



LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS : L'INGÉRENCE PLUS QUE JAMAIS NÉCESSAIRE

ARNAUD CABANES*

A l'heure où une coalition d'États vient de se former pour combattre militairement le terrorisme, il n'est malheureusement pas nouveau de constater qu'une partie des soutiens financiers de l'activité terroriste internationale réside dans le blanchiment de l'argent de la drogue et, dans certains États, dans le bénéfice tiré de la corruption.

Ainsi, pour être réellement efficace à long terme, la lutte armée contre le terrorisme est insuffisante. Une autre bataille - juridique et financière celle-là - doit être simultanément menée sur le front du blanchiment de l'argent et de celui de la corruption des fonctionnaires étrangers.

A ce dernier titre, la Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales essaie d'apporter un début de réponse à ces questions graves. Ce titre permet, en effet, à la justice de chaque État de sanctionner ceux de leurs ressortissants qui verseraient des commissions illicites à des agents publics étrangers en vue d'obtenir des avantages indus dans le commerce international.

Cependant, le dispositif de cette convention semble encore illusoire

aujourd'hui tant les mauvaises pratiques ont la vie dure face aux enjeux politiques, économiques et financiers en présence.

La démarche est néanmoins amorcée désormais, et il convient, dès lors, d'améliorer les moyens susceptibles de permettre - à l'avenir - de lutter contre la corruption d'agents publics étrangers. L'occasion s'offre à nouveau de soumettre au débat la nécessité morale d'un devoir d'ingérence pour lutter contre les États complaisants avec la corruption passive¹.

LES SOURCES DU DROIT APPLICABLE

La démarche juridique consistant à lutter contre la corruption des fonctionnaires étrangers a été enclenchée bien avant 1997.

En décembre 1977, en effet, le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) est adopté par les États-Unis ; il est ensuite modifié par l'Omnibus Trade Act en 1988, puis par l'International Anti-Bribery Act du 10 novembre 1998, pris pour la transposition de la Convention OCDE.

Cependant, depuis 1977, on ne dénombre aux États-Unis qu'une trentaine de

* Docteur en droit public, avocat à la Cour, SCP Baker & McKenzie.

L'auteur remercie Stéphanie Derveaux, juriste en droit public, de son aide efficace dans la préparation du présent article.

poursuites sur le fondement du FCPA et que huit condamnations par les juridictions américaines... On pourrait déceler dans ces chiffres, au choix, la plus belle expression d'hypocrisie ou de vertu ; plus prosaïquement, les Américains connaissent la procédure de transaction pénale, le *plea bargaining*, qui n'a pas d'équivalent en France et qui permet au ministère public et à l'auteur de l'infraction de trouver une solution sans passer par un procès.

L'Union européenne a élaboré cinq conventions ou protocoles pour lutter contre la fraude au budget communautaire et la corruption des fonctionnaires communautaires et des Etats membres de l'Union, même en dehors de tout acte de commerce international. La Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, qui définit le concept de fraude à ces intérêts et fixe les conditions minimales de poursuite efficace, a fait l'objet de trois protocoles en 1996 et 1997. En outre, une convention relative à la corruption, en dehors même du domaine spécifique de la protection des intérêts financiers des Communautés, a été signée le 26 mai 1997.

Enfin, la Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales est entrée en vigueur le 15 février 1999 dans trente-quatre pays. En France, la loi n° 99-424 du 27 mai 1999 a autorisé sa ratification.

La loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 transpose en droit français cette convention ainsi que la réglementation communautaire évoquée *supra*, dans le Code pénal ainsi que dans le Code de procédure pénale. Seuls, les faits de corruption active y sont incriminés au titre de la Convention OCDE. Le respect du principe de souveraineté des Etats sur la scène internationale interdit, en effet, à un Etat de mettre en examen un agent public ressortissant d'un Etat étranger et soupçonné de corruption passive. En

revanche, il est notable qu'à l'intérieur de l'Union européenne, tout Etat puisse, à la fois, poursuivre ses ressortissants auteurs de faits de corruption active et les agents publics étrangers (intra-communautaires) coupables de faits de corruption passive².

LA CONVENTION OCDE ET SON APPLICATION PAR LES ÉTATS SIGNATAIRES

L'article 1^{er} de la Convention OCDE définit l'infraction de corruption d'agents publics étrangers par le « fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de ses fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ».

