

Circulaire du 9 février 2012 relative à l'évaluation de la France par l'OCDE en 2012, présentant de nouvelles dispositions pénales en matière de corruption internationale, et rappelant des orientations de politique pénale

NOR : JUSD1204025C

Le garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés,

à

Pour attribution

*Mesdames et messieurs les procureurs généraux près les cours d'appel
et le procureur de la République près le tribunal supérieur d'appel ;
Mesdames et messieurs les procureurs de la République.*

Pour information

*Mesdames et messieurs les premiers présidents des cours d'appel
et le président du tribunal supérieur d'appel ;
Mesdames et messieurs les présidents des tribunaux de grande instance ;
Madame la représentante nationale auprès d'Eurojust.*

Date d'application : immédiate

Depuis la création, courant mai 1994, par le Comité d'investissement de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE), du groupe de travail sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales, la France participe activement à tous les travaux du groupe, dans la recherche permanente de pistes d'amélioration de son dispositif de lutte contre la corruption, qu'elle soit nationale ou internationale.

Par ailleurs, le mandat du groupe de travail prévoit, depuis 1997, la réalisation d'un suivi systématique de l'application, par les pays signataires, de la Convention du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (article 12 de la Convention).

Ce mécanisme de suivi repose sur un processus d'examen mutuel. En s'appuyant sur la contribution des pays signataires, par le biais d'un questionnaire d'autoévaluation, le groupe de travail étudie l'efficacité sur le terrain des lois de lutte contre la corruption transnationale du pays évalué, lors d'une visite sur place menée par des experts de deux autres membres du groupe.

En cas de non-conformité du pays évalué avec les principes figurant dans la Convention, des recommandations peuvent être formalisées par le groupe de travail.

La France sera évaluée en 2012, par l'Italie et la Suisse, au titre de la phase 3 du mécanisme de suivi de la Convention.

Cette évaluation portera notamment sur les axes suivants :

- Les progrès accomplis par la France à propos des carences mises en évidence lors de la précédente évaluation en 2003 (phase 2), et des recommandations formulées à l'issue (recommandations de portée variable visant à renforcer l'efficacité des dispositifs français de sensibilisation, de détection et de poursuite) ;
- Les problèmes éventuels posés par les changements du droit ou du dispositif institutionnel interne des Etats parties ;
- Les efforts et les résultats de l'action répressive.

Dans le prolongement de la précédente circulaire du 21 juin 2004 de présentation de l'évaluation de la France par l'OCDE, et de la circulaire du 9 janvier 2008 de présentation de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, et à la lumière des recommandations faites à la France lors de la phase 2, il apparaît nécessaire d'appeler, ou de rappeler, votre attention sur les modifications législatives récentes (I), les actuels dispositifs de détection et de sensibilisation (II) ainsi que sur les orientations de politique pénale suivantes (III), en matière de corruption, et plus particulièrement de corruption d'agents publics étrangers.

I. Les modifications apportées au droit interne en matière de corruption, et notamment de corruption d'agents publics étrangers

A. La clarification des textes concernant l'antériorité du pacte de corruption (rappel de la dépêche du 22 juin 2011 relative à la promulgation de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit)

L'article 154 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a modifié les articles suivants du Code pénal :

- 432-11 corruption passive et trafic d'influence passif commis par un agent public national ;
- 433-1 corruption active et trafic d'influence actif commis par un particulier envers un agent public national ;
- 433-2 trafic d'influence actif et passif entre particuliers visant une autorité nationale ;
- 434-9 corruption active et passive de personnel judiciaire national ;
- 434-9-1 trafic d'influence actif et passif en direction du personnel judiciaire national ;
- 445-1 corruption active de personne n'exerçant pas de fonction publique ;
- 445-2 corruption passive par personne n'exerçant pas une fonction publique ;
- 435-1 corruption passive d'un agent public ou d'un élu d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale ;
- 435-2 trafic d'influence passif commis en direction d'un agent public international ou d'un élu d'une organisation internationale ;
- 435-3 corruption active d'un agent public ou d'un élu d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale ;
- 435-4 trafic d'influence actif commis en direction d'un agent public international ou d'un élu d'une organisation internationale ;
- 435-7 corruption passive commise par le personnel judiciaire étranger ou international ;
- 435-8 trafic d'influence passif commis en direction du personnel judiciaire international ;
- 435-9 corruption active de personnel judiciaire étranger et international ;
- 435-10 trafic d'influence actif en direction du personnel judiciaire international.

