

BULLETIN OFFICIEL DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE
n° 101 (1^{er} janvier au 31 mars 2006)

Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces
Signalisation des circulaires du 1^{er} janvier au 31 mars 2006

**Circulaire de présentation des nouvelles infractions de
corruption active et passive dans le secteur privé issues de
la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses
dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le
domaine de la justice**

CRIM 2006 04 G3/14-02-2006
NOR : *JUSDO630017C*

Corruption dans le secteur privé

POUR ATTRIBUTION

Procureurs généraux près les cours d'appel - Représentant national près d=EUROJUST- Procureurs de la République près les tribunaux de grande instance et tribunaux de première instance – Premiers présidents de cours d=appel – Présidents des tribunaux de grande instance - Directeur de l=école nationale de la magistrature

- 14 février 2006 -

Introduction

La corruption est devenue depuis plusieurs années un sujet majeur, tant sur le plan national qu'international.

Au plan national, et pour s'en tenir aux initiatives les plus récentes, le législateur a entendu élargir l'incrimination de ce délit lors du vote de la loi n°2000-595 du 30 juin 2000, dans le prolongement de la jurisprudence qui avait interprété de façon souple l'exigence d'un « pacte préalable », en précisant que la contrepartie pouvait être proposée ou sollicitée « à tout moment ». Par ailleurs, la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces a été amenée à préciser la politique pénale à mener en la matière par deux circulaires récentes¹.

Sur le plan international, la France a soutenu l'ensemble des conventions sur le sujet, qu'elles émanent de l'OCDE², du Conseil de l'Europe³ ou de l'Organisation des Nations Unies⁴, conventions que la France transposera dans son droit interne dans les prochains mois. Elle se soumet par ailleurs à des mécanismes de vérifications de conformité et d'efficacité par ses

1 Voir la dépêche-circulaire du 23 février 2005 03C 182 relative à création de la brigade centrale de lutte contre la corruption et l'aide technique susceptible d'être apportée aux juridictions par le SCPC et la MIEM et la circulaire NOR JUS D04-301119 C du 21 juin 2004 de présentation de l'évaluation de la France par l'OCDE et le GRECO et fixant des orientations de politique pénale.

2 Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 relative à la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (transposition effectuée par la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000).

3 Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption du 27 janvier 1999 (ratification autorisée par la France par la loi n° 2005-104 du 11 février 2005 ; protocole additionnel du 15 mai 2003 (« protocole jurés et arbitres »))

4 Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 (ratification autorisée par la loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005).

pairs, (cf les travaux du CIME ou du GRECO), qui ont toujours donné lieu à des rapports positifs⁵.

Pour autant, l'ensemble de ce dispositif était jusqu'à présent essentiellement tourné vers la corruption « publique », mettant en cause les « personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public (article 432-11 et 433-1 du code pénal), s'attachant peu à la corruption des personnes relevant du droit privé, laquelle n'était réprimée que de manière restrictive sur le fondement des dispositions de l'article L. 152-6 du code du travail⁶.

Or, le secteur privé n'est pas moins concerné par ce phénomène, ainsi que l'ont notamment souligné les Etats membres de l'Union Européenne, dans une décision-cadre du 22 juillet 2003⁷ aux termes de laquelle il est rappelé que la corruption introduit une distorsion de la concurrence et représente un obstacle à un sain développement économique.

Cette décision-cadre prévoit notamment d'ériger en infraction pénale les actes de corruption active et passive effectués délibérément dans le cadre des activités professionnelles (article 2) et de permettre la mise en cause de la responsabilité des personnes morales (article 5). La France a donc été conduite à adapter son droit interne en créant une infraction générale de corruption dans le secteur privé, introduite dans le code pénal par la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice⁸.

La présente circulaire vise à présenter les modifications apportées par cette loi tant à l'incrimination même de la corruption dans le secteur privé (I) que des sanctions qu'elle fait encourir (II).

I - L'INCRIMINATION DE LA CORRUPTION DANS LE SECTEUR PRIVÉ

1. Présentation générale

L'article 3 de la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 insère dans le code pénal un nouveau chapitre intitulé « *de la corruption des personnes n'exerçant pas une fonction publique* » dans le titre IV, relatif aux atteintes à la confiance publique, du livre quatrième ayant trait aux crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique. Son article 4 abroge en conséquence le délit antérieurement réprimé pour les seuls salariés à l'article L 152-6 du code du travail, désormais englobé par les dispositions du code pénal.

