plus en vertu du traité d'Amsterdam, le Royaume-Uni et l'Irlande disposent d'une possibilité de se joindre à ces pays ; enfin les pays candidats à l'Union européenne devront appliquer l'acquis de Schengen lors de leur adhésion.

- Les conventions bilatérales d'entraide judiciaire ;
- La loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers, qui pose le principe de réciprocité (articles 30 et suivants). Cette condition implique que l'autre Etat soit en mesure d'assurer l'entraide judiciaire à la France, sans pour autant que cela se soit déjà produit en pratique.

Les autorités françaises indiquent que l'entraide pourra être accordée lorsque la responsabilité engagée sera celle d'une personne morale. Elles indiquent également que la France peut être en mesure d'accorder l'entraide judiciaire pour des procédures non pénales, à caractère administratif, à la condition qu'il puisse être fait appel notamment devant une juridiction pénale des décisions rendues par l'institution administrative, si l'instrument conventionnel appliqué le prévoit.

9.2 Double incrimination

Selon les autorités françaises, la condition de double incrimination n'est pas automatique, mais certaines conventions bilatérales la prévoient, notamment pour les demandes d'entraide portant sur des mesures coercitives. Elle sera présumée exister si l'infraction relève de la Convention. Le Garde des Sceaux français a précisé lors des débats devant le Sénat que la condition de réciprocité, au sein de l'Union européenne, est systématiquement remplie⁶⁰.

9.3 Secret bancaire

Aux termes de l'article 132-22 du code pénal, le secret bancaire n'est pas opposable aux autorités judiciaires⁶¹. Les autorités françaises expliquent qu'une simple réquisition du magistrat ou de l'officier de police judiciaire adressée à l'établissement bancaire (et à laquelle ce dernier a l'obligation de répondre) suffit pour obtenir des informations bancaires. En cas de difficulté avérée ou prévisible, des perquisitions et saisies peuvent également être effectuées.

10. ART. 10 - EXTRADITION

10.1 Extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger

En France, la corruption d'un agent public étranger constitue une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu de plusieurs types d'instruments juridiques :

- La loi française du 10 mars 1927 sur les extraditions, qui constitue le droit commun de l'extradition, prévoit que peuvent donner lieu à extradition les faits punissables, aux termes de la loi étrangère, d'une peine criminelle, ou d'une peine correctionnelle dont la durée maximum est d'au moins deux ans, et les peines d'au moins 2 mois de prison déjà prononcées contre le délinquant. La loi exclut l'extradition des nationaux français, des justiciables français (délinquants que la France a compétence pour juger elle-même) et des esclaves en fuite.
- La Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, signée le 13 décembre 1957, ratifiée le 10 février 1986 et entrée en vigueur le 11 mai 1986⁶². 40 États, dont la France, ont ratifié cette Convention.

60 . Ibid.

61 "Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal saisi peuvent obtenir des parties, de toute administration, de tout établissement financier, ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale, sans que puisse être opposée l'obligation au secret."

62 La France a présenté une réserve, selon laquelle "S'agissant des personnes poursuivies, l'extradition ne sera accordée que pour les faits punis par la loi française et par la loi de l'Etat requérant, d'une peine ou mesure

- Les conventions bilatérales d'extradition, dont certaines ne permettent l'extradition que pour certaines infractions limitativement énumérées. Les autorités françaises indiquent que dans cette hypothèse l'infraction de corruption d'un agent public étranger viendra s'ajouter à la liste en application du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention.

10.2 La Convention en tant que fondement légal pour l'extradition

Les relations extraditionnelles de la France ne sont pas soumises à l'existence d'une base juridique conventionnelle dans la mesure où le droit interne (loi du 27 mars 1927) permet l'extradition en l'absence de toute convention, sur la base de la réciprocité.

10.3 Extradition de ressortissants

10.4

L'extradition d'un ressortissant français est refusée en vertu de la loi du 10 mars 1927 sur les extraditions, quelle que soit l'infraction susceptible de lui être reprochée. Les autorités françaises précisent que l'article 6-2° de la Convention européenne d'extradition et les conventions bilatérales prévoient que la France doit, dans cette hypothèse, sur la demande de la partie requérante, soumettre l'affaire aux autorités compétentes afin que des poursuites judiciaires soient engagées s'il y a lieu. En l'absence de convention, la dénonciation officielle de l'autorité du pays où le fait a été commis est nécessaire pour soumettre l'affaire aux autorités de poursuites s'il y a lieu (article 113-8 du code pénal).

10.5 Double incrimination

L'article 10.4 de la Convention précise que lorsqu'une Partie subordonne l'extradition à l'existence d'une double incrimination, cette condition est réputée remplie lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de l'article 1 de la Convention. La France subordonne toujours l'extradition à l'existence d'une double incrimination.