Cet article a permis de clarifier, en la faisant apparaître de manière lisible dans le texte, la suppression de la condition d'antériorité de la sollicitation, de l'agrément, de l'offre, de la proposition ou du fait de céder à une sollicitation, par rapport au moment où est intervenu l'acte litigieux, qu'avait introduit, de manière ressentie comme équivoque selon une partie de la doctrine, la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 sur la corruption.

B. Les dispositions de procédure pénale

1. La compétence concurrente du tribunal de grande instance de Paris en matière de corruption internationale (rappel de la circulaire du 9 janvier 2008)

En application des dispositions de l'article 706-1 du Code de procédure pénale, le tribunal de grande instance de Paris détient une compétence concurrente avec les tribunaux de grande instance territorialement compétents pour la poursuite, l'instruction et le jugement des faits de trafic d'influence et de corruption internationaux, et ce, quelle que soit la complexité des faits.

Dans un souci d'efficacité de l'action publique et de bonne administration de la justice, le processus de saisine éventuelle du tribunal de grande instance de Paris doit s'inscrire dans le cadre du fonctionnement normal du ministère public.

Le niveau de compétence le plus opportun au regard des faits considérés devra ainsi être déterminé d'un

commun accord entre le parquet local et le parquet de Paris, après entérinement par les parquets généraux respectifs.

2. L'utilisation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en matière de corruption internationale

La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, dans son article 27, a permis d'étendre l'utilisation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) aux délits punis d'une peine de 10 ans d'emprisonnement (à l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-16 du Code de procédure pénale, et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du Code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans), et donc au délit de corruption d'agents publics étrangers.

En outre, la CRPC pourra dorénavant être utilisée par un juge d'instruction, à l'issue d'une procédure d'information judiciaire, dans le cadre d'une ordonnance de renvoi au procureur de la République pour mise en œuvre de la CRPC, lorsque la personne mise en examen reconnaît les faits qui lui sont reprochés, et avec son accord, celui du parquet et de la partie civile (nouvel article 180-1 du Code de procédure pénale).

La procédure de la CRPC pourra ainsi être utilisée pour poursuivre le délit de corruption d'agents publics étrangers (à l'issue d'une enquête préliminaire ou d'une information judiciaire).

Les dispositions de l'article 495-8 du Code de procédure pénale, relatives au quantum des peines pouvant être effectivement prononcées à l'encontre des personnes poursuivies dans le cadre d'une CRPC, restent inchangées.

Au regard du caractère non public de la première phase de cette procédure, l'utilisation de la CRPC pour poursuivre le délit de corruption d'agents publics étrangers devra être strictement limitée aux dossiers les plus simples dans lesquels le pacte de corruption constitue un événement isolé, hors pratiques commerciales récurrentes de la société en cause.

Le parquet ne devra pas recourir à la procédure de CRPC lorsque la nature des faits ou la personnalité de leur auteur justifie une audience publique devant le tribunal correctionnel.

Tel peut être le cas en raison de la complexité des faits, mais également parce qu'au regard de l'intérêt de la société, la nature des faits rend opportune la saisine du tribunal correctionnel (rappel des orientations de politique pénale générale contenues dans la circulaire du 2 septembre 2004 relative à la procédure de CRPC).