On remarquera à cet égard que l'emplacement retenu pour insérer ces nouvelles dispositions dans le code pénal traduit bien le fait que la corruption dans le secteur privé porte non seulement atteinte à l'ordre public économique mais, plus généralement, à l'ordre social.

Le nouveau chapitre créé comprend deux sections :

- La première, relative à la corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique, comprend les articles 445-1 et 445-2 nouveaux,
- La seconde, regroupant les articles 445-3 et 445-4 nouveaux, fixe les peines complémentaires encourues par les personnes physiques et détermine les peines applicables aux personnes morales.

1.1 *L'incrimination de la corruption dans le secteur privé rationae personae*

⁵ Voir circulaire NOR JUS D 04- 301119 C du 21 juin 2004 précitée.

⁶ Sur ce fondement 31 condamnations ont été prononcées par les juridictions entre 2000 et 2002.

⁷ Décision-cadre 2003/586/JAI du Conseil de l'Union Européenne qui abroge l'action commune de l'Union Européenne du 22 décembre 1998 relative à la corruption dans le secteur privé.

⁸ Cette loi a déjà fait l'objet d'une circulaire d'application relative au gel des biens (Crim NOR JUS D05-30117 C du 10 août 2005). Elle instaure également, pour la première fois en droit interne, la récidive internationale, en la limitant toutefois au faux monnayage et en réservant son application aux Etats membres de la Communauté Européenne (article 442-16 du Code Pénal). Ce dispositif novateur ne fera pas l'objet de la présente circulaire.

Le secteur privé est défini aux articles 445-1 et 445-2 du code pénal par opposition au secteur public. Ainsi, s'expose aux sanctions du délit de corruption dans le secteur privé, toute personne « *qui, sans être dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, exerce, dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque* ».

La cohérence juridique est ainsi garantie avec les incriminations réservées au secteur public figurant aux articles 432-11 et 433-1 du code pénal.

Seules les « *personnes investies d'un mandat électif public* » visées par ces dernières dispositions n'ont pas été exclues du champ d'incrimination de la corruption dans le secteur privé. Cette omission délibérée s'explique par la situation même des élus, qui peuvent continuer une activité professionnelle en dehors de l'exercice de leur mandat, et par conséquent pourront se voir appliquer tantôt l'article 432-11 du code pénal lorsqu'ils interviennent au titre de leur mandat électif ou dans le cadre d'une activité professionnelle relevant du secteur public, tantôt la qualification nouvelle de l'article 445-2 s'ils agissent dans le cadre d'une activité professionnelle relevant du secteur privé.

1.2. *L'incrimination de la corruption dans le secteur privé rationae materiae.*

Les deux nouvelles incriminations des articles 445-1 et 445-2 du code pénal reprennent la distinction traditionnelle entre corruption passive et corruption active ;

- corruption active consistant à proposer une contrepartie à l'acte ou l'abstention attendue du corrompu que ce soit à l'initiative du corrupteur lui-même (article 445-1 alinéa 1^{er}) ou en cédant à la sollicitation du corrompu (alinéa 2nd).

- corruption passive consistant pour le corrompu à accepter d'accomplir un acte ou au contraire de s'abstenir avec une contrepartie, que ce pacte lui soit proposé et qu'il l'agrée ou qu'il le sollicite lui-même (article 445-2).

En outre, ces deux incriminations reprennent la formulation déjà existante de l'incrimination de la corruption dans le secteur public pour déterminer les modes de corruption punissables, qui seront donc semblables à ceux visés aux articles 432-11 et 433-1 du code pénal. Ainsi, sont répréhensibles : les simples offres ou promesses, autant que les dons, présents ou avantages quelconques procurés par le corrupteur.

I. Particularités de l'incrimination générale de la corruption dans le secteur privé

Le législateur a, de manière générale, entendu favoriser la répression de la corruption dans le secteur privé en prévoyant un champ d'application plus large que pour le délit antérieurement réprimé par l'article L.152-6 du code du travail⁹.