11. ART. 11 - AUTORITÉS RESPONSABLES

11.1 Désignation des autorités

Aux fins de la concertation prévue à l'article 4 paragraphe 3, de l'entraide judiciaire prévue à l'article 9 et de l'extradition prévue à l'article 10, l'envoi et la réception des demandes s'effectueront pour la France par la voie diplomatique, sans préjudice d'autres arrangements entre les Parties.

B. MISE EN ŒUVRE DE LA RECOMMANDATION REVISEE

3. DEDUCTIBILITE FISCALE

La Recommandation révisée de 1997 invite instamment les pays Membres à appliquer rapidement la Recommandation de 1996 sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, qui est libellée comme suit : [le Conseil recommande] « que ceux des pays Membres qui ne refusent pas la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers réexaminent ce traitement en vue de refuser cette déductibilité ». De la même manière, les commentaires de la Convention précisent que « le participant à part entière accepte (...) la Recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, adoptée le 11 avril 1996 ».

de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins deux ans. S'agissant des peines plus sévères que les peines ou mesures de sûreté privatives de liberté, l'extradition pourra être refusée si ces peines ou mesures de sûreté ne sont pas prévues dans l'échelle des peines applicables en France".

La législation française fiscale a été aménagée pour tenir compte des dispositions de la Convention de l'OCDE sur le territoire national (sauf en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans la collectivité territoriale de Mayotte). Selon les termes de l'article 39-2 bis du code général des impôts, « à compter de l'entrée en vigueur de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, les sommes versées ou les avantages octroyés, directement ou par des intermédiaires, au profit d'un agent public au sens du 4 de l'article 1er de ladite convention ou d'un tiers pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans des transactions commerciales internationales, ne sont pas admis en déduction des bénéfices soumis à l'impôt. » Ces dispositions sont entrées en vigueur le 29 septembre 2000.

Sur la communication entre les institutions fiscales et pénales, l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale prévoit que « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Les agents des impôts sont pleinement concernés par cette disposition. De façon symétrique, l'article L. 101 du Livre des procédures fiscales fait obligation à l'autorité judiciaire de communiquer à l'administration fiscale toute indication qu'elle peut recueillir de nature à faire présumer une fraude commise en matière fiscale⁶³.

En Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans la collectivité territoriale de Mayotte la loi du 30 juin 2000 est automatiquement et pleinement applicable, hormis en matière fiscale. L'article 32 de la loi de Finances rectificative pour 1997 n'est pas directement applicable dans ces territoires. D'un point de vue formel, seul un texte ad hoc adopté par les assemblées délibérantes de ces territoires peut prohiber explicitement la déductibilité fiscale des commissions versées à des agents publics étrangers. Le gouvernement français fera ce qui est en son pouvoir afin que ces territoires adoptent des textes à cette fin.

Cependant, les autorités françaises soulignent que la déductibilité fiscale des commissions est d'ores et déjà totalement caduque dans ces territoires, étant donné que toute présentation à un agent du fisc de documents attestant du versement d'une commission à un agent public étranger, en vue d'obtenir une déduction fiscale, entraînera l'application de l'article 40 du code de procédure pénal susmentionné. Il est donc très peu probable que des corrupteurs prennent le risque de demander une déduction fiscale de telles commissions dans ces territoires.

63 "L'autorité judiciaire doit communiquer à l'administration des finances toute indication qu'elle peut recueillir, de nature à faire présumer une fraude commise en matière fiscale ou une manœuvre quelconque ayant eu pour objet ou ayant eu pour résultat de frauder ou de compromettre un impôt, qu'il s'agisse d'une instance civile ou commerciale ou d'une information criminelle ou correctionnelle même terminée par un non-lieu."

EVALUATION DE LA FRANCE

Remarques générales

Le Groupe de travail félicite les autorités françaises pour leur transposition consciencieuse de la Convention en droit interne. Il remercie ces autorités d'avoir fourni des réponses circonstanciées qui ont facilité la procédure d'évaluation.

Pour satisfaire aux exigences de la Convention et la Recommandation, le Parlement français a adopté la loi du 30 juin 2000 relative à la lutte contre la corruption modifiant le code pénal, le code de procédure pénale et le code général des impôts. Le Groupe est d'avis que la loi adoptée par la France est dans l'ensemble conforme aux exigences de la Convention. Toutefois, certains aspects de la législation française de transposition mentionnés ci-dessous soulèvent des préoccupations en ce qu'ils pourraient affecter la mise en œuvre effective de la Convention en France, et doivent dès lors être attentivement examinés lors de la phase 2.