II. Les dispositifs de détection et de sensibilisation existant en matière de corruption, le cas échéant à caractère transnational

A. Les dénonciations des fonctionnaires et des commissaires aux comptes

Le caractère occulte des manœuvres corruptrices explique que, sauf dénonciation interne des actes illicites, la détection des faits de corruption se fait principalement par l'analyse des comptes de la société à laquelle appartient le corrupteur, ou par la caractérisation d'un avantage indu lors de l'attribution d'un marché public par exemple.

Il apparaît ainsi essentiel de rappeler que les fonctionnaires, en application de l'article 40 du Code de procédure pénale, ou les commissaires aux comptes, en application de l'article L823-12 du Code de commerce, sont tenus de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

B. La mission d'audit pouvant être accomplie par le Service central de prévention de la corruption

La lutte contre la corruption et les différentes formes d'atteinte à la probité, et notamment la lutte contre la corruption transnationale, doit s'inscrire, dans un souci d'efficacité, au sein d'une mobilisation globale des services de l'Etat concernés (juridictions de terrain, services techniques du ministère de la justice et des libertés, services techniques des autres ministères ayant compétence en cette matière comme le ministère des affaires étrangères et européennes ainsi que le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie...).

La politique de prévention constitue à cet égard l'un des points focaux du dispositif national de lutte contre la corruption, et le groupe de travail de l'OCDE attache une importance particulière aux différentes actions menées en la matière, et notamment aux actions menées par le Service central de prévention de la corruption (SCPC), créé par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Au-delà des missions de prévention qui sont les siennes, il apparaît essentiel de rappeler¹ que le Service central de prévention de la corruption peut prêter son concours, sur leur demande, aux autorités judiciaires saisies de fait de corruption, ou, d'une façon plus générale, de toute infraction en matière d'atteinte à la probité (articles 1 et 4 de la loi de 1993 précitée).

S'agissant plus particulièrement de faits de corruption d'agents publics étrangers, il est important de noter que le SCPC participe activement aux travaux du groupe de l'OCDE, aux côtés du ministère de la justice et des libertés et des autres ministères concernés.

L'expertise juridique du SCPC, ainsi que sur tout autre élément contextuel lié à la problématique de la corruption transnationale, peut dès lors s'avérer précieuse pour les parquets ou les juridictions d'instruction, confrontés à un éventuel écueil technique.

III. Les orientations de politique pénale en matière de corruption transnationale

A. La poursuite des faits de corruption d'agents publics étrangers

1. La saisine de la Brigade centrale de lutte contre la corruption²

Composée de policiers, gendarmes et fonctionnaires du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, et placée sous l'autorité hiérarchique du chef de la Division nationale des investigations financières et fiscales (DNIFF) de la Direction centrale de la police judiciaire, la Brigade centrale de lutte contre la corruption (BCLC) pourra être utilement saisie pour enquête sur des faits de corruption d'agents publics étrangers.

La BCLC a en effet pour mission de procéder à tous actes d'enquêtes relatifs à des faits de corruption, d'atteintes à la probité, ainsi qu'à des faits d'abus de biens sociaux, de faux ou d'infractions comptables, susceptibles d'avoir été commis en relation avec les infractions susvisées, seule ou en assistance des services de la police nationale, de la gendarmerie nationale et des douanes et des droits indirects, ou à la demande de ces services, en accord avec les autorités judiciaires compétentes.

La saisine de la BCLC pour enquête n'est pas subordonnée à la constatation formelle préalable de faits de corruption, mais peut être effectuée en amont, dès lors que les autres infractions susvisées permettent de subodorer l'existence d'un acte de corruption.

En raison de sa composition multidisciplinaire, la BCLC a vocation à traiter les dossiers complexes, entrant dans son champ de compétence, et notamment ceux présentant une dimension transnationale, comme les dossiers de corruption d'agents publics étrangers.

2. La mise en jeu de la responsabilité des personnes morales

La question de la mise en cause des personnes morales dans les dossiers de corruption d'agents publics étrangers fait l'objet d'un suivi tout particulier par le groupe de travail de l'OCDE (en application des dispositions de l'article 2 de la Convention du 17 décembre 1997).