S'agissant de l'articulation entre ces incriminations qui se succèdent, il convient de souligner que les nouvelles infractions prévues aux articles 445-1 et 445-2 du code pénal reprennent, en l'élargissant, l'incrimination désormais abrogée de la corruption de salarié figurant à l'article L 152-6 du code du travail. Cette abrogation est donc sans incidence sur les dossiers en cours, dès lors que les nouvelles incriminations englobent les pratiques déjà punissables dans le secteur privé. Il conviendra toutefois de veiller à ce que les renvois devant la juridiction de jugement pour des faits commis sous l'empire de l'article L.152-6 du code du travail visent également les nouveaux textes afin de souligner le maintien de l'incrimination.

La corruption dans le secteur privé désormais réprimée par le code pénal présente plusieurs particularités au regard du délit jusqu'alors punissable en application du code du travail.

⁹ Texte issu de l'article 236 de la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du code pénal, applicable depuis le 1^{er} mars 1994.

2.1. *Les modifications apportées rationae personae*

* La suppression du lien de subordination

A la différence de la définition de la corruption dans le secteur privé telle qu'elle existait à l'article L. 152-6 du code du travail, les articles 445-1 et 445-2 du code pénal ne reprennent pas la condition restrictive tenant à l'exigence d'un lien de subordination du corrompu vis-à-vis de son employeur¹⁰.

Cet élément constitue sans doute le point le plus important de la réforme ; La répression de la corruption dans le secteur privé n'est plus exclusivement réservée aux salariés, mais pourra s'appliquer quel que soit le statut professionnel du corrompu, dès lors qu'il « *exerce [...] une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque* ».

Ainsi, le dirigeant d'entreprise ou l'associé, corrompu afin de s'abstenir ou d'accomplir un acte quelconque en méconnaissance des obligations de sa fonction, pourra désormais être poursuivi sous la qualification de corruption sans qu'il soit nécessaire de recourir à d'autres qualifications, telles que l'abus de biens sociaux comme auparavant. Il en va de même pour les membres des professions libérales, à l'instar des avocats, notaires, experts comptables... Si l'un d'eux, par exemple, abusait de son mandat et desservait les intérêts de son client parce que corrompu par un concurrent, une partie adverse ou tout tiers, l'infraction de corruption serait constituée en dépit de l'absence de lien de subordination à tout employeur.

Autre conséquence de la suppression de la condition de subordination du corrompu, l'incrimination peut être appliquée aussi bien au secteur privé lucratif que non lucratif.

Même si la décision-cadre se fondait sur une logique économique qui concerne principalement le secteur concurrentiel, elle n'interdisait pas d'appliquer l'incrimination au domaine non lucratif, afin, par exemple, d'appréhender les œuvres caritatives réalisées par les associations. C'est pourquoi, le législateur, soucieux d'appréhender l'ensemble du secteur privé, a clairement inclus les activités non lucratives dans le champ d'incrimination, en visant toute « *activité professionnelle ou sociale [...] pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque* ».

Ces modifications devraient conduire à une meilleure appréhension du phénomène corruptif dans le secteur privé et le ministère public devra s'efforcer de recourir à cette qualification dès qu'elle lui apparaîtra constituée.

* La responsabilité des personnes morales

La décision cadre a expressément demandé aux Etats de prévoir cette responsabilité des personnes morales, eu égard aux enjeux financiers que peuvent représenter certains contrats et, partant, des commissions illicites pouvant être pratiquées. Or, celle-ci n'était pas prévue jusqu'alors par le code du travail.

Le législateur en créant une incrimination générale de la corruption dans le secteur privé a donc pallié cette carence et instauré un régime complet de responsabilité imputable aux personnes morales de ce chef. A cet égard, il peut être souligné que, ce faisant, le législateur ne s'est pas contenté de la généralisation du principe de responsabilité des personnes morales¹¹, faisant encourir aux personnes morales pour toute infraction une peine d'amende du quintuple de celle prévue pour les personnes physiques sans qu'il soit nécessaire de la prévoir expressément, mais a en outre souhaité instaurer des peines complémentaires adaptées à cette matière.

¹⁰ La rédaction de l'article L.152-6 du code du travail, qui évoquait le « directeur » tout en le soumettant à « l'employeur », démontrait qu'il ne s'agissait pas du dirigeant stricto sensu mais, de manière redondante d'un salarié.