Ce texte est donc applicable à toutes les transactions commerciales internationales conclues par les pays signataires, même lorsque des Etats, qui ne sont pas parties à la Convention, sont impliqués, ce qui manifeste déjà qu'un pas a été franchi en matière d'ingérence.

L'infraction est en conséquence constituée lorsque les différents éléments énoncés à l'article 1^{er} sont réunis. Notamment, est considéré comme agent public « toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue, toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger (y compris entreprise et organisme public) et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique ». Ces différentes notions ont été précisées par les commentaires officiels de la Convention.

Ainsi, par exemple, les agents dépen-



dant d'une entreprise nationale ou les agents de toute entreprise publique ou nationalisée sont considérés comme des agents publics au sens du texte. Le cas de membres de la famille régnante dans certains Etats sera plus difficile à apprécier.

Cependant, un point de la Convention reste à éclaircir puisque les contrats conclus avec les sociétés étrangères privées ne sont pas explicitement mentionnés, alors que la passation de ces contrats pourrait être facilitée illégalement par des agents publics étrangers.

Autre élément constitutif de l'infraction, le délit n'existe pas sans intention délibérée de le commettre. Il est constitué dès que la preuve de cet élément intentionnel est rapportée. Selon les Etats dans lesquels se déroulent les faits de corruption, la preuve ne pourra pas être rapportée de manière équivalente.

Enfin, la Convention vise, par « avantage indu », un avantage qui n'aurait jamais dû être acquis au regard de la réglementation applicable, selon le cours « normal » des relations commerciales. Néanmoins, dans quelques pays, pour inciter les agents publics à exercer leurs fonctions, certains paiements de faibles montants dits de « facilitation » sont autorisés pour l'obtention de services déterminés (tels que l'octroi de visas, la fourniture de services postaux ou téléphoniques, la fourniture d'eau ou d'énergie, la fourniture de services de manutention pour la décharge de matériels, l'obtention rapide d'un document douanier, et toutes prestations de nature similaire). Ces paiements autorisés sont la porte ouverte à toutes les dérives.

Il résulte de ce qui précède que la difficulté de la lutte contre la corruption réside dans le fait que les notions de corruption et d'avantage indu ne sont pas appréciées uniformément d'un Etat à l'autre. L'harmonisation de ces interprétations se heurte encore à des formes moins visibles de corruption. Tel est le cas, par exemple, des

contrôles qu'exercent certains groupes par le biais de sociétés-écrans et de filiales installées dans des paradis fiscaux et en zones franches³.

En tout état de cause, la Convention n'est pas encore entrée dans la pratique juridique des Etats membres de l'OCDE et de ceux qui, bien que non-membres, ont toutefois décidé de la signer. Il est d'ailleurs fort probable que les parquets des Etats qui ont ratifié la Convention ne se précipiteront pas pour en faire application afin d'évaluer le degré d'application réciproque des Etats économiquement concurrents.

LE DROIT FRANÇAIS APRÈS TRANSPOSITION

La France, qui apparaît comme l'un des pays industrialisés les plus corrompus et les plus corrupteurs⁴, derrière le Japon, l'Italie et la Chine, mais devant les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni, a choisi d'appliquer les mêmes peines à la corruption d'agents publics étrangers qu'à la corruption de ses agents publics nationaux⁵. Le degré de sévérité des textes n'est donc apparemment pas en lien avec la perception que les observateurs ont du phénomène de la corruption dans un Etat...

La Convention et la réglementation communautaire ont été transposées en droit français par la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 et codifiées au chapitre V du Code pénal relatif aux atteintes à l'administration publique des Communautés européennes, des Etats membres de l'Union européenne, des autres Etats étrangers et des organisations internationales publiques.

Les articles 435-1 et 435-2 du Code pénal répriment respectivement la corruption active et la corruption passive à l'échelle européenne. Les articles 435-3 et 435-4 du même Code abordent la répression du

seul délit de corruption active concernant les personnes et organisations étrangères à l'Union européenne. Enfin, les articles 435-5 et 435-6 organisent les peines complémentaires et la responsabilité des personnes morales.

Le délit actif est constitué par la réunion de plusieurs éléments : un agent public, une activité délictueuse, le but de l'activité délictueuse et l'intention coupable.

La manœuvre délictueuse doit être dirigée vers un fonctionnaire ou un agent public, que l'avantage lui profite ou profite à une autre personne.

Les fonctionnaires visés par le droit français sont ceux des Communautés européennes, des Etats membres de l'Union, des membres des institutions de l'Union, ou encore les agents publics relevant des autres Etats étrangers et d'organisations internationales.