Questions spécifiques

La définition d'agent public étranger

Le Groupe de travail note que la législation française n'a pas repris la définition autonome d'agent public étranger de l'article 1.4.a de la Convention, et s'est basée sur la notion d'agent public telle qu'elle existe en droit français. Celle-ci étant très large, le Groupe estime qu'elle recouvre les différentes catégories visées à l'article 1.

Éléments de l'infraction

La loi française prévoit comme élément constitutif de l'infraction le fait de proposer sans droit, à tout moment, des offres, des promesses, dons, présents et avantages quelconques.

Bien qu'implicitement couvert par la loi, le fait d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre n'est pas explicitement mentionné par la loi.

Le Groupe a soulevé une question quant au point de savoir si l'octroi après l'entrée en vigueur de la loi, en liaison avec un pacte de corruption (rencontre de volonté entre corrupteur et corrompu) intervenu avant l'entrée en vigueur de la loi, serait poursuivi par les juridictions françaises. Sur ce point, les autorités françaises renvoient à leur description de la jurisprudence française figurant au point 1.1.3. du rapport.

Le Groupe a pris note des explications données par la France mais a exprimé des préoccupations quant au fait que la jurisprudence existante puisse offrir avec une certitude suffisante une réponse positive à la question soulevée ci-dessus. Le Groupe considère dès lors que ce point devra être suivi avec attention lors de la phase 2.

Responsabilité pénale des personnes morales

Le Groupe de travail note que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales sont identiques à celles prévues dans le cas de corruption d'un agent public français. Cependant ces conditions pourraient, en cas d'interprétation restrictive par les juridictions françaises, exclure la responsabilité pénale des personnes morales lorsque l'infraction est commise par un préposé ou un subalterne.

Les autorités françaises rappellent que les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales sont très souples et permettent d'appréhender largement de nombreuses situations. Elles estiment que les cas de figures évoqués comme pouvant conduire à une exclusion de responsabilité relèvent en réalité d'un problème de preuve et non d'une interprétation restrictive des conditions de mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales.

Le Groupe estime que cette question mérite d'être réexaminée dans le cadre de la phase 2.

Compétence

Le Groupe de travail note que la législation française prévoit à la fois la compétence territoriale et la compétence fondée sur la nationalité, cette dernière étant soumise à l'exigence d'une double incrimination. Dans ce dernier cas la loi fait dépendre le déclenchement des poursuites du dépôt, auprès des autorités françaises, d'une plainte par la victime ou d'une dénonciation par l'autorité du pays où le fait a été commis. Le Groupe considère que si la notion de 'victime' ne couvre que l'État de l'agent public étranger cela pourrait réduire l'exercice effectif de la compétence fondée sur la nationalité.

Sur ce point, les autorités françaises renvoient aux précisions et à leur description de la jurisprudence française figurant au point 4.2.1. du rapport.

Le Groupe encourage la France à réexaminer la mise en œuvre de la compétence fondée sur la nationalité à la lumière de l'article 4, paragraphe 4 de la Convention.

Régimes de mise en mouvement des poursuites

Les poursuites des délits de corruption active d'agent public étranger dans le cadre de la Convention OCDE ne peuvent être déclenchées, contrairement aux cas de corruption d'agents publics français ou d'agents publics d'un autre pays de l'Union européenne, qu'à la seule requête du ministère public, quel que soit le lieu où s'est déroulé le fait délictueux. Ainsi est écartée la possibilité du déclenchement automatique de l'action publique par l'action d'une victime, même si l'infraction est commise en France. Les autorités françaises soulignent qu'il s'agit d'un mécanisme déjà prévu en droit français pour les infractions commises entièrement à l'étranger.

Le Groupe exprime néanmoins des réserves quant à la conformité de ce traitement différentiel avec l'esprit de l'article 5. Ses effets sur l'efficacité des poursuites seront évalués dans la phase 2.

Délai de prescription

Des craintes ont été exprimées au sein du Groupe quant au délai de prescription de trois ans prévu en France pour la corruption d'un agent public étranger, tout en tenant compte des possibilités d'interruption et de suspension. La France a porté à l'attention du Groupe que, selon la jurisprudence visant des infractions « occultes », le délai de prescription ne court qu'à compter de la découverte des faits illicites. A ce jour, la jurisprudence n'a cependant pas déterminé que la corruption faisait partie de ces infractions.

L'article 6 de la Convention dispose qu'un délai suffisant doit être ménagé pour l'enquête et les poursuites. Le Groupe prend note des explications données par la délégation française, mais considère que ce problème, déjà abordé dans de précédentes évaluations, constitue une question générale appelant une analyse comparative de la situation juridique des États membres en vue de garantir l'application cohérente et efficace de la Convention.