Il convient ainsi de rappeler³ la nécessité de veiller à ce que les personnes morales soient poursuivies du chef de corruption d'agents publics étrangers dès lors que les conditions de l'engagement d'une telle responsabilité

¹ Cf. dépêche précédente du 23 février 2005 relative à la création d'une Brigade centrale de lutte contre la corruption et à l'aide technique susceptible d'être apportée aux juridictions par le SCPC et la MIEM, et circulaire du 20 janvier 2009 relative à la lutte contre la corruption et au Service central de prévention de la corruption.

² Cf. dépêche du 23 février 2005 relative à la création d'une Brigade centrale de lutte contre la corruption et à l'aide technique susceptible d'être apportée aux juridictions par le SCPC et la MIEM.

pénale paraissent caractérisées au regard des éléments du dossier.

En effet, la mise en jeu effective de la responsabilité pénale des personnes morales, si elle doit se faire avec discernement, permet de sanctionner de façon appropriée les faits les plus graves de corruption, commis au sein d'une personne morale, dont la stratégie commerciale serait fondée sur l'usage de ces pratiques illicites, par le prononcé de peines d'amendes élevées et de peines complémentaires dissuasives, telle l'exclusion des marchés publics.

En conséquence, vous vous attacherez à requérir, soit dès le réquisitoire introductif, soit par réquisitoire supplétif, la mise en examen des personnes morales, dès lors que les conditions posées par l'article 121-2 du Code pénal apparaissent remplies.

A cet égard, s'il résulte de ce texte que les personnes morales ne peuvent être déclarées pénalement responsables que s'il est établi que l'infraction a été commise pour leur compte par leurs organes ou représentants, il est important de noter que la jurisprudence de la Cour de cassation adopte une interprétation extensive de cette notion, de nature à faciliter la mise en jeu de la responsabilité de la personne morale elle-même.

Ainsi, la Cour de cassation considère que la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée par les agissements d'un délégataire de pouvoirs, tel un dirigeant de filiale à l'étranger, ou engagée en l'absence même d'identification de la personne physique, auteur des faits de corruption, dès lors que l'on est certain que l'infraction a été commise par un organe ou un représentant, quel qu'il soit⁴. Tel serait notamment le cas dans l'hypothèse où il serait établi que la décision de corruption n'a pu être prise que par un dirigeant, en raison du processus d'engagement des dépenses au sein de l'entreprise.

3. La prescription de l'action publique

Le régime général de la prescription de l'action publique en matière délictuelle, applicable à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, fait l'objet de critiques récurrentes du groupe de travail de l'OCDE, qui le considère inadéquat en matière de corruption transnationale.

Néanmoins, deux points jurisprudentiels, propres à permettre une poursuite en matière d'atteintes à la probité, même anciennes, doivent être soulignés.

La Cour de cassation a en effet progressivement étendu la théorie du report de la prescription en matière d'infractions clandestines, aux faits de trafic d'influence (Crim. 19 mars 2008) et de corruption (Crim. 6 mai 2009).

Ainsi, dans l'arrêt susvisé du 6 mai 2009, la chambre criminelle indique que « le point de départ du délai de prescription des faits de corruption et abus de confiance qui ont été dissimulés est reporté à la date où ceux-ci sont apparus et ont pu être constatés dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique ».

Par conséquent, cette conception jurisprudentielle souple du point de départ du délai de prescription de l'action publique permet de considérer que ce délai est d'une durée appropriée, et qu'il ne constitue pas un obstacle aux poursuites de faits de corruption d'agents publics étrangers.

B. La sanction des faits de corruption d'agents publics étrangers

Dans le cadre de la vérification de la mise en œuvre des dispositions de la Convention du 17 décembre 1997, le groupe de travail de l'OCDE s'attache en particulier, sur un plan judiciaire, à la nature et au montant des peines prononcées, ainsi qu'à l'existence de saisies et de confiscations.