Concernant l'interprétation de la notion de fonctionnaire ou d'agent public, lorsque l'Etat poursuit l'un de ses propres fonctionnaires, il appréciera cette qualité au regard de la définition nationale du fonctionnaire. En revanche, s'il poursuit un fonctionnaire d'un autre Etat, il devra se conformer à la définition donnée par l'Etat dont le fonctionnaire est visé par la procédure.

S'agissant de l'activité délictueuse, elle est constituée par la proposition d'avantages matériels ou intellectuels, mais aussi par le fait de céder à des propositions coupables ou d'agréer des offres que le fonctionnaire aura provoquées lui-même par des moyens détournés, en contrepartie de l'accomplissement ou non d'un acte. En tout état de cause, c'est l'échange des consentements qui constitue le délit.

Cette démarche est réprimée, qu'elle ait lieu directement ou indirectement. Dans ce dernier cas, il y aurait même lieu de poursuivre, pour complicité, le tiers qui permettrait la corruption, sur le fondement de l'article L. 121-6 du Code pénal.

L'avantage doit être entendu au sens

large puisqu'il peut comprendre aussi bien des objets matériels que des intérêts indirects. Même si les sommes sont réduites, l'activité délictueuse peut être constituée du fait de la répétition de leur versement⁶.

Quant au but de l'activité délictueuse, la Convention réprime le fait pour l'agent public d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte relevant des compétences qu'il détient en vertu d'une loi ou d'un règlement, dans la mesure où cet acte est accompli par le fonctionnaire en violation de ses obligations.

La France et certains autres Etats membres sanctionnent également le manquement au devoir d'impartialité en contrepartie d'un avantage quelconque.

On notera aussi le nécessaire lien de causalité qui doit exister entre les propositions faites au fonctionnaire et ses actes ou abstentions.

Mais, alors que l'intention coupable est l'élément du délit qui paraît le plus évident, les articles du Code pénal n'y font pas référence. Il semble qu'elle soit supposée, dans la mesure où de tels actes ne peuvent être accomplis par négligence ou inadvertance. Ainsi, en droit français, l'intention coupable résulte de la réunion des autres éléments constitutifs du délit.

Enfin, il est difficile de dresser le tableau des pratiques prohibées. En effet, la législation française en cette matière est encore trop récente, et la jurisprudence sur les textes de transposition n'a pas encore vu le jour.

Cependant, par analogie et au regard de la jurisprudence américaine sur l'application du FCPA, certaines manœuvres semblent clairement tomber sous le coup de la répression.

En premier lieu, le versement direct ou indirect provenant des fonds d'une société française à l'attention d'un agent public étranger ou d'un intermédiaire, quelles qu'en soient les modalités pratiques. Dans ce cas d'espèce, il est, en effet, très facile de suivre les flux financiers et, éventuelle-



ment, de trouver des indices de la commission de l'infraction à porter devant le juge pénal. Et plus ces transferts sont voyants, plus ils sont sanctionnés sévèrement. Certaines filiales étrangères de groupes français peuvent être dotées d'une réelle autonomie qui ferait obstacle à un véritable contrôle de la société-mère, en France, sur ses filiales étrangères. Les poursuites, dans cette hypothèse, peuvent se révéler alors plus difficiles.

En deuxième lieu, les entreprises présentes sur les marchés à l'international ont fréquemment recours à des agents commerciaux ou à des consultants qui répondent au vocable de tiers susceptibles de participer à la commission d'une infraction, lorsque les commissions qu'ils perçoivent dépassent les sommes pratiquées en général. On peut alors supposer qu'ils versent des commissions illicites en échange d'avantages commerciaux. Le recours à un intermédiaire ne met donc pas l'entreprise à l'abri des poursuites, et c'est pourquoi il est recommandé d'insérer certaines clauses de sécurité dans les contrats d'agents commerciaux⁷.

En troisième lieu, la constitution de montages complexes ne met pas davantage à l'abri des poursuites les entreprises dont le but serait de s'affranchir de la Convention. Cette pratique consiste à créer une filiale majoritaire à l'étranger, laquelle crée à son tour une filiale en zone franche avec l'aide d'autres actionnaires locaux complaisants et de confiance. Cette dernière filiale mène alors les actions répréhensibles au titre du délit selon l'une ou plusieurs des modalités ci-dessus. En de pareilles circonstances, la preuve du délit est bien plus difficile à rapporter, mais les magistrats du pôle financier n'auront pas de mal à détecter ce genre de pratiques.