¹¹ Résultant de la loi n° 204-2004 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dont l'article 54 modifie l'article 121-2 du code pénal, et entré en vigueur au (article 207 IV de la loi précitée).

C'est pourquoi la loi du 4 juillet 2005 prévoit expressément cette responsabilité ainsi que les peines applicables aux personnes morales, sans toutefois déroger aux règles désormais classiques de mise en œuvre de cette responsabilité (infraction commise par un organe ou un représentant de la personne morale et pour le compte de cette dernière – article 121-2 du code pénal).

2.2 *Les modifications apportées rationae materiae*

* L'acte de corruption répréhensible : occulte ou notoire

Les articles 445-1 et 445-2 du code pénal ne font plus référence au caractère occulte de la contrepartie promise ou procurée au corrompu, alors que l'article L 152-6 du code du travail la rendait punissable si le salarié gratifié agissait ainsi « *à l'insu et sans l'autorisation de son employeur* ».

Cette restriction du champ de l'incrimination qui se justifiait dans le cadre de relations hiérarchiques n'avait en effet plus lieu d'être dès lors que le délit de corruption était étendu aux professions indépendantes et libérales.

Un salarié pourra donc désormais être poursuivi pour des faits de corruption passive alors même que son employeur en aurait eu connaissance. Cette rigueur nouvelle doit par conséquent conduire, pour les faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, à faire application de l'incrimination ancienne de l'article L152-6 du code de travail, plus douce sur ce point (cas de survie de la loi ancienne).

* La contrepartie de la corruption côté passif et côté actif

Comme il a été indiqué précédemment (infra I-1-2), la rédaction des articles 445-1 et 445-2 nouveaux du code pénal reprend celle des articles 432-11 et 433-1 du même code afin de réprimer les simples offres ou promesses, autant que les dons, présents ou avantages quelconques procurés par le corrupteur.

A cet égard, il peut être relevé que, par sa généralité, la formule englobe celle précédemment retenue à l'article L.152-6 du code du travail, qui visait « *des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes* », ces deux derniers entrant dans la catégorie plus large des « *avantages quelconques* » perçus par le corrompu (avance sur créance dans un cas, gratification financière dans le second).

Du côté du corrupteur, la contrepartie consiste à obtenir du professionnel corrompu qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir « *un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles* ».

Ces éléments, expressément prévus par les articles 445-1 et 445-2, ne constituent pas à proprement parler une nouveauté, la jurisprudence et la doctrine ayant toujours cherché si le salarié avait ou non, par son comportement, trahi les règles de sa profession au sens large¹². Les « *obligations légales, contractuelles ou professionnelles* », recouvrent l'ensemble des règles qui régissent l'exercice de sa profession :

Au titre des obligations légales, on trouvera par exemple les dispositions applicables aux professions dites réglementées comme les avocats, les architectes ou les commerçants.

Au titre des obligations contractuelles, on pourra se référer, pour les salariés, aux clauses spécifiques de loyauté, de non-concurrence ou de non divulgation d'information figurant dans leur contrat de travail.

Enfin, pour ce qui concerne les obligations professionnelles, notion plus extensive, on évoquera notamment les règles déontologiques qui existent dans de nombreuses professions,

12 Voir notamment Jurisclasseur Pénal Fasc 20 corruption de salariés A. Vitu

comme chez les médecins ou les avocats, et au respect desquelles veillent les ordres professionnels compétents.

L'exigence d'un acte ou d'une abstention du professionnel corrompu commis en méconnaissance de ses obligations constitue une différence importante avec les conditions de répression de la corruption dans le secteur public, laquelle n'implique pas d'établir la violation des devoirs de sa charge.

* Le pacte de corruption

Comme il a été dit en introduction, jusqu'à la loi n°2000-595 du 30 juin 2000 relative à la lutte contre la corruption, le code pénal exigeait, pour la corruption dans le secteur public, que la proposition, la sollicitation ou l'agrément d'une contrepartie soit antérieure aux actes à accomplir ou à la renonciation à agir. Cependant la Cour de cassation avait jugé que les rémunérations versées a posteriori, lorsqu'elles répondaient à l'exécution d'une promesse antérieure, pouvaient être réprimées. Ainsi qu'il avait été indiqué dans la circulaire du 3 juillet 2001 NOR JUS D 01.30099C présentant les modifications apportées par la loi précitée, le législateur a entendu prolonger cette jurisprudence et faciliter la preuve de la corruption en précisant que la démarche corruptrice pouvait intervenir « *à tout moment* ».