Bien que les faits de corruption d'agents publics étrangers soient complexes et difficiles à établir, et qu'ils ne puissent être caractérisés qu'à l'issue de longues investigations nécessitant, par définition, l'étroite collaboration des autorités judiciaires des pays concernés, qui ne va pas toujours de soi, le faible nombre de décisions et la nature des peines prononcées valent actuellement à la France de faire l'objet d'observations au sein du groupe de travail⁵.

³ Cf. circulaire du 21 juin 2004 de présentation des évaluations de la France par l'OCDE et le GRECO et fixant des orientations de politique pénale.

⁴ Voir notamment Crim. 26 juin 2001, Crim. 1er décembre 2009.

Néanmoins, dès que l'enquête aura permis de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, et dès lors que la poursuite par la procédure de la CRPC aura été écartée (cf. supra), il vous appartiendra de requérir des peines dissuasives.

A ce titre, il conviendra de requérir des peines complémentaires, en application des dispositions de l'article 435-14 du Code pénal, applicables aux personnes physiques, chaque fois que cela paraîtra opportun au regard de la personnalité de l'auteur et/ou de la gravité des faits :

- l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 ;
- l'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 ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ;
- l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 ;
- 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 ;
- et l'interdiction du territoire français suivant les modalités prévues par les articles 131-30 à 131-30-2, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus.

De plus, en application des dispositions de l'article 435-15 du Code pénal, les peines complémentaires suivantes pourront être requises à l'encontre des personnes morales :

- les peines prévues aux 2° à 7° de l'article 131-39, pour une durée de cinq ans au plus (l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés, l'exclusion des marchés publics, l'interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers, l'interdiction d'émettre des chèques autres que les chèques certifiés ou pour retirer des fonds, ou d'utiliser des cartes de paiement) ;
- la confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 132-21 de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;
- l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35.

Dans le cadre des réquisitions relatives à la peine complémentaire de confiscation, il convient de souligner que peuvent faire l'objet d'une mesure de confiscation les commissions occultes, ainsi que les avantages obtenus indûment en exécution de l'acte de corruption.

Enfin, les voies de recours contre les décisions rendues devront être systématiquement exercées, lorsque la peine prononcée est insuffisamment significative, et/ou trop éloignée des réquisitions prises à l'audience par le ministère public.

*

Afin de disposer d'informations fiables et actualisées en matière d'atteintes à la probité, vous voudrez bien aviser systématiquement la direction des affaires criminelles et des grâces (sous le timbre du bureau du droit économique et financier, sous-direction de la justice pénale spécialisée) de :

- Toute décision rendue en lien avec l'infraction de corruption d'agents publics étrangers (ordonnances du magistrat instructeur, jugements...), avant que leur délai d'appel ne soit expiré ;
- De toute procédure initiée sur la base de l'article 40 du Code de procédure pénale et de l'article L823-12 du Code de commerce, ayant donné lieu à poursuite ou à classement sans suite, avant ou après enquête, et portant sur des faits susceptibles d'être qualifiés de : corruption (et particulièrement corruption d'agents publics étrangers), trafic d'influence, détournement de fonds publics, prise illégale d'intérêts, atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès aux marchés publics ou de délégation de service public, et concussion ; il convient de souligner l'impérieuse nécessité d'un retour d'informations concernant les signalements déjà répertoriés par les parquets pour la seule année 2011 d'ici le 15 mars 2012, en raison des proches échéances imposées par le processus d'évaluation de la France ;

5 Depuis l'entrée en vigueur de la loi du n° 2000-595 du 30 juin 2000 relative à la lutte contre la corruption, trois condamnations définitives ont été rendues du chef de corruption d'agents publics étrangers.

- D'une façon plus générale, de toute difficulté éventuelle susceptible de résulter de la mise en œuvre de la présente circulaire.

La directrice des affaires criminelles et des grâces,

Maryvonne CAILLIBOTTE