Pour faciliter les enquêtes et les procédures relatives aux infractions relevant de ce texte, l'article 9 de la Convention a prévu un mécanisme d'entraide judiciaire.

En outre, l'article 10 de la Convention

prévoit l'extradition pour corruption d'agents publics étrangers. Si un Etat refuse cette extradition parce que l'auteur est ressortissant de son pays, il doit s'engager à le poursuivre selon les règles applicables nationalement.

En France, ce sont les articles 689-1 et 689-2 du Code de procédure pénale qui opèrent la transposition des principes de compétence posés par la Convention OCDE et la réglementation communautaire. Au regard de ces textes, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de ces infractions peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises.

Les articles 435-5 et 435-6 du Code pénal prévoient des peines complémentaires pour les personnes physiques telles que l'interdiction des droits civiques, civils et de famille ; l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer une 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 sanction prononcée ; la confiscation 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 objets susceptibles de restitution ; l'interdiction du territoire français soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger qui s'est rendu coupable de l'une des infractions visées au chapitre V du Code pénal.

L'article 435-6 du Code pénal précise, quant à lui, les peines encourues par les personnes morales. Cette application n'étant pas prévue par tous les Etats signataires, il en découle une nouvelle inégalité dans la lutte contre la corruption internationale.

Le texte vise une amende de 5 millions de francs maximum ; la confiscation de la chose qui a servi à commettre le délit actif

ou qui en est le produit ; l'affichage de la décision prononcée ; et, pour une durée maximale de cinq ans, l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ayant servi à commettre le délit actif, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture des établissements ou de l'établissement de l'entreprise ayant servi à commettre le délit actif, l'exclusion des marchés publics, l'interdiction de faire appel public à l'épargne, la limitation dans l'émission des chèques ou l'utilisation des moyens de paiement.

Selon l'article 435-3 du Code pénal, les poursuites concernant des personnes relevant d'Etats étrangers autres que de l'Union européenne ne peuvent être exercées qu'à la seule requête du ministère public (les plaintes avec constitution de partie civile ne sont donc pas recevables). L'efficacité de l'action engagée contre la corruption repose alors sur la question récurrente de l'indépendance des magistrats dans les cas où l'Etat trouverait un intérêt quelconque aux faits poursuivis... (hypothèse d'une entreprise publique dont les agissements sur un marché étranger ne seraient pas irréprochables).

Ce même article subordonne ces poursuites à la plainte de la victime ou à une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis, ce qui est dans bien des cas illusoire.

Comme en matière de terrorisme, les affaires de corruption internationale sont de la compétence exclusive des juridictions de Paris.

Néanmoins, le délai de prescription de l'action publique concernant le délit actif correspond à celui du droit commun en matière délictuelle, c'est-à-dire trois années révolues à compter du jour où le délit a été commis. En matière de corruption, lorsque le délit actif est caractérisé par la perception illicite de dons, présents... c'est du jour de cette perception que court le délai de prescription.

Cependant, la Cour de cassation⁸ a tendance à considérer désormais que le paiement de commissions pour obtenir un avan-

tage indu dans le commerce puisse être sanctionné au titre d'abus de biens sociaux, quand bien même les commissions auraient été versées dans l'intérêt économique de l'entreprise concernée. Or, pour ce type de délit, le délai de prescription court à compter de la découverte de l'infraction, ce qui présente un avantage certain pour augmenter les possibilités de poursuites.

LES LIMITES DU DROIT POSITIF

La lutte contre la corruption des agents publics étrangers, lancée dès 1977 par les Etats-Unis et poursuivie par l'Union européenne et l'OCDE, atteste d'une volonté globale de mettre fin à ces pratiques, mais elle connaît un certain nombre de limites.

Certaines de ces limites découlent des textes eux-mêmes.

En effet, comme indiqué *supra*, le premier élément flagrant est la distinction opérée entre corruption passive et active sur le plan des sanctions puisque la Convention ne réprime que la corruption active et le trafic d'influence actif. Or, il semble que le mal ne soit pas ici pris à la racine car si l'on ne sanctionne pas les fonctionnaires qui acceptent des commissions illicites, on tolère, en quelque sorte, la présence d'agents potentiellement corruptibles au lieu de poursuivre l'objectif d'assainir les entités publiques. Sans ingérence et lutte contre la corruption passive, il est un leurre de penser que l'on pourra combattre efficacement le phénomène de la corruption internationale.