Cette disposition, introduite aux articles 432-11, 433-2 et 434-9, ne figurait toutefois pas dans le code du travail. Pour lever toute ambiguïté à cet égard, et pour avoir une définition uniforme avec la formulation de l'incrimination de la corruption dans le secteur public, la loi du 4 juillet 2005 a donc précisé que le pacte de corruption pouvait intervenir « *à tout moment* » dès lors qu'il détermine l'acte ou l'abstention attendus.

Outre ces modifications du champ d'incrimination, la loi du 4 juillet 2005 prévoit une gamme complète de sanctions afin de rendre plus effective la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

II - LES SANCTIONS ENCOURUES

Les nouvelles incriminations se traduisent par une aggravation des peines encourues, sans toutefois parvenir à un niveau de peine équivalent à celles prévues en matière de corruption active et passive dans le secteur public (10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende), qui protègent des intérêts supérieurs, liés à la probité publique et à la confiance que les citoyens peuvent attendre de personnes exerçant des fonctions d'intérêt général.

L'ancien article L 152-6 du code du travail prévoyait une peine de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende outre la peine complémentaire d'interdiction des droits civiques, civils et de famille, pour une durée de 5 ans au plus. Désormais la corruption dans le secteur privé (passive ou active) prévue aux articles 445-1 et 445-2 nouveaux est passible, à titre principal, et conformément au nouvel article 445-3 du code pénal, de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

Il convient de noter à cet égard que dans les cas où l'infraction imputée à un salarié, punissable en application de l'article L152-6 du code travail est poursuivie en application des articles 445-1 et 445-2 nouveaux du code pénal, il conviendra, de faire application des sanctions prévues par la loi ancienne, moins sévère que la loi nouvelle.

Par ailleurs, les personnes physiques encourent désormais une gamme très élargie de peines complémentaires (articles 445-3).

Les personnes morales encourent, classiquement, une amende qui peut être, au maximum, égale au quintuple du montant de l'amende applicable aux personnes physiques en application de l'article 131-38 du code pénal (ce qui, en l'espèce, représente la somme de 375 000 euros).

Elles encourent en outre plusieurs des peines complémentaires prévues à l'article 131-39 du code pénal.

Il doit être ici précisé que la diffusion de la condamnation (prévue aux articles 455-3 4° pour les personnes physiques et 445-4 4° pour les personnes morales) doit être requise systématiquement par le ministère public, une telle peine complémentaire s'avérant en la matière pertinente, en ce qu'elle permet d'assurer une forte publicité aux condamnations de corruption et par là-même contribue à l'amélioration de la lutte contre ces malversations.

Le ministère public devra s'attacher plus particulièrement aux peines d'interdiction d'exercice, d'exclusion des marchés publics, de confiscation de la chose et d'affichage et de diffusion de la décision, peines qui permettent à la fois d'appréhender les contreparties du pacte de corruption et d'écartier de certains secteurs économiques ceux qui pratiquent ces méthodes, et en particulier, les personnes morales qui ont pu mettre en œuvre la corruption comme une stratégie d'entreprise.

Bien évidemment, la responsabilité des personnes morales étant nouvelle, ces sanctions ne pourront s'appliquer que pour les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi.

On notera enfin que le législateur a également prévu des dispositions de coordination à l'article 5 de la loi pour tenir compte de l'article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales issu de l'article 22 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières. Ce texte interdit en effet aux personnes ayant été condamnées pour certaines infractions de soumissionner pour des contrats de partenariat. Parmi ces infractions figurait l'article L 152-6 du code du travail, fort logiquement remplacé par les nouveaux articles 445-1 et 445-2 du code pénal.

Je vous prie de bien vouloir veiller à l'application de cette circulaire et me faire connaître les éventuelles difficultés de mise en œuvre que vous pourriez rencontrer.

Pour le garde des sceaux, ministre de la justice,
le directeur des affaires criminelles et des grâces,

Jean-Marie HUET