De plus, la Convention n'est pas précise quant au moment de l'offre, du don ou de la promesse, pour caractériser l'infraction, ce qui laisse une marge d'appréciation aux Etats pour décider si cette infraction est constituée ou non.

Par ailleurs, de nombreuses divergences risquent d'apparaître du fait des transposi-



tions en droit interne de l'interprétation différente des textes selon les États, ou encore du principe de territorialité des juridictions.

Sur ce dernier point, en effet, les sanctions de la corruption ne sont pas homogènes d'un État à l'autre ce qui nécessite que le phénomène de la corruption, à l'échelon international, soit traité plus efficacement.

La solution pourrait être, à l'instar du Tribunal pénal international, de créer une juridiction répressive internationale indépendante contre la corruption des fonctionnaires étrangers, une sorte de « Haute cour contre la corruption internationale » dans le monde qui serait composée de ressortissants des divers pays qui appliquent la Convention OCDE et qui pourrait fonctionner en étroites relations avec l'ONU.

C'est cette réelle coopération internationale qui fait aujourd'hui encore cruellement défaut pour traiter ces questions. Car si elle est préconisée par le texte, il ne

sera pas si facile de la mettre en pratique. Il suffit pour s'en convaincre d'imaginer un État ayant à condamner lui-même ses ressortissants coupables de corruption active et qui auraient obtenu des marchés stratégiques susceptibles de renforcer le PIB national à l'heure où la croissance économique n'est plus une donnée certaine du futur des pays occidentaux. Le contexte de la mondialisation accrue des affaires conduit fréquemment les gouvernements à donner implicitement un blanc seing moral à celles de leurs entreprises nationales qui conquièrent de nouveaux marchés et participent ainsi à la croissance.

Mais, les enjeux sont trop importants pour ne pas se donner les moyens d'atteindre ces buts en renforçant la coopération internationale. C'est ainsi que les pays européens ont eu l'intention de créer un mandat d'arrêt européen en matière de terrorisme et, qu'aujourd'hui, les États-Unis y sont presque parvenus en pratique.

Le nettoyage des écuries d'Augias à l'échelle planétaire est à ce prix.

NOTES

1. Du même auteur : Arnaud Cabanes, Charles-Henri Calla, *L'ingérence au secours de la lutte contre la corruption*, *Les Echos*, 31 janvier 2000 ; Arnaud Cabanes, *La lutte contre la corruption des fonctionnaires étrangers : pas d'efficacité sans ingérence*, *Gazette du Palais International*, 14-18 juillet 2000, n° 196 à 200, p. 53.
2. Le Code pénal aborde et sanctionne de la même façon la corruption et le trafic d'influence.
3. Cf. notamment le rapport de Christian de la Malène, en date du 17 décembre 1997, de la Commission des Affaires étrangères du Sénat sur le projet de loi pour la ratification de la convention.
4. *La lettre de transparence*, Lettre d'information de Transparency International n° 7, octobre 2000.
5. Le *quantum* des peines retenu est supérieur à celui retenu par la plupart des pays de l'OCDE qui prévoyait un maximum de cinq ans d'emprisonnement. Les articles 435-2, 435-3 et 435-4, du Code pénal français sanctionnent le délit par des peines d'emprisonnement allant jusqu'à dix ans et des peines d'amendes allant jusqu'à 1 million de francs.
6. Cass. Crim. 19 janvier 2000, et Cass. Crim. janvier 1987.
7. Ces contrats étant généralement rédigés en anglais, voici un exemple d'une telle clause : « *Agent shall not, except for lawful expenditures that are expressly permitted by applicable laws, regulations or case-law, offer, pay, give, confer or promise any payment or gift, directly or indirectly to any employees, official, officer or representative of the Government of the Territory (including public local or federated entities), or any representative of the Government or to any purchaser of the Products, or to any political party or candidate for political office (as well as to any other person while knowing or suspecting or having reason to know or suspect that any portion of contemplated benefit may be offered, given or promised, whether directly or indirectly, to any of the foregoing persons) under circumstances where such payment would constitute a bribe, kickback or illegal or improper payment, under any applicable laws of the Territory. Agent agrees that the intent of this paragraph will be included in any contract which Agent enters into for the purpose of satisfying its obligations here under so as to assure that its subcontractors - as the case maybe - and agents will be so bound* ».
8. Cf. l'affaire Carignon du 27 octobre 